

DIREITO



EDIÇÃO 01

ANO 2020

REVISTA JURÍDICA

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO SALVADOR





Revista Jurídica do Centro Universitário de Salvador

DIREITO - UNICEUSA



SALVADOR – BAHIA

2020

Ficha Catalográfica

Revista Jurídica UNICEUSA. Direito, justiça e sociedade / Centro Universitário de Salvador (UNICEUSA); Instituto Salvador de Ensino e Cultura (ISEC-FACSAL). – v.1, n.1 Fevereiro / Maio. 2020 – Salvador: Uniceusa, 2020.

Quadrimestral.

1.Direito. 2.Justiça. 3.Cidadania. I. Centro Universitário de Salvador (UNICEUSA). II. Instituto Salvador de Ensino e Cultura (ISEC-FACSAL).

CDU: 340

Ficha catalográfica elaborada por:

Daniele Vieira dos Santos de Santana. CRB-5/3338



Avenida Jorge Amado, n. 780, Imbuí, Salvador, Bahia, CEP n. 41.720-040. Telefone: [\(71\) 3496-4050](tel:(71)3496-4050).

Atendimento: revistauniceusa@unip.br



Avenida Jorge Amado, n. 780, Imbuí, Salvador, Bahia, CEP n. 41.720-040. Telefone: [\(71\) 3496-4050](tel:(71)3496-4050).

Quadrimestral– Ano 01. Nº 01. Fevereiro/Maio de 2020.

Salvador– Bahia.

REVISTA JURÍDICA – UNICEUSA

Centro Universitário de Salvador – UNICEUSA

Editor-Chefe

Lucas Gabriel Santos Costa

Conselho Editorial

Maria Auxiliadora Minahim (Doutora em Direito – UFBA)

Alexandre Sérgio da Rocha (Doutor em Filosofia - UFRJ)

Sebastião Borges de Albuquerque Mello (Doutor em Direito – UFBA)

Alessandra R. M. Prado (Doutora em Direito – UFBA)

Gabriel Ferreira da Fonseca (Doutor em Direito – UNICEUSA)

Yuri Carneiro Coelho (Doutor em Direito – UFBA)

Natália Petersen (Doutora em Direito – UFBA)

Mariela Sánchez Salas (Doutora em Direito – UFBA)

Camilo Carvalho (Doutor em Direito – UFBA)

Eduardo Viana (Doutor em Direito – UFRJ)

Ricardo Maurício Freire Soares (Doutor em Direito – UFBA)

Ana Cristina Accioli (Mestra em Direito – UFBA)

Fernanda Costa Cerqueira (Mestra em Direito – UNICEUSA)

Alqueia Sanha (Mestre em Direito – UFBA)

Homero Chiaraba (Mestre em Direito – UFBA)

Vânia Maria da Silva Bonfim (Mestra em Educação e Contemporaneidade – UNEB)



Avenida Jorge Amado, n. 780, Imbuí, Salvador, Bahia, CEP n. 41.720-040. Telefone: [\(71\) 3496-4050](tel:(71)3496-4050).

Quadrimestral – Ano 01. Nº 01. Janeiro/Abril de 2020. Salvador – Bahia.

REVISTA JURÍDICA – UNICEUSA

Centro Universitário de Salvador – UNICEUSA

DIRETORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE SALVADOR

Andréa Manso

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE SALVADOR

Lucas Gabriel Santos Costa

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE SALVADOR

Fernanda Maria da Costa Cerqueira

CONSELHO REVISOR

Alexandre Doria

Cristian Sousa

Ícaro Matos

Juliana Guanaes

Vanessa Ferreira

Vania Maria da Silva Bonfim

BIBLIOTECÁRIA-CHEFE

Daniele Santana

DIAGRAMAÇÃO

Lídia Maria Sousa de Brito

PROJETO GRÁFICO

Carol Cruz

SECRETARIA DE APOIO À REVISTA

Soraya Oliveira e Danilo Machado

PREFÁCIO

Recebi do professor Dr. Lucas Gabriel Santos Costa o honroso convite para prefaciar o primeiro número da Revista Jurídica Uniceusa. Talvez tenha merecido a lembrança do meu nome por ter sido essa instituição – Uniceusa – a última em que dei aulas no Brasil, completando meus 53 anos de dedicação ao ensino superior.

Aparentemente, mais uma revista jurídica não seria grande novidade. Entretanto, não se deve deixar que o ponto de vista quantitativo esmaieça a relevância de uma instituição de ensino privada intentar a produção de um veículo de difusão do conhecimento acadêmico.

A função de uma revista técnico-científica não é, apenas, a de propagar conhecimento. Tampouco se deve pensar que ela seja só um canal de publicação útil face aos critérios automatizados de produção a todo custo que o sistema de qualificação acadêmica contemporâneo favorece. Há mais, e essa breve apresentação buscará sublinhar o que ao seu signatário aparece como fundamental.

A produção do conhecimento, esquematicamente, revela duas fases: a produção e a difusão. Isso não é novidade. Contudo, essas duas fases devem ser examinadas na perspectiva de seus efeitos sobre o processo de ensino-aprendizagem.

O primeiro desses efeitos é a familiaridade dos membros do corpo social da instituição com o aspecto energético da circulação do conhecimento. Ter em sua escola um veículo de difusão recorda permanentemente a importância de vivificar as ideias. Vivificar ideias significa absorvê-las, metabolizá-las e reapresentá-las com acréscimos, variações ou comentários críticos, de tal sorte que essas mesmas ideias percam o aspecto de peças de museu em exibição imutável e ganhem o dinamismo que a vida cotidiana oferece.

É nesse processo de reciclagem de ideias que as oportunidades de novas concepções são viabilizadas. A originalidade do conhecimento não decorre usualmente do surgimento, como que do nada, de algum conceito que ninguém pensou antes. Ela brota desse processo de elaboração e reelaboração do pensamento, porque conhecimento novo não se dá por acumulação; ele surge, frequentemente, da reorganização parcial de informações conhecidas sob o influxo de uma perspectiva nova.

Outro aspecto relevante é a conscientização de alunos e professores acerca da importância da publicidade do conhecimento. O conhecimento não é uma empreitada solipsista; ele é uma construção social feita por uma conversação diacrônica que remonta à antiguidade e

se prolonga até hoje, e segue em direção ao futuro. A publicidade é, portanto, parte indispensável do processo, porque é ela que convida à crítica.

Não há como exagerar a importante função da crítica na academia. E isso se dá em dois aspectos: no cognitivo e no moral. No aspecto cognitivo, a crítica é o que alimenta o processo criador referido anteriormente; no aspecto moral, a crítica treina a personalidade individual para a aceitação da própria falibilidade, vacina-a contra a soberba e é um duro golpe contra a onipotência do saber consolidado e resguardado pelas posições formais da vida intelectual.

O indivíduo que teme a crítica ou se ressentido dela, não é um verdadeiro intelectual. O sujeito que imagina que nada mais tem a aprender, é um mergulhador impenitente a afundar no mar da ignorância. Quem, por sua eminência no mundo acadêmico, imagina que esteja imune a que seus menos sábios confrades encontrem reparos em sua obra é, pura e simplesmente, um tolo.

Isso é particularmente verdadeiro quando o conhecimento considerado envolver conceitos convencionais, cuja natureza é opinativa. Não há opiniões certas nem erradas: há opiniões, que podem ser ou não bem fundamentadas. Especialmente no mundo das ciências humanas, corre-se o risco de confundir plausibilidade com prova.

Prova-se um enunciado pela demonstração de que seu contraditório é impossível – empiricamente impossível ou logicamente impossível, quer dizer, absurdo. Demonstra-se a plausibilidade quando se mostra que a proposição afirmada não é contraditória com outras havidas consensualmente como adequadas. Provam-se asserções fatuais, isto é, as que contêm juízos de existência. Juízos de valor não se provam, apenas se demonstram plausíveis em face de construções culturais habitualizadas.

Todas essas coisas são intelectualmente sabidas e consabidas. Importa, porém, vivenciá-las. Vivenciá-las depende de um ambiente intelectualmente ágil e saudável, em que o debate seja prática comum – civilizada e cortês – de modo a incutir nas pessoas a compreensão de que ideias e opiniões, depois de publicadas, ganham autonomia e se constituem no material que outros manejarão para produzir as suas próprias que, por sua vez, também se desprenderão de seus autores. Esse desprendimento, ao mesmo tempo que promove o conhecimento, distancia o autor de sua produção, de modo que ele termina por perceber que ataques a suas ideias não são ataques a sua pessoa.

Desse modo, atende-se ao ideal dos cultores da vida acadêmica como pessoas comprometidas com a busca do conhecimento sem perda da necessária humildade para participar desse fascinante jogo de trocas e de ofertas. Esse ideal é favorecido sobremaneira pela presença, no cotidiano, de um veículo de difusão do conhecimento, porque sua qualidade,

que deve ser o empenho e a satisfação de todos, depende precisamente dessa disposição de oferecer o melhor de si e, ainda assim, esperar aprimoramento ulterior.

É com essas palavras que saúdo a publicação da Revista Uniceusa, certo de que meus antigos colegas – os mais jovens em magistério e os que virão a sê-lo ao final de sua formação – orgulhar-se-ão dela e a farão esse instrumento de engrandecimento que antevejo com a satisfação de um velho professor.

Potomac, Maryland, maio de 2020

Prof. Dr. Alexandre Sergio da Rocha

SUMÁRIO

P.11-TUTELA PENAL DA FAUNA: O VALOR PROTEGIDO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.
Maria Auxiliadora Minahim e Lucas Gabriel S. Costa

P.24-LA SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN BOLIVIA.
Mariela Sánchez Salas

P.42-A INSUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL.
Alan Souza Nascimento e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

P.62-A PLURALIZAÇÃO DO DEBATE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.
Cristian Patric de Sousa Santos, Edem Nápoli Guimarães

P.83-JOVEM NEGRO BOM É JOVEM NEGRO VIVO: O GENOCÍDIO JUVENIL E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE SOCIAL.
Régia Mabel da S. Freitas

P.92-A TRIBUTAÇÃO COMO PREMISSA PARA A REALIZAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS
Hiolanda Silva Rêgo

P.105-DIGNIDADE HUMANA E PROCESSO CIVILIZATÓRIO: O LUGAR DA EDUCAÇÃO FORMAL, DO RACISMO E DO SEXISMO NESSA DISCUSSÃO.
Vânia Maria da Silva Bonfim

P.121-MULHERES E FARDA.
Gina Emília B.O.C. Gomes, Carlos Alberto da Costa Gomes

P.134-A OBSOLESCÊNCIA TÉCNICA PROGRAMADA, A TECNOLOGIA E OS IMPACTOS PARA O CONSUMIDOR.
Maurício Lima Tavares Gonçalves, Edinélia Maria Rodrigues de Almeida

P.154-O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL.
Caio Oliveira dos Santos

P.167-SUICÍDIO ENTRE OS PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA PÚBLICA.
Darick França Simões

P.182-TRANSCONSTITUCIONALISMO: UM PASSO PARA UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL
Emanuelle Almeida Evangelista, Yuri Castro Carneiro

P.191-DELAÇÃO PREMIADA E A FACETA IMORAL DO ESTADO: A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE TORTURA.
Igor Oliveira Arcanjo da Silva

P.215-A RESPONSABILIDADE PENAL EM FACE DA INTERVENÇÃO MÉDICA ARBITRÁRIA.
Kelly de Oliveira Peixoto

P.235-IMPACTO AMBIENTAL E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS.
Leidiane Lins De Paula

P.251-DOS INSTRUMENTOS DE SOBERANIA POPULAR E EFETIVA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA.

Maricleide Teixeira Oliveira

P.277-DIREITO, RELIGIÃO E SUPERSTIÇÃO: UMA ANÁLISE DO FATOR CATEQUÉTICO DO ART. 284º DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940.

Solon Flores Bessony de Sousa

P.293-FEMINICÍDIO E A INVISIBILIDADE DA MULHER NEGRA NA APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA.

Taís de Jesus Alves Cruz

P.314-SEXUALIDADE E GÊNERO: LEGALIDADE DAS ADOÇÕES POR CASAIS HOMOAFETIVOS.

Willian dos Santos Lisboa

P.326-BEM JURÍDICO PENAL: TRANSCORRÊNCIA HISTÓRICA E ÉTICA ARGUMENTATIVA.

Yuri Castro Carneiro

P.339-A VOLTA DA CPMF – SERIA UM RETROCESSO?

Daniel Candido Viana Coentro

P.350-O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E O PARADIGMA QUANTO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Vanubia Pereira de Jesus

P.379-O PROCEIDMENTO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE, SEUS PROBLEMAS DOGMÁTICOS E A HARMONIZAÇÃO DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Alexandre Doria Passos

TUTELA PENAL DA FAUNA: O VALOR PROTEGIDO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Maria Auxiliadora Minahim
Lucas Gabriel Costa

RESUMO

A preservação do meio ambiente como base essencial à manutenção da vida em todas as suas manifestações requer a sistematização de formas de controle com a capacidade reforçar parâmetros éticos ao comportamento humano. É a partir dessa compreensão que o presente estudo possui como proposta central analisar a tutela da fauna através do sistema jurídico-penal. O que se busca é evidenciar e criticar o valor que se estabelece como conteúdo e fundamento ao direito penal e que justifica a criação de um núcleo proibitivo que orienta expectativas comportamentais para o desenvolvimento de um ambiente hábil ao respeito à diversidade da vida como uma perspectiva irrenunciável.

Palavras-chave: Controle Social, Tutela Penal, Proteção da Fauna.

ABSTRACT

Environmental preservation as a foundation to the maintenance of life in all of its expressions requires the systematization of forms of control able to reinforce ethic standards for human behavior. Based on this understanding, the main purpose of the present investigation is to analyze, through the criminal system, the fauna jurisdiction. The aim of the study is to demonstrate and criticize the value established as subject matter and basis for criminal law, which supports the creation of a prohibitive core guiding behavioral expectations for the development of an environment capable of respecting the diversity of life as an irrefutable perspective.

KEYWORDS: Social Control, Criminal Jurisdiction, Fauna Protection

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente, enquanto sistema formado pela comunhão de espécies, segue, tradicionalmente, no âmbito da valoração sócio-política de sua existência, uma dimensão antropocêntrica que influi nos métodos de controle voltados ao equilíbrio de sua unidade. No caminhar em que se desenvolve a dinâmica das sociedades ocidentais, a análise da adequação e da relação de coexistência entre espécies, entre o ser humano e a fauna, especialmente, compõe uma pauta fundamental que transversaliza, ou integra, as reflexões que, cientificamente, buscam caminhos ao desenvolvimento de um ambiente harmônico e justo.

Sob um viés ambientalista, isso representa evidenciar e problematizar a necessidade da construção de métodos de controle e programas de orientação a uma convenção comportamental capaz de majorar a importância da manutenção da integridade da vida. É aqui que se demonstra a relevância do direito penal, um sistema de controle institucionalizado, capaz de criar pautas comportamentais com o horizonte de expectativa ao desenvolvimento de uma sociedade constituída por uma ideologia que reforce a necessidade de respeito do homem com outras espécies.

A deferência à vida requer uma compreensão extensiva capaz direcionar o ser humano a um ideal de proteção e preservação de si e do meio ambiente. A racionalidade, tomada para distanciar valorativamente a existência do ser humano, e as circunstâncias que lhes são inerentes, dos outros seres vivos que compõem o meio ambiente, especialmente os animais, justificando, assim, uma hierarquização entre as espécies, não justifica uma relação utilitarista total que orienta o ser humano como um ser que detém o animal como um objeto, uma coisa à sua completa e indiscriminada disposição.

É nesse contexto que se pretende discutir a necessidade e o fundamento da proteção penal dispensada à fauna, que revela em seu conteúdo o conflito inerente à relação existencial entre o ser humano e outras espécies de vida. Conflito que se materializa na crítica do olhar que se lança ao outro, seja como um ser importante em sua essência ou como relevante em sua existência na interação com o ser humano.

A questão que se expõe é o que orienta o homem no âmbito da proteção ao meio ambiente: o respeito à vida animal em si, enquanto respeito aos seres que coabitam um mesmo ambiente ou a fauna como um complexo de coisas disponíveis, a serem dominadas e utilizadas para satisfação do interesse humano. A proteção penal ao meio ambiente, assim, é um tema complexo que pode significar um cuidado da espécie humana consigo própria, bem como a construção de um novo perfil ideológico social, que exige uma compreensão e atenção sobre o desejo e seu movimento de apossamento sobre as coisas e os seres.

A questão que se quer introduzir contém uma dupla indagação: existe um real interesse de preservação da fauna, enquanto um valor em si próprio, de forma que as normas, por representarem as expectativas da sociedade, tenham vigência social ou, o que a lei busca, é criar, estimular ou fortalecer, na consciência social, a necessidade de preservação da vida?

A tutela penal da fauna é um desses temas que põem em evidência os conflitos com que se defronta o homem, colocado entre formas de desejo aparentemente opostas. A dualidade do ser humano e sua dificuldade na preservação do meio ambiente de onde afinal retira os recursos

necessários para satisfação de suas necessidades se expõem, com menos disfarces, na relação com os animais.

De tal forma é complexa esta relação que talvez seja possível afirmar que o direito, que permite o abate do boi, quer que a mão do homem proteja o sabiá. É que, de fato, à luz dos princípios ambientalistas se percebe, com facilidade, muitas das incoerências do homem contemporâneo na preservação da natureza, já que, nessa missão, ele vive um conflito: de um lado deseja preservar o ambiente, de outro, quer o próprio bem estar e de sua espécie, ainda que, para isso, o planeta seja cada vez mais espoliado.

2 A CONFLITUALIDADE NA ESFERA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Já se observou, a propósito dos movimentos ecológicos que, se a proteção à natureza contra a destruição demandasse apenas sua expressão em slogans, haveria uma adesão geral. Como se trata de escolhas reais, porém, os problemas se multiplicam, já que não se pode pedir, ao mesmo tempo, a interdição de usinas elétricas atômicas e energia mais barata. Se se deseja, realmente, dispensar uma tutela efetiva ao meio ambiente, a sociedade deve estar pronta para querer menos do que tem, se isto for necessário, abrindo mão do que produz com vistas apenas a usufruir de comodidades supérfluas.

Aqui é possível encontrar outra grande contradição do homem contemporâneo: querer resultados para cuja consecução não tenha que contribuir. Ou seja, desejam-se soluções mágicas para uma vida sempre materialmente próspera sem que isso possa implicar em restrições de qualquer natureza.

Autores debitam essas contradições a causas sócio-políticas. Wolf Paul diz que o grande problema do direito ambiental reside na conflitualidade. Afirma o autor que, ao mesmo tempo em que se deve responder às pressões sociais pela melhoria da qualidade de vida e diminuição de risco, deve-se, também favorecer o processo de acumulação sem tornar mais gravosas as condições do mercado (WOLF, 1990). Não é de estranhar, portanto, que, apesar da crescente proteção jurídica do meio ambiente, ele continue sendo degradado de forma alarmante.

A justificação da proteção penal no Brasil se apoia no discurso eloquente do legislador constitucional no artigo 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.”(BRASIL, 2016). Discurso que não corresponde à história da humanidade ou talvez signifique um conflito entre seus valores e necessidades.

O homem, que abate o boi, não só põe cravos nos cavalos para que cavalguem mais rápido, marca as ovelhas para que não sejam roubadas e tira-lhe a lã para se abrigar do frio; também testa produtos de maquilagem cegando coelhos, mata espécies para aprender mais sobre a vida e aprisiona as aves para ouvir seu canto.

O homem, aliás, abate ao próprio homem e desfaz seus corpos em pedaços, comemorando o êxito na ação de aniquilamento do inimigo. Talvez destrua mais do que qualquer fera, motivando Saramago a afirmar que: “De algo sempre haveremos de morrer, mas já se perdeu a conta aos seres humanos mortos das piores maneiras que seres humanos foram capazes de inventar” (SARAMAGO, 2015).

Quanto aos animais, disse Claude Bernard, não parece ter qualquer dúvida quanto ao papel puramente utilitário que eles têm na vida dos humanos, temos o direito, total e absoluto, de fazer experimentos e vivissecção. Coerente com sua visão utilitarista, o autor observava que seria estranho se fosse reconhecido o direito de usar os animais para serviços caseiros e alimentação e, ao mesmo tempo, fosse proibido seu uso para o ensino da medicina (GOLDIM, 1999). Dessa forma, entendia que nenhuma experimentação em humanos deveria ser feita sem ser precedida por testes em cães.

Menelick de Carvalho afirma que o ideal de todo Direito é que ele seja cumprido porque as pessoas acreditam na bondade de suas normas e não por medo da polícia e da prisão (CARVALHO NETO, 2000). Outros autores ao reafirmar a distinção das esferas ética, jurídica, política e religiosa, como forma de reassegurar as liberdades, dizem que a lei não transforma as pessoas em seres éticos e, assim, as normas jurídicas não podem cumprir essa função.

3 A PROTEÇÃO DA FAUNA ATRAVÉS DA PROIBIÇÃO PENAL

Considerando que o Direito empresta densidade à moral moderna que, por seu turno, lhe dá legitimidade, pode-se compreender porque o direito penal quer colaborar para a instalação de uma sociedade ética na qual se desenvolvam as relações do homem com os seres com os quais partilha a vida.

Na busca desse sentido no âmbito do direito ambiental, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de leis que têm como objeto material a fauna. A Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008, embora com críticas pertinentes, regulamenta a prática didático-científica da Vivissecção de Animais, a Lei 9605/98 estabelece os Crimes Ambientais, que reuniu grande parte dos delitos nesta área, facilitando a sistematização da matéria (além de outras esparsas de proteção à fauna como Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, por exemplo).

Discute-se (PRADO, 2001), ainda, a vigência ou não da que proíbe a pesca ou qualquer forma de molestamento intencional, de cetáceos em águas jurisdicionais brasileiras, admitindo-se sua permanência no ordenamento jurídico porque não foi prevista na lei 9605 a previsão de tal conduta.

Embora se possa criticar o fato de alguns tipos afrontarem princípios básicos do direito penal liberal, seja por não haver taxatividade (MIR PUIG, 2011, p. 74)¹, como ocorre com o art. 32 da Lei 9605², seja por quebra do princípio da proporcionalidade ou mesmo da razoabilidade (apenas para dar a impressão de um Estado presente e atento), o fato é que há previsões legislativas para condutas que lesem ou ponham sob-risco de lesão o meio ambiente e a fauna que nele vive.

A criminalização decorrente da Lei 9605 de 1998, especialmente, possui apoio numa base cultural vinculada a um viés ideológico ambientalista, que segue o mandato implícito de criminalização presente na ordem constitucional instituída em 1988. Nesse sentido, o comportamento de ataque à vida ou integridade física do animal, na sociedade contemporânea, passa a representar uma conduta de maior reprovação e censura social, ao mesmo tempo em que se constitui como instrumento que garante proteção ao perfil ideológico que decorre da norma instituída no artigo 225, inciso VII, da Constituição Federal³.

Entre o direito penal mínimo que se recusa a intervir em conflitos que podem ser pacificados por outros ramos do direito e que, ademais, não impõem a dor da pena, e a necessidade de atender a temores coletivos (reais ou imaginários) as normas penais têm sido alvo de críticas incisivas e contínuas, sobretudo por parte de penalistas da escola de Frankfurt.

Na esteira de Hassemer, afirma-se que o Direito Penal não tem aptidão nem foi predestinado a tratar dos bens jurídicos transindividuais. Esta tarefa caberia ao chamado Direito de Intervenção, por ele proposto: um Direito menos garantístico em termos materiais e

¹ Nota explicativa: A taxatividade decorre do princípio da legalidade em âmbito penal, estabelecendo um mandato de determinação capaz de orientar um perfeito juízo de adequação, subsunção, entre a conduta do agente e o comportamento proibido pela norma penal. Para Santiago Mir Puig “el postulado de precisión de la ley da lugar al llamado «mandato de determinación», que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto *material* del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas.”

² Nota explicativa: O artigo 32, caput, pune, com pena de detenção de três meses a um ano, a conduta daquele que praticar *ato de abuso*, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Grifo da autora.

³ Nota explicativa: 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. [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

processuais e com sanções menos severas do que as existentes no Direito Penal tradicional. Insistindo nessa missão, faria um mergulho do Direito Penal "nas turbulentas águas do risco", tal como Paulo Silva Fernandes refere-se à situação, o que afetaria suas matrizes na medida em que romperia com diversas de suas teses centrais, entre as quais a da exclusiva proteção de bens jurídicos determinados, a da intervenção mínima e a da necessidade. Em contrapartida, dar-se-ia uma expansão das leis simbólicas, com o recurso abusivo à criminalização de condutas de perigo abstrato, às normas penais em branco e à criação de bens jurídicos destituídos de substancialidade.

O ambientalismo e o animalismo, assim como o chamado novo constitucionalismo latino americano, todavia pressionam no sentido de estender a proteção jurídico-penal da vida a outras espécies além da humana.

O direito penal vive assim, como se afirmou, influências, por vezes, contraditórias quando tutela a fauna, mas esta contradição é o reflexo da relação complexa e conflituosa do homem com a natureza.

Rumos contraditórios de uma relação complexa e conflituosa que se demonstra no fundamento posto a justificar a tutela penal do meio ambiente, especialmente da fauna. Existem construções que propõem a fauna como bem associado ao ser humano, como bem coletivo ou inerente aos direitos humanos, sendo necessário para proteção da vida humana e ao desenvolvimento a gerações futuras (ZAFFARONI, 2010).

Adequado é sustentar que a fauna integra o meio ambiente, que se dispõe como bem jurídico a ser tutelado pela norma penal. Não se desprestigia a necessidade de considerar a proteção do meio ambiente em prol do ser humano, mas tal proteção não deve tornar invisível a diversidade da vida que compõe tal meio, que possui essência para além da existência humana, merecendo respeito e proteção.

Por isso, nas infrações faunísticas, o bem jurídico protegido é o ambiente, de acordo com o direito penal tradicional; a tutela da fauna é subsidiária e integra a lei na medida em que se trata de um dos elementos que compõem o bem jurídico ambiental (PRADO, 2011, p. 51)⁴. Tratar a fauna como elemento do bem jurídico, no entanto, torna-se sensível quando se propugna para os animais a qualidade de sujeito e direitos.

⁴ Nota explicativa: Para Luiz Régis Prado, "o objeto da conduta exaure o seu papel no plano estrutural; do tipo, é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano axiológico, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Não são conceitos independentes um do outro, mas que se inter-relacionam, numa mútua imbricação."

Novos argumentos e fatos parecem por em questão a existência de um atributo exclusivo do ser humano, fragilizando a ideia de que existe uma rígida linha demarcatória entre o homem e os demais animais, sugerindo que sua distinção é muito mais de grau ou de complexidade do que de essência, como se tem divulgado.

Tem-se alertado que, apesar de, nos últimos séculos, ter-se postulado por direitos iguais entre todos os humanos, são poucos os direitos reconhecidos aos animais. No entanto, sendo dotados de cérebro e de sistema nervoso eles são capazes, como os homens, de sentir dor.

A dor carece de caracterização por espécie, ela provoca sofrimento quer se manifeste em um homem, um elefante ou um gato e, é esta capacidade de sentir uma sensação penosa, produzida pela excitação de terminações nervosas, que habilita os filósofos a falar em um direito dos animais a não sofrer. Assim, os militantes dos movimentos de liberação animal entendem que evitar o sofrimento constitui uma etapa na conquista de suas metas definitivas.

A lei 9605, no artigo 32 caput e seu parágrafo, proíbe, exatamente, as ações que possam causar sofrimento aos animais, o que pode revelar a imprecisão do bem jurídico tutelado pela norma. Se todos os tipos contidos na Lei de Crimes Ambientais têm como finalidade a proteção do meio ambiente, há que se indagar em que medida a crueldade contra um animal doméstico, por exemplo, afeta esse bem jurídico, objetivamente.

Tudo levar a crer que a falta de coragem em avançar na formulação correta do valor protegido tenha inibido o legislador e doutrinadores a admitir, como bem jurídico protegido, como chegam a sugerir Greco (2004, p. 104) e José Duarte (1958, p. 315), o sentimento de solidariedade do homem com outros animais superiores.

Roxin, referido pelo primeiro autor, autor, prefere acreditar que este delito não protege a um bem jurídico específico, tratando-se de uma rara exceção de incriminação sem bem jurídico. Essa solução não desconhece a existência de valor a ser preservado, situando-se a meio caminho, quem sabe, entre considerar o animal um mero elemento do meio ambiente ou outorgar-lhe outra categoria jurídica. Pode-se afirmar, enfim, apesar da perspectiva antropocêntrica a partir da qual surgem as normas, que já é possível perceber nelas, latente, o reconhecimento de um valor intrínseco aos animais.

Tomando essa interpretação como definitiva, seria possível introduzir-se nova indagação: Por que, na lei de crimes ambientais, dentre as infrações ditas faunísticas, (art.32, caput e parágrafo 1º) são incriminadas as condutas de: praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, e, ainda, a de realizar experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos?

Uma leitura atenciosa dos dispositivos, com destaque para as expressões: maus tratos, ato de abuso, experiência dolorosa proporciona argumentos para reflexão em torno de hipótese de que a prática de crueldade deve ter sua compreensão obtida através da consideração da conduta humana que se reveste de maior reprovação na relação com os animais, mas na consideração do animal como um ser sensível.

A análise dos núcleos contidos no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais requer a uma compreensão do animal não como uma coisa, um objeto de livre disposição, mas como um ser vivo e sensível. Necessário, assim, ao ser humano, reconhecer um valor intrínseco nos seres dessa espécie e estender à integridade deste o ideal de proteção que se teve até então como exclusivamente humano, especificamente, a não sofrer lesões desnecessárias. Cleopas Santos (2015, p. 128) acrescenta um argumento de natureza dogmática para reforçar a nova compreensão postulada.

O autor afirma que a agravação da pena no caso de morte do animal resultante de maus tratos ou crueldade experimental (artigo 32, 2º, da Lei 9605) revela uma preocupação do legislador com o desvalor do resultado que, resulta, sem dúvida, do entendimento que o direito à vida e à integridade física são titularizados pelos animais.

4 FUNDAMENTOS DA TUTELA PENAL DA FAUNA

A *deteriorização* crescente do meio natural passou, porém desde algum tempo, a ser facilmente constatável, deixando de funcionar como mero aviso apocalíptico e *mauagorento*, interferindo diretamente na qualidade de vida das pessoas. Mesmo a população menos instruída (e também a parcela mais consumista) passou a tomar alguma consciência das causas da degradação e dos perigos que esta degradação pode causar em seu cotidiano. Esse conhecimento parece ter estimulado a problematização da questão ambiental e a necessidade de, materialmente, dispensar-lhes cuidados.

O cuidado, através da proteção penal, para além de indicar a manutenção de um ambiente propício ao convívio e desenvolvimento das espécies animais, determina a proibição de atentados, buscando a não violação de um sentimento de altruísmo inerente ao padrão ético que ideologicamente se reforça pelo desvalor de um comportamento humano cruel (MIR PUIG, 2015, p. 166)⁵.

⁵ Nota explicativa: Para Santiago Mir Puig, o desvalor da conduta se deve ao perigo para o bem jurídico que um espectador objetivo (o homem médio) pode observar na conduta no momento em que se realiza, *ex ante*. “El desvalor de la conducta es, em este sentido, desvalor intersubjetivo *ex ante*.”

A motivação inicial de tutela ambiental foi eminentemente antropocêntrica e utilitarista: cuidar daquilo que serve à pessoa humana para impedir que sua destruição ou degradação cause um desequilíbrio incapaz de ser suportado pela espécie. Nesse pensamento se incluem também os animais.

As palavras da Lei dos Crimes Ambientais despertam uma nova idéia que diz respeito a outra meta finalística a ser alcançada pela norma: a de que o uso feito dos animais seja orientado por uma boa ética. Na realização dessa meta, o direito ambiental serviu como mero instrumento de consecução deste outro fim, a exemplo do que ocorreu como as chamadas *caudas orçamentárias* que já serviram neste país para propósitos mais nobres⁶.

Observe-se, como reforço à hipótese proposta, que o ato de abuso a que se refere o artigo 32 pode coloca em risco a saúde, a vida ou a existência da espécie animal. Essa expressão, empregada pela primeira vez no direito brasileiro em 34, no Decreto 24.645/34, pretendia descrever uma das formas de cometer maus-tratos contra os animais.

Como destaca Luciana Caetano da Silva, durante o período em que vigorou o decreto não houve autor que definisse essa modalidade de maus-tratos que, ademais, não equivalia à forma de exigência de trabalho excessivo do animal ou uso inadequado. Muitas décadas depois, o termo é reintroduzido no direito mantendo a mesma imprecisão de outrora, imprecisão esta que atenta contra o princípio da taxatividade, como destaca a mesma autora (SILVA, 2001).

Essa falta de consenso em torno do significado da expressão permite que se interprete tal uso, como sendo aquele cuja reprovação se faz por uma compreensão dialética: em razão da qualidade da ação humana lesiva, mas considerando o resultado expresso pela dor e sofrimento observável no animal. Ou seja, pretende-se, para além de que o homem comporte-se de acordo com um modelo tal de conduta que não embarace ou envergonhe sua própria espécie ao se contemplar no outro, que a vida e o bem-estar dos animais sejam preservados. A ênfase da norma se faz, desta forma, no padrão de conduta desejado e na necessidade de evitação do dano ou perigo de dano que ela possa representar.

A lei 9605 orienta a um modelo de humanidade que se deseja, quem sabe, possa reinar sobre toda a terra, sem que, para isto, precise manipular a vida sem respeito e destruí-la. O tipo contido no parágrafo primeiro e que proíbe a realização de experiências dolorosas em animais, ainda que para fins científicos, comporta considerações da mesma ordem.

⁶ Nota explicativa: A lei orçamentária 4.242 de 1927, no artigo 3º, ao tratar da despesa geral da República dispunha, dentre outras providências, sobre medidas reeducativas que deviam ser aplicadas aos menores de 18 anos.

Há algum tempo, vem-se tomando conhecimento das experiências - cruéis e degradantes para a própria espécie humana – que são realizadas em seres vivos com vistas a gerar novas e mais eficientes respostas científicas para males da humanidade. É inegável que se tem conseguido controlar e vencer muitas enfermidades e que biotecnologia anuncia uma reengenharia da vida. (Se se proporcionará mais felicidade para a pessoa humana, não se sabe, porém).

Essas investigações, curiosamente, revelam outra face da dualidade da existência porque mesmo as atrocidades praticadas durante o nazismo nos campos de concentração possibilitaram um expressivo alargamento do conhecimento científico, sobretudo no que diz respeito à vida e morte dos tecidos.

Depois da Segunda Guerra Mundial, principalmente, foram divulgadas algumas das mais cruéis experiências realizadas em seres humanos bem como as atrocidades cometidas pelos cientistas japoneses com os seus prisioneiros de guerra na realização de ensaios científicos.

Muitos experimentos incluíam uma longa exposição do fígado a raio-x; retirada de parte do sangue do prisioneiro e posterior substituição com sangue de cavalo; infecção de mulheres (chinesas) com sífilis de forma que se descobrisse métodos de prevenir a doença. Em outros, prisioneiros tinham seus braços congelados para testar vários métodos de descongelamento, o que terminava por produzir uma necrose, fazendo a com que o membro soltasse do resto do corpo.

No que diz respeito aos animais, pune-se com pena privativa de liberdade, a ação de quem neles realiza experiência cruel, ainda que necessária, quando existirem recursos alternativos, conforme o multicitado parágrafo primeiro do artigo 32.

Trata-se de uma redação um tanto quanto escapista porque não se sabe exatamente como comprovar a crueldade de uma dada experiência, nem tão pouco, a existência de recursos alternativos. A própria admissibilidade da vivisseção, que consiste em operar animais vivos para estudos de fenômenos fisiológicos, levanta uma forte dúvida sobre o significado de crueldade. Autores admitem que, uma vez anestesiados, não haveria sofrimento, mas se se retirar órgãos e partes do corpo durante o procedimento, a dor, o padecimento, necessariamente se instalarão uma vez cessada o entorpecimento anestésico.

Não havendo como levar a cabo tais atividades sem sofrimento, ou o tipo constitui um enunciado sem significação prática ou, o que se deseja evitar não é exatamente uma ação em sua exterioridade, mas o sentimento e a ética que lhe orientam; o que se deseja impedir é que a manipulação sobre animais se faça sadicamente, como expressão do pior de nós mesmos.

Por isso mesmo, Roxin (GRECO, 2004, p. 89-147) admite que, em tais casos, contrariando o princípio penal da exclusiva tutela de bem jurídico, tem-se uma incriminação sem que este princípio seja atendido, conforme já referido. Não nega o autor, todavia que o sentimento de solidariedade para com certos animais superiores cause repulsa diante de atos de crueldade com animais e, por isto mesmo, acolhe esta exceção à ideia de bem jurídico.

5 CONCLUSÃO

A relação do ser humano com o meio ambiente, especialmente com os animais perpassa a análise de considerações que permeiam a ética e o direito. O ser humano, autoconstituído com a imagem e semelhança do divino, estabeleceu-se como ser dotado de uma dignidade que, tradicionalmente, fundamenta uma cultura que referencia o Direito. A importância atribuída à dignidade humana, no entanto, não é um limite ao reconhecimento do valor das formas de vida não humanas, que importantes em si, e ao ser humano, necessitam de proteção.

Fato inegável é que os vulneráveis sempre foram utilizados como instrumento para a investigação científica e que, destas investigações, usufruímos todos nós. Por vezes, constroem-se argumentos que justificam a morte e sofrimento de alguns, sacrificados pelo benefício de outros.

Ocorre que parcela expressiva da humanidade – que ainda abate o boi e engorda frangos, porcos e carneiros em confinado compartimento de terceira classe - deseja que as investigações científicas sejam feitas de uma forma digna e que não venham a envergonhar os “senhores da terra”.

O novo constitucionalismo latino americano e os movimentos *ambientalistas* e *animalistas* postulam o reconhecimento do animal como sujeito de direitos e sua preservação de atos atentatórios à integridade e bem estar físicos, muitas vezes realizados para fins puramente supérfluos.

A verdade é a que a vida se alimenta de todos; diz-se, que o homem se alimenta de tudo que a terra produz até que, um dia, ela se alimente dele mesmo. Esta é, aliás, é a grande partilha, a verdadeira socialização da existência, o banquete, do qual todos participam. É preciso se empenhar na vivência de um perfil ideológico capaz de equilibrar as demandas desenvolvimentistas da sociedade contemporânea com a interação responsável e não hostil com o meio ambiente.

O Direito Penal, ainda que, secundaria e impropriamente, quer, com dispositivos como os comentados, dar a sua parcela de contribuição nesse processo, permitindo que o compartilhamento seja feito de forma equânime, evitando a dor desnecessária e cruel.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. Constituição Federal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 de out de 2016.
- CARVALHO NETO, Menelick. *Notas de Aulas: curso de Hermenêutica Filosófica e Teoria da Interpretação, Mestrado em Direito*, Faculdade de Direito da UFBA., Salvador, 2000.
- GOLDIM, José Roberto e Márcia Mocellin Raymundo. *Pesquisa em Saúde e Direito dos Animais*. 1999. www.ufrgs.br/HCPA/animrt.ht
- GRECO, Luis. *Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou algumas dúvidas diante de tantas certezas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT,n. 49. pp. 89-147.
- HASSEMER, Winfried. *História das Idéias Penais na Alemanha de Pós-Guerra*, Publicação da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 1994.
- HULSMAN, Louk. BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una alternativa*. Ariel: Barcelona, 1984.
- KOLLAKOWSKI . *A Aldeia Incontrolável*. Universidade de Brasília. 1979.
- MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel: Madrid, 2011.
- _____. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: B de F, 2015.
- MONSALVE, Julio César Rodas. *La proteccion Penal Del ambiente y Funcion Siombólica Del derecho Penal*. In Derecho penal y Criminología, v. 15, n. 51, set/dez. 1993.
- PRADO, Luis Regis. *Crimes Contra o Ambiente*. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-Penal e a Constituição*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “La Filosofia Penal de la Ilustración”. In: História de los Derechos Fundamentales, Tomo II – Siglo XVIII, Vol. II – La Filosofia de los Derechos Humanos, PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório *et alii* (directores). Madri: Dykinson, 2001.
- RAYMUNDO, Márcia M e José Roberto Goldim. *Diretrizes para Utilização de Animais em Experimentos Científicos*. www.ufrgs.br/HCPA/gppg
- SANTOS, Cleopas. *Experimentação animal e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do Meio Ambiente*; breves considerações atinentes à lei 9605, São Paulo: Saraiva, 1998.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. I. El Hecho Punible. Fabian J. Di Placido: Buenos Aires, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Por Quien Cantan Las Sirenas*. UNOESC/CPGD-UFSC. Santa Catarina, 1966.

WOLF, Paul. *Magacriminalidad ecológica e derecho ambiental simbólico (una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad)*: Barcelona, 1990, ejemplar dactilografado.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia». En *Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, 109–132. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

ZUCCA, Aldo Jacomo. *O direito da terra – rumo a um direito internacional ambiental efetivo*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1991.

LA SUSTRACCIÓN Y RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN BOLIVIA

Mariela Sánchez Salas

RESUMEN

La movilidad humana repercute en las relaciones familiares, caracterizándose por una mezcla de culturas, y pluralidad de legislaciones, aunado a la presencia de un elemento de internacionalidad, que en una ruptura de la relación familiar suscita el riesgo de la sustracción internacional de un menor, por parte de los familiares, trasladándolo de forma ilegal, aspecto que genera que se inicie un proceso de restitución internacional de menores, debiendo aplicar una de los Instrumentos especializados en esta materia, sea la Convención de la Haya o la Convención Interamericana, cual fuese la herramienta, lo cierto es que para los Estados conlleva cierta responsabilidad.

Palabras clave: Restitución y Sustracción Internacional de Menores, Interés Superior del Niño, procesos internacionales.

ABSTRACT

Human mobility has an impact on family relationships, characterized by a mixture of cultures, and a plurality of laws, coupled with the presence of an element of internationality, which in a break in the family relationship raises the risk of international abduction of a child, on the part of the family members, transferring it illegally, an aspect that generates that a process of international restitution of minors is initiated, and one of the specialized instruments in this matter must be applied, be it the Hague Convention or the Inter-American Convention, whatever the states are exposed to international processes.

Keywords: Restitution and International Abduction of Minors, Higher Interest of the Child, international processes.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es ofrecer un panorama de la regulación vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia respecto a la Sustracción y Restitución Internacional de Menores.

La idea que subyace, es reflexionar de qué manera y hasta qué punto el Estado Boliviano brinda respuestas a los problemas derivados de la aplicación de los instrumentos internacionales y normativa boliviana en esta materia.

Los supuestos de Sustracción y Restitución internacional de menores se analizarán, al interior de la Cooperación Jurídica Internacional en sus dos categorías, la de Cooperación Judicial Internacional y la Cooperación Administrativa Internacional.

El análisis de estas dos categorías, obedecerá al orden lógico, primero los procedimientos administrativos para la restitución Internacional de menores; el segundo analizará el procedimiento judicial en esta materia.

Las figuras de la Sustracción y Restitución Internacional de Menores son complejas, por lo que se hace necesario realizar un análisis que ofrezca de manera integral: los elementos, las características el alcance, los participantes y la comunicación que se desarrolla con el derecho constitucional, como marco de referencia necesario para la protección y garantía de los derechos de los menores y el interés superior del niño, niña y/o adolescente.

Su relación con del derecho administrativo como una rama que regula la función del Estado en el ámbito público y el derecho de familia que regula la custodia del menor y el derecho de visitas en el ámbito privado.

Se referenciará la jurisprudencia internacional referente a la responsabilidad que surgió a los Estados por trámites de restitución internacional de menores y derecho de visitas.

Nociones Generales de la Sustracción y Restitución Internacional de Menores

El punto de partida consistirá en afirmar que la restitución internacional de menores, es un mecanismo de Cooperación Jurídica Internacional entre Estados, cuyo objeto es garantizar¹ y asegurar² el inmediato retorno del niño, niña o adolescente que fue sustraído del lugar de su residencia habitual o fue retenido fuera de su residencia habitual, haciendo respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia, o guarda.

Y la sustracción será aquella situación en la cual uno de los padres o familiares traslada o retiene en el extranjero a las hijas, hijos menores de 16 años, un mayor desarrollo del Instituto Interamericano del Niño (IIN) considera: “*La sustracción se define entonces como el traslado*

¹ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Haya, 1980, art. 1” La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.”

² Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo- Uruguay, 1989, art. 1 “La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.”

*ilegal o Retención Ilegal del NNA, sin la voluntad de este en primero lugar y sin el consentimiento del otro progenitor*³

Los progenitores o familiares⁴, realizan la conducta ilícita de sustracción o retención del niño, niña o adolescente, que vulnera los derechos de custodia o guarda, y/o el derecho de visitas, atribuidos por el imperio de la ley, por una decisión judicial o administrativa, o a través de un acuerdo entre partes homologado en la vía judicial.

La permanencia o traslado de un Niño, Niña o Adolescente (NNA), a un lugar o Estado diferente del que tenga su residencia habitual, sin la debida autorización, sin duda genera una situación de vulnerabilidad, que puede ocurrir *“cuando un padre teme perder el niño después de los procedimientos judiciales, las familias son más vulnerable cuando la relación de los padres está muy tensa”*⁵.

Si bien los instrumentos internacionales no definen a la residencia habitual, la IIN manifiesta que *“se trata del lugar donde el niño, niña tiene su centro de vida, es decir, donde se desarrolla sus actividades principales en forma cotidiana, es decir: educación, actividades lúdicas, de portes, artes, atención de salud, tiene su familia, domicilio permanente”*⁶.

En ese contexto, para el retorno del niño, niña o adolescente se va requerir la Cooperación de dos Estados, donde el primero fungirá como *“Estado Requirente”* y el otro como *“Estado Requerido”*, por ende, la mejor vía para que esta problemática pueda ser atendida, será ratificar los Convenios desarrollados en el ámbito internacional para la restitución del menor.

Instrumentos Internacionales

Frente a esta problemática que compromete el interés superior del niño, niña o adolescente, la comunidad internacional puso a consideración de los Estados instrumentos internacionales que proponen procedimientos para absolverla.

Inicialmente la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado Plurinacional de Bolivia por Ley N° 1152 de 14 de mayo de 1990, es la base normativa generada por la comunidad internacional para precautelar el interés superior del niño.

³ Instituto Interamericano del Niño, DE LA TORRE Esteban, ZANTTA Camila, Modulo 2 “Conceptos Básicos para la temática de SINNA”, pág. 10.

⁴ Ob. Cit. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, artículo 4.

⁵ Ibidem, pág. 10

⁶ Ibidem pág. 12.

Es así, que en su **artículo 3**, se establecen las medidas concernientes a los niños, procurando que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, desarrollen mecanismos de consideración primordial que atiendan el interés superior del niño (..) por su parte el **artículo 9** vela porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Este instrumento generado por la comunidad internacional, es la base que sostiene el esquema de prevención de traslados y retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes, resguardando el derecho que todo niño goza, conforme lo previsto en su artículo 11⁷, velando por el bienestar, asimismo este instrumento genera la obligación de los Estados de preservar las relaciones familiares.

Con el objetivo de brindar mayor protección a los niños, niñas y adolescentes, la comunidad internacional emitió dos instrumentos especializados en Sustracción y Restitución, el primero fue el Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de menores⁸ -de alcance global- ratificada por el Estado Plurinacional de Bolivia mediante Ley Nro. 778 de 25 de enero de 2016

El segundo fue la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989, -de carácter regional- ratificada por Ley Nro. 1727 de 13 de noviembre de 1996.

Ambos instrumentos internacionales sobre la base de principios comunes, desarrollaron procedimientos, requisitos, estableciendo dos vías para tratar este tipo de hecho, la primera será la vía judicial y la segunda será la vía administrativa, ambos instrumentos establecerán un marco de excepciones, que deben ser consideradas por los Estados miembros a efectos de restablecer el derecho de custodia o el derecho de visitas, la regla que se genera será siempre la restitución del menor a su residencia habitual y la excepción a esta regla será la aplicación de las excepciones determinadas en los Instrumentos Internacionales, y el alcance de ambos Instrumentos Internacionales, es para menores de 16 años⁹.

⁷ Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, pág. 13 Artículo 11.- “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.”

⁸ BORRAS Alegría, GONZALEZ Campos Julio D. Recopilación de los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, segunda edición revisada, Marcial Pons, Madrid- 2008, pág. 217-224.

⁹ Ob. Cit. Convenio de la Haya, **Artículo 4**” El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El

Las excepciones¹⁰ a las que hacen referencia, que pueden suspender el proceso o rechazarlo, se suscitarán cuando concurren las siguientes consideraciones:

- No se haya un ejercicio efectivo del derecho de custodia, al momento de traslado o retención.
- El retorno del niño pudiere ocasionar un grave peligro para su salud física o psíquica, exponiéndolo a una situación intolerable.
- El menor alcanza grado de madurez y se opone a ser restituido.
- Se compruebe que el niño se integró¹¹ y se adaptó a un nuevo espacio, no basta la mera adaptación, sino además requiriéndose en el plazo de un año (el espacio debe ser entre el plazo desde el momento que se toma conocimiento de la retención del niño y el momento que se inicia el pedido de restitución del menor) en ese caso el progenitor de conducta ilícita podrá comprobar que el niño se integró, se arraigó a ese nuevo centro de vida.
- La orden de restitución del menor implique la vulneración derechos¹² fundamentales del niño.

Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.” Concordante con Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, **Artículo 2** “ Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad”.

¹⁰ Ob. Cit. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, “**Artículo 11** La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.” Concordante con El Convenio de la Haya, **Artículo 13** No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en un a situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

¹¹ ob. Cit. Convención de la Haya, **Artículo 12 parágrafo 2**” La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Concordante con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores **artículo 14 parágrafo 3** “Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

¹² Ob. Cit. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, **Artículo 25** La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional

En atención a las excepciones descritas, el mecanismo de Restitución Internacional de Menores presenta un visión ambigua y dividida, propiciando un dilema entre; **a)** cumplir la restitución del niño, niña o adolescente respetando los plazos de las Convenciones, versus; **b)** la aplicación de alguna excepción de ambas Convenciones, adicional a ello, los casos son complejos, tornándose difícil desentrañar cual es el interés superior del niño.

Sin embargo, para enfrentar este desafío, ambas Convenciones prevén, el establecimiento de dos¹³, lo característico de estas convenciones es la utilización de un procedimiento mixto entre la Cooperación Administrativa Internacional y la Cooperación Judicial Internacional.

El procedimiento planteado a nivel internacional de Cooperación Jurídica Internacional sobre Restitución Internacional de menores, en ambas Convenciones se generan funciones a la Autoridad Central de transmitir la información, colaboración¹⁴, siendo reservada a la Autoridad Judicial o administrativa la decisión sobre la viabilidad¹⁵ o no del pedido de restitución.

sobre derechos humanos y del niño. Concordante con la Convención de la Haya, Artículo 20 La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el **Artículo 12** podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

¹³ *Ibidem*, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, **Artículo 6** Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación. El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo. concordante con la Convención de la Haya, **artículo 7 inciso f)** incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.

¹⁴ *Ibidem*, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, **Artículo. 7** “para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención. Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención” concordante con la Convención de la Haya **artículo 7** “Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas (..)”

¹⁵ *Ob. Cit.* Convenio de la Hay, **artículo 12** “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los

Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia

El Estado Plurinacional de Bolivia, ha generado un mecanismo para la protección Integral del Niño , Niña y Adolescente (NNA), es un proceso que se desarrolla paulatinamente, el primer paso importante fue la reforma del Código de la Niñez, que involucró de manera directa al Estado Central, junto a la familia en la protección de la NNA, e implementó un Sistema de Protección en la reforma del Código Niña, Niño y Adolescente la gestión del 2014, el “Sistema de Protección Integral de la Niña, Niño y Adolescente-SIPPROINA.”¹⁶.

La Constitución Política del Estado, desde el año 2009 consideró como un deber esencial del Estado, la sociedad y la familia garantizar la **prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente**¹⁷, comprendiendo la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

En esta dinámica de protección NNA, fue acompañada por la instauración de una Autoridad Central en Cooperación Jurídica Internacional¹⁸, que es la encargada de transmitir la información a las autoridades competentes, es así que mediante la Ley N°465 de 19 de diciembre, “Ley del Servicio de Relaciones Exteriores”, se le atribuye este rol al Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁹, entidad que recepciona y trasmite las solicitudes internacionales ante las instituciones responsables de su ejecución.

Esta actividad, es de carácter prioritario para Estado, por lo que propicio la reforma al Código de la Niñez, mediante Ley N° 548 de 17 de julio de 2014, Código Niña Niño y Adolescente, incorporando en su artículo 9 el deber de velar por el interés superior de la niña,

procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor. (...)”

¹⁶ Estado Plurinacional de Bolivia, Ley Nro. 548 de 17 de julio de 2014 “Código Niña Niño y Adolescente”, Gaceta Oficial de Bolivia, 2014, es atribución del Ministerio de Justicia en su calidad de ente rector del Sistema Plurinacional de Protección Integral de la Niña, Niño y Adolescente –SIPPROINA- de acuerdo al **artículo 179 inc. p)** “Desarrollar acciones de promoción, protección y restitución de los derechos de la y el adolescente trabajador”.

¹⁷ Estado Plurinacional de Bolivia, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial de Bolivia, Bolivia, 2009, pág. 29, artículo 60 Estado, la sociedad y la familia, garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende a preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna.

¹⁸ DEL’OLMO, Florisbal de Souza, JAEGER Junio Augusto, Curso de Direito Internacional Privado, 12 ed. rev. atual.e ampl - Rio de Janeiro: Forense, 2017

¹⁹ Estado Plurinacional de Bolivia, Decreto Supremo Nro. 2377 de 27 de mayo de 2015”Reglamento al Código Niña, Niño y Adolescente”, Gaceta Oficial de Bolivia, Art.9 párrafo II “Se reconoce al Ministerio de Relaciones Exteriores, como Autoridad Central en materia de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes para la recepción, revisión de cumplimiento de requisitos, verificación de la documentación pertinente, transmisión y seguimiento de las solicitudes internacionales ante las instituciones responsables de su ejecución, de conformidad al procedimiento establecido en el presente Decreto Supremo.”

niño y adolescente de acuerdo a la Constitución Política del Estado y los Tratados internacionales en materia de derecho humanos, cuando sean más favorables.

Situación que fue acompañada por el desarrollo del procedimiento de restitución internacional de menores en el Decreto Supremo N° 2377 de 27 de mayo de 2015 “reglamento del Código Niña niño y Adolescente”, en el que se establece la vía administrativa y la vía judicial, promoviendo que una diversidad de entidades especializadas participen de manera conjunta en esta actividad.

La normativa precedente, para la Restitución Internacional o Nacional de Menores generó atribuciones a diversas entidades entre las que se destacan los Gobiernos Autónomos Departamentales²⁰, la defensoría de la Niñez y Adolescencia²¹, y los Juzgados Públicos²²

En este desarrollo normativo, se prevé una medida voluntaria y otra contenciosa, ya que el artículo 67 de la Ley 025 de 24 de junio de 2010, dispone que las juezas y los jueces **están obligados a promover la conciliación** de oficio o apetición de parte, en todos los casos permitidos por ley. Las sesiones de conciliación se desarrollarán con la presencia de las partes y la o el conciliador. La presencia de abogados no es obligatoria.

Sin embargo, **no está permitida** la conciliación en temas de violencia intrafamiliar o doméstica y pública y **en temas que involucren el interés superior de las niñas, niños y adolescentes**, aspecto que es valorado por las autoridades competentes en cada caso de sustracción internacional de menores.

La Restitución Internacional en el Estado Plurinacional de Bolivia

A la luz del marco normativo expuesto precedentemente, se destacan los principios, que se consideran al abordar la temática de la Sustracción y la Restitución Internacional de menores,

²⁰ Ibídem, Código Niña Niño y Adolescente, de acuerdo al **artículo 182 inciso e)** son atribuciones de los Gobiernos Autónomos Departamentales; “Cumplir las directrices y procedimientos administrativos sobre la ejecución de medidas en materia de restitución internacional, extradición y protección a la niña, niño o adolescente víctima de traslados irregulares, trata y tráfico, según corresponda”.

²¹ Ibídem, el **artículo 188 inc. e y o)** manifiestan que es atribución de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia “interponer de oficio acciones de defensa y otras acciones legales y administrativas necesarias para la restitución de derechos de la niña , niño o adolescente,” pudiendo “intervenir y solicitar la restitución nacional o internacional de niñas, niños o adolescentes, ante la Autoridad Central o ante el Juzgado Público de la Niñez y Adolescencia de acuerdo al caso”.

²² Ibídem, Además de lo establecido precedentemente, el art. 207 inciso c) y e) manifiestan que los Juzgados Públicos en materia de Niñez y Adolescencia tienen la competencia de “conocer y resolver las solicitudes de restitución de la autoridad de la madre del padre o de ambos” además de “resolver la restitución de la niña, niño o adolescente a nivel nacional e internacional conforme a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacionales de Menores”.

como ser: **el interés superior del niño, la protección internacional frente al traslado y retención indebida, la protección de los derechos de custodia o guarda y el derecho de visitas, generando un procedimiento específico en la vía judicial y administrativa, escogiendo el medio de comunicación a través de la Autoridad Central.**

En este procedimiento se actúa con urgencia y se adoptan las medidas de protección que la Autoridad Competente considere necesarias a través del auxilio de las Oficinas especializadas de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia e INTERPOL.

En Bolivia, los titulares²³ de la restitución podrán ser la madre o el padre, el tutor o tutora, guardador o guardadora y la defensoría de la niñez y adolescencia, pudiendo acudir a la Autoridad Administrativa o a la Autoridad Judicial quienes serán competentes para resolver la restitución²⁴

En el procedimiento de Restitución Internacional o nacional de menores, Bolivia prevé excepciones que generan el rechazo de esta acción y operan cuando el autor que habría generado el desplazamiento, trasladado o retención a la niña, niño y adolescente, justifican el hecho con las siguientes situaciones:

1. Cuenta con el consentimiento para traslado y/o retención de la niña, niño y adolescente por parte del solicitante;
2. El riesgo en la integridad de la niña, niño y adolescente por vulneración de sus derechos en caso de ser restituido;
3. Manifiesto temor fundado de la niña, niño y adolescente de retornar;
4. La niña, niño y adolescente se ha integrado al nuevo lugar de residencia.

La información básica requerida será, la demanda²⁵ que deberá detallar en los antecedentes la fecha y circunstancias relativas a la sustracción, traslado y/o retención de la

²³ *Ibíd*em, El Art. 67 manifiesta quienes son los titulares de la solicitud de restitución; “Podrán iniciar la solicitud de restitución nacional o internacional la madre o el padre de la niña, niño y adolescente, en ejercicio de la autoridad materna o paterna en igualdad de condiciones, o del derecho de visita. II. También podrán realizar la solicitud de restitución nacional o internacional la tutora o tutor, guardadora o guardador de la niña, niño y adolescente. III. Asimismo, podrá realizar la solicitud de restitución nacional o internacional, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, previa denuncia de la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor y previa intervención interdisciplinaria”.

²⁴ *Ibíd*em, El Art. 68, manifiesta que las instancias competentes para resolver la restitución serán de carácter judicial y administrativo; el primero se realizara por los juzgados públicos en materia de niñez y adolescencia, en conformidad al inciso e) del Artículo 207 de la Ley Nro. 548. La segunda vía que es la administrativa se realizara a través del Ministerio de Justicia, a través del Viceministerio de Igualdad de Oportunidades, tiene la competencia de resolver y efectivizar la Restitución Internacional de la niña, niño y adolescente cuando la solicitud corresponda a la vía administrativa, en el marco de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, elevada a rango de Ley N° 1727, de 13 de noviembre de 1996.

²⁵ Decreto Supremo Nro. 2377 de 27 de mayo de 2015, Reglamento al Código Niña, Niño y Adolescente,” **ARTÍCULO 70.- (INFORMACIÓN BÁSICA REQUERIDA).** La demanda deberá detallar en los antecedentes la fecha y circunstancias relativas a la sustracción, traslado y/o retención de la niña, niño y adolescente; su identificación, la probable ubicación, a quién se le atribuye el hecho, vencimiento del plazo autorizado en caso de

niña, niño y adolescente; su identificación, la probable ubicación, a quién se le atribuye el hecho, vencimiento del plazo autorizado en caso de viajes y las medidas de seguridad que garanticen la integridad física de la niña, niño y adolescente para efectivizar su retorno. Asimismo, se deberá acompañar la documentación necesaria que acredite la calidad de titular de la solicitud de restitución.

De la Guarda o Custodia en Bolivia

Uno de los requisitos para dar inicio al proceso de restitución internacional de menor, es acreditar la titularidad de la solicitud, es decir, acreditar que la guarda o custodia se encontraba con el padre o madre a momento de existir la ilegal sustracción del menor.

En Bolivia, la ley N° 603 de 19 de noviembre de 2014 “Código de las Familias y del Proceso Familiar” en su artículo 217 introduce la figura de “La guarda compartida” como un *“régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de las y los hijos comunes, mediante un acuerdo voluntario que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”*²⁶.

La Ley N° 548, artículo 57 al respecto, manifiesta que la Guarda, es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal. La guarda confiere al guardador el derecho de oponerse a terceras personas, inclusive a los padres y de tramitar la asistencia familiar

En la decisión sobre la Guarda podrán participar los Jueces de Familia y los Jueces de la Niñez y Adolescencia, por lo cual existen dos clases de Guarda; **la primera** es la Guarda en desvinculación familiar, sujeta a lo previsto por el Código de Familia y que es conferida por el

viajes y las medidas de seguridad que garanticen la integridad física de la niña, niño y adolescente para efectivizar su retorno. Asimismo, se deberá acompañar la documentación necesaria que acredite la calidad de titular de la solicitud de restitución

²⁶ Estado Plurinacional de Bolivia, Ley N° 603 de 19 de noviembre de 2014 “Código de las Familias y del Proceso Familiar, pág. 83, artículo 217 “(.) El acuerdo establecerá la frecuencia con la que cada progenitor mantendrá una relación directa y regular con los hijos y las hijas y el sistema de asistencia familiar, bajo la supervisión del equipo disciplinario de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia de oficio, la madre, el padre o ambos podrá solicitar el cese de la guarda compartida cuando la situación no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad de las hijas o hijos, en cuyo caso la autoridad judicial tomará las medidas necesarias para la protección de los hijos e hijas”

Juez de Familia; y **la segunda** es la Guarda Legal que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente²⁷

La vía Voluntaria, la Conciliación en la Restitución Internacional de Menores

Otra de las características del proceso de Restitución Internacional es la vía voluntaria, ya que se busca acuerdos entre las partes, que es el principal punto de actuación, generando consensos a través de la conciliación.

Las autoridades competentes, exhortan al proceso de restitución voluntaria, manteniendo medias de vigilancia no invasivas, y generando actas que establezcan esta medida, debiendo poner en conocimiento de manera inmediata a la Autoridad Central Requerida, quien transmite la información a la Autoridad Central Requirente y generar el retorno en condiciones seguras del NNA sustraído.

Este aspecto voluntario es acompañado por la ley N° 708 de 25 de junio de 2015, “ley de Conciliación y Arbitraje”, el artículo 20 (naturaleza) dice que: *“La conciliación es un medio alternativo de solución de controversias al que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, acceden libre y voluntariamente, antes o durante un proceso judicial o arbitral, con la colaboración de una o un tercero imparcial denominado conciliador, que se ejercerá en el marco de la presente Ley”*, y la Ley 025 que en su artículo 65 reconoce a la *“Conciliación como un medio de solución inmediata de conflictos y de acceso directo a la justicia, como primera actuación procesal”*.

Sin embargo, la figura de la Conciliación para procesos de restitución presenta algunas limitantes previstas en el Código Procesal Civil y la Ley del Órgano Judicial, por ejemplo, el numeral 6 del artículo 293 del Código Procesal Civil señala, como una de las causales para que no exista conciliación previa: *“Cuando la parte demandada tuviere su domicilio en jurisdicción departamental distinta al lugar donde se promoverá la demanda principal o en el exterior, o cuando su domicilio fuera desconocido”*.

Por su parte, la Ley del Órgano Judicial manifiesta que no está permitida la conciliación en temas de violencia intrafamiliar o doméstica y pública y en temas que involucren el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

²⁷ Estado Plurinacional de Bolivia, Ley N° 548, de 17 de julio de 2014 “Código Niña, Niño y Adolescente” de pág. 24, artículo 58

Y el artículo 157²⁸ del Código Niña, Niño y Adolescente establece el derecho de la Niñez y Adolescencia de acceso a la justicia, por el cual tienen derecho a solicitar la protección, restitución y restauración de sus derechos en ámbitos jurisdiccionales, personalmente o a través de sus representantes, **prohibiéndose toda forma de conciliación o transacción en casos de niñas, niños o adolescentes víctimas de violencia**, por lo que los juzgados especializados no podrán aprobar ningún acta de conciliación.

Las consideraciones precedentes, que se advierten en la redacción normativa al interior de la legislación boliviana, generan la necesidad de contar con herramientas apropiadas de consulta que permitan los procesos de restitución voluntaria, un mayor desarrollo por parte de las autoridades competentes en esta materia.

La Interacción del Estado y la familia

Todos estos, son aspecto destacan la interacción del Estado y la familia, direccionando sus mecanismos operativos en un terreno privado como es el ámbito familiar como núcleo de la sociedad, precautelando el interés superior del niño, que opera como un mecanismo de control para la correcta aplicación de los objetivos previstos en la norma nacional e internacional, configurándose una línea interpretativa al amparo de la cual cada autoridad responsable asume la decisión más adecuada salvaguardando al menor.

Aspecto que en su momento puede estar sustentado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948²⁹ artículo 12 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 artículo VI³⁰, en una línea similar a la adoptada anteriormente en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, que en su artículo. 8³¹, manifiesta que el derecho al respeto a la vida privada y familiar,

²⁸ Óp. Cit. Ley 548. Pág. 57 ARTÍCULO 157. (DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA). I. Las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho a solicitar la protección y restitución de sus derechos, con todos los medios que disponga la ley, ante cualquier persona, entidad u organismo público o privado. II. Toda protección, restitución y restauración de los derechos de la niña, niño y adolescente, debe ser resuelta en ámbitos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, mediante instancias especializadas y procedimientos ágiles y oportunos. III. Las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho de acudir personalmente o a través de su madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor, ante la autoridad competente, independiente e imparcial, para la defensa de sus derechos y que ésta decida sobre su petición en forma oportuna. IV. La preeminencia de los derechos de la niña, niño y adolescente, implica también, la garantía del Estado de procurar la restitución y restauración del derecho a su integridad física, psicológica y sexual. Se prohíbe toda forma de conciliación o transacción en casos de niñas, niños o adolescentes víctimas de violencia.

²⁹ Declaración Universal De Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948Pag. 4 “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”.

³⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 pág. 2, “*Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella*”.

³¹ Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, pág. 11 “*Derecho al respeto a la vida privada y familiar*1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su*

libre de toda injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho salvo que tal injerencia “...esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”.

En esta misma línea el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que, en su artículo 17, dispone que “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia...*” y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques³².

De ahí la importancia que le brinda el Estado al interés superior del niño, como aquel principio, que se convierte en el eje central para determinar los procedimientos en lo que se ve involucrado un menor, por lo que desarrolla mecanismos que garanticen el ejercicio pleno de los derechos relativos a la vida del menor.

Jurisprudencia Internacional

Ahora bien, la falta de determinación no implica que este sea menos importante, sin embargo suscita que se genere determinada responsabilidad para los Estados, que se debe analizar al amparo de los Instrumentos de Derechos Humanos, los Instrumentos sobre Sustracción Internacional de Menores y sobre la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, sobre esta última cabe hacer referencia que el Estado Plurinacional de Bolivia no la ratificó y en su lugar promulgó la Ley 401 sobre Celebración de Tratados que describe los procedimientos y los requisitos que se requieren en el Estado Plurinacional de Bolivia para la ratificación o adhesión de a Instrumentos Internacionales.

Por ello a modo de referencia, en temas de restitución internacional de menores se revisa parte del desarrollo jurisprudencial al interior de la Corte Europea de Derechos Humanos, los

domicilio y de su correspondencia.2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

³² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York 16 diciembre de 1966. Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 18950 de 17 de mayo de 1982, elevado a rango de Ley N° 2119 promulgada el 11 de septiembre de 2000.

Casos Ignaccolo- Zenide contra Rumania³³, Iglesias Gil contra el Reino de España³⁴, Lafargue contra Rumania³⁵, son precedentes que de manera genérica fortalecen los lineamientos dispuestos por los instrumentos internacionales, como la obligación que tiene el Estado de reunir a los padres con sus hijos, así como la posibilidad de tomar medidas para asegurar la restitución, como el derecho de visitas.

Por ejemplo, el caso Ignaccolo-Zenide v Rumania, se refiere a dos niñas de madre francesa y padre rumano, que se divorciaron, y la madre tuvo el derecho de visitas y el padre el derecho de custodia. Sin embargo, el padre se traslado a Estados Unidos de Norteamérica junto a sus dos hijas, aspecto que suscito un perjuicio en el ejercicio del derecho de visitas de la madre.

El Casos Ignaccolo- Zenide contra Rumania presentó mayores consideraciones, sin embargo nos abocaremos al fallo del Tribunal que señaló que existían una obligación por parte de las Autoridades Nacionales, de tomar medias para reunir a los padres y los hijos, debiendo adoptarse un de manera equilibrada, garantizando el respeto de los derechos de la gente involucrada y el interés superior del niño, por lo cual determino que el artículo 8 de la CEDH debía analizarse al amparo de la Convención de 1980, y al no tomarse las medidas adecuadas para hacer cumplir las distintas decisiones que otorgaban a la madre solicitante el cuidado de las niñas, en particular la orden de restitución del 14 de diciembre de 1994, El Tribunal también otorgo una compensación a la madre conforme el artículo 41 de la CEDH.

Por su parte el caso Caso Iglesias Gil contra Reino de España, se remonta al 8 septiembre de 1989, momento en el cual la recurrente contrajo matrimonio, sin embargo el 3 de junio de 1994, la pareja se divorció, el 7 de diciembre de 1995 nació el hijo cuya custodia fue determinada por el Juez de Vigo, quien judicialmente otorgada a la madre la custodia y en favor del padre otorga el derecho de visita.

El uno de febrero de 1997, aprovechando una visita a su hijo, el padre lo sustrajo y salió del territorio español con él. Después de haber viajado por Francia y Bélgica, tomó un vuelo para los Estados Unidos con el menor.

³³Corte Europea de Derechos Humanos, Ignaccolo- Zenide v Romania Judgment, pág. 243-274 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22case%20ignaccolo-%20Zenide%20v.%20Rumania%22%5D,%22sort%22:%5B%22kupdate%20Descending,respondentOrderEng%20Ascending%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-162532%22%5D%7D>

³⁴Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Iglesias Gil and A.U.I.v. Spain, pag. 24 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22case%20iglesias%20gil%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61069%22%5D%7D>

³⁵Corte Europea de Derechos Humanos, Case Lafargue c. Roumanie, pág. 12 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-76407%22%5D%7D>

La madre interpuso una denuncia penal con demanda de responsabilidad civil ante el Juez de Instrucción de Vigo por sustracción de niño. El 4 febrero de 1997, el Juez de Instrucción dictó una orden de búsqueda interna y de restitución inmediata del menor a su madre. Más tarde, la recurrente amplió su denuncia penal sobre varios miembros de la familia del padre del menor que, según ella, habían colaborado en el secuestro de su hijo.

La recurrente solicitó al juez de instrucción de Vigo, durante la instrucción del caso, la realización de escuchas telefónica en el móvil del padre del menor, así como el interrogatorio de varios miembros de la familia de éste último. Por una resolución de 19 de febrero de 1997, el juez de instrucción desestimó dichas peticiones, la primera argumentando que no existía ninguna prueba que el número de móvil indicado correspondiera al padre del menor, y la segunda porque la recurrente no había indicado de forma precisa sobre que asuntos dichas personas debían declarar.

Después de varias consideraciones el 29 de julio de 2003 la Corte trató esencialmente sobre el traslado al extranjero del niño de la recurrente y su retención ilícita, examinó la cuestión de saber si, a la luz de las obligaciones internacionales derivadas especialmente de la Convención de la Haya, las autoridades nacionales habían desplegado los adecuados y suficientes esfuerzos para hacer respetar el derecho de la recurrente a la restitución de su hijo y el derecho de éste último a volver con su madre

A este referente, España es parte contratante de la Convención de La Haya desde el 16 de junio de 1987. De igual modo que los Estados Unidos, país donde el padre se llevó el niño. Además, de conformidad con la ley orgánica 1/1996 del 15 de enero de 1996 sobre la protección jurídica de los menores, las autoridades nacionales tenían la obligación de adoptar cualquier medida con el objeto de garantizar el respeto de los derechos de los menores en conformidad con los tratados internacionales ratificados por España.

Si los tribunales españoles sabían que el niño estaba en Estados Unidos, debieron tomar medidas para asegurar su restitución. Justamente, concluyendo que las autoridades españolas han omitido desplegar los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la recurrente a la restitución de su hijo y el derecho de éste último a volver con su madre, ignorando de este modo su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención.

Desafíos de la Restitución Internacional de Menores

En este procedimiento se detecta algunos desafíos, como la presencia física del padre o la madre que se encuentren en territorio extranjero, aspecto que va en contra de los plazos

impuestos por los Instrumentos Internacionales, y contra los principios de celeridad y oportunidad que son la base del Órgano Judicial.

Si bien, este procedimiento de restitución se realiza a través de Cooperación mixta, es decir la Cooperación Judicial Internacional y la Cooperación Administrativa Internacional, en los cuales se debe poner en conocimiento de los actuados a ambas partes a efectos de no vulnerar ninguno de sus derechos, se debe considerar que, al no encontrarse en el mismo país, los plazos previstos en instrumentos internacionales son irrisorios.

Otro de los desafíos con los que se encuentra este procedimiento, es la denominada “búsqueda y localización”, ya que esta actividad consiste en solicitar información a las diferentes entidades del Estado, que tengan registros acerca del movimiento migratorios, registros de información civil, registros de los colegios y de los servicios de salud, con el objeto de verificar la posible ubicación del NNA, información que debe ser contrastada con la proporcionada por el Estado requerido y si no fuese la correcta nuevamente se inicia todo el proceso de búsqueda y localización, situación que generalmente es proporcionada más allá de los plazos previstos en los instrumentos internacionales.

En la “búsqueda y localización”, se puede generar que el Estado Requerido archive la solicitud, ya que una vez agotados todos los medios estatales, no pudiendo obtener la información que brinde el paradero del NNA, se suscita la situación del archivo del expediente, aspecto que no es considerado por los Instrumentos Internacionales, generado que el transcurso del tiempo agrava el daño en el NNA, al implicar, más adelante en una posible restitución, un nuevo desarraigo en el NNA, con consecuencias psicológicas.

La pluralidad de instrumentos internacionales ratificados por el Estado Boliviano, tendientes a prevenir la sustracción internacional del NNA, generó que las autoridades competentes, asuman conocimiento de diferentes plazos previstos este tipo de procedimiento, sin embargo, los instrumentos internacionales no contienen normas que reglamenten el modo de resolver controversias entre ellos, sea que las mismas surjan por divergencias en la interpretación o en aplicación de sus disposiciones.

Para abordar este desafío, la Conferencia Internacional de la Haya y el Instituto Interamericano del Niño, generaron recomendaciones y principios que son importantes herramientas del soft law del derecho internacional, pero no son de carácter obligatorio, por lo que las autoridades competentes pueden asumirlas o apartarse de ellas.

Conclusiones

1. La Sustracción y Restitución Internacional de menores en Bolivia se funda en los principios, del interés superior del niño, la protección internacional frente al traslado y

retención indebida, la protección de los derechos de custodia o guarda y el derecho de visitas, generando un procedimiento específico en la vía judicial y administrativa, escogiendo el medio de comunicación a través de la Autoridad Central.

2. El Estado Plurinacional de Bolivia, ha generado un mecanismo para la protección Integral del Niño , Niña y Adolescente (NNA), implementó un Sistema de Protección en la reforma del Código Niña, Niño y Adolescente la gestión del 2014, el “Sistema de Protección Integral de la Niña, Niño y Adolescente-SIPPROINA.
3. La movilidad humana repercute en las relaciones familiares, caracterizándose por una mezcla de culturas, y pluralidad de legislaciones, aunado a la presencia de un elemento de internacionalidad, que en una ruptura de la relación familiar suscita el riesgo de la sustracción internacional de un menor, por parte de los familiares, trasladándolo de forma ilegal fuera de su residencia habitual.
4. Se deben implementar al interior de la Autoridades Competentes (Órgano Judicial, Viceministerio de Igualdad de Oportunidades, Defensorías de la Niñez y Adolescencia, SEDEGES) procedimientos específicos para tratar la restitución internacional de menores.
5. Las Autoridades Competentes deberían desarrollaron procedimientos que garanticen la presencia física del padre o la madre que se encuentren en territorio extranjero, o generar mecanismos de comunicación de las diversas actuaciones que se realicen.

Bibliografía

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la haya, 1980.

Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo- Uruguay, 1989.

Instituto Interamericano del Niño, DE LA TORRE Esteban, ZANTTA Camila, Modulo 2 “Conceptos Básicos para la temática de SINNA”.

Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

Estado Plurinacional de Bolivia, Ley Nro. 548 de 17 de julio de 2014 “Código Niña Niño y Adolescente”, Gaceta Oficial de Bolivia, 2014.

Estado Plurinacional de Bolivia, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial de Bolivia, Bolivia, 2009.

Estado Plurinacional de Bolivia, Decreto Supremo Nro. 2377 de 27 de mayo de 2015”Reglamento al Código Niña, Niño y Adolescente”.

Declaración Universal De Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York 16 diciembre de 1966. Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 18950 de 17 de mayo de 1982, elevado a rango de Ley N° 2119 promulgada el 11 de septiembre de 2000.

Corte Europea de Derechos Humanos, Ignaccolo- Zenide v Romania Judgment, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22case%20ignaccolo-%20Zenide%20v.%20Rumania%22%5D,%22sort%22:%5B%22kpdate%20Descending,respondentOrderEng%20Ascending%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-162532%22%5D%7D>

Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Iglesias Gil and A.U.I.v. Spain, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22case%20iglesias%20gil%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61069%22%5D%7D>

Corte Europea de Derechos Humanos, Case Lafargue c. Roumanie, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-76407%22%5D%7D>

Estado Plurinacional de Bolivia, Ley N° 603 de 19 de noviembre de 2014 “Código de las Familias y del Proceso Familiar.

BORRAS Alegría, GONZALEZ Campos Julio D. Recopilación de los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, segunda edición revisada, Marcial Pons, Madrid- 2008.

DEL´OLMO, Florisbal de Souza, JAEGER Junio Augusto, Curso de Direito Internacional Privado, 12 ed. rev. atual.e ampl - Rio de Janeiro: Forense, 2017

A INSUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL

Alan Souza Nascimento
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

RESUMO

Com o advento da era digital, o ser humano buscou adaptar-se para melhor usufruir da tecnologia. Nesse contexto, as relações sociais ocorrem cada vez mais em ambientes virtuais, e, com esse recurso, há indivíduos que se utilizam do mesmo para a prática de atos danosos ao patrimônio, ao sigilo, à privacidade, entre outros bens jurídicos. O trabalho, então, é orientado pela seguinte pergunta: os tipos penais existentes são suficientes para proteger os bens jurídicos afetados por condutas que ocorrem no ambiente virtual? Trata-se de pesquisa teórico-explicativa, a partir de revisão bibliográfica, bem como pesquisa documental, que analisa a legislação brasileira e estrangeira sobre o tema; bem como projetos de lei.

Palavras-chave: Crimes Cibernéticos; Direito Penal; Convenção de Budapeste.

THE INSUFFICIENCY OF CRIMINAL LEGISLATION IN RELATION TO CYBER CRIMES IN BRAZIL

Abstract

With the advent of the digital age, the human being sought to adapt to better enjoy the technology. In this context, social relations are increasingly occurring in virtual environments, and with this resource, there are individuals who use it for the practice of acts harmful to property, secrecy, privacy, among other legal goods. This paper is guided by the following question: is the criminal law sufficient to protect the legal goods affected by conduct occurring in the virtual environment? This is a theoretical-explanatory research, based on literature review, as well as documentary research, which analyzes the Brazilian and foreign legislation on the subject; as well as bills.

Keywords: Cybercrime; Criminal law; Budapest Convention.

1 INTRODUÇÃO

O mundo globalizado é marcado pelo surgimento de tecnologias que possibilitam a alta circulação de informações, pessoas e mercadorias. A internet é um exemplo emblemático desta contemporaneidade, pois, influencia a vida de milhões de pessoas. Com o advento da era digital,

o ser humano buscou adaptar-se para melhor usufruir dessas tecnologias, sendo gerado um novo ambiente do qual, grande parte da população mundial moderna se utiliza todos os dias. Devido ao surgimento da internet, deu-se início ao acesso direto aos ambientes virtuais, e, com esse recurso, há indivíduos que se utilizam do mesmo para a prática de atos lesivos, que, se tipificados, são chamados de crimes cibernéticos.

Tem-se questionado a abrangência e a necessidade de ampliação da legislação penal em relação a prevenção e ao combate a crimes cibernéticos no Brasil, visto que, as condutas lesivas a diversos bens jurídicos no ambiente virtual aumentam, à medida que mais usuários aderem à internet e suas tecnologias. É diante dessa realidade fática que o estudo do tema se torna mais relevante, na medida em que compreende-se em quais condições a legislação brasileira encontra-se preparada para lidar com esse tipo de prática delituosa. Isto posto, entender o que são crimes virtuais e suas características auxilia na compreensão do tema.

O objetivo do presente artigo, portanto, é o de analisar se os tipos penais existentes são suficientes para proteger os bens jurídicos afetados por condutas que ocorrem no ambiente virtual. A metodologia utilizada no trabalho foi a pesquisa teórico- explicativa a partir de revisão bibliográfica, bem como, pesquisa documental visando analisar a legislação brasileira e estrangeira sobre o tema, assim como, abordar os princípios que regem o Direito Penal objetivando a punibilidade das condutas praticadas na internet. De mesmo modo, analisar os crimes genéricos e específicos no ambiente virtual, nessa perspectiva, tratar sobre as tipificações que a doutrina define, bem como, os projetos de lei que versem sobre o presente objeto de estudo.

2 A TECNOLOGIA E O DIREITO

A tecnologia vem impactando a vida cotidiana da sociedade contemporânea, principalmente no que se refere ao Direito. Por si só, a tecnologia traz consigo um conceito de inovação, modernidade e avanço, submetendo o Direito e seus operadores à constante atualização. São inúmeras as possibilidades e situações criadas a partir da relação entre tecnologia e Direito. Não obstante, essa relação deve promover atenção especial, sobretudo para eventuais desvios na finalidade do uso da tecnologia.

O advento da internet

A história do computador e da internet se confundem, os mesmos advêm do militarismo estadunidense, que, inicialmente, tinha o objetivo de possibilitar a comunicação entre as bases militares na Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Para tanto, inventou-se uma máquina que

hoje conhecemos como computador, porém, não obtiveram êxito à época. Posteriormente, na Guerra Fria (1941-1991), fora criada uma rede integrada de computadores capaz de se comunicarem, caracterizando assim a internet.

Com a criação do projeto militar da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada dos Estados Unidos, denominado *ARPANET* (*Advanced Research Projects Administration – Administração de Projetos e Pesquisas Avançadas*) em 1969, foi possível a criação desse projeto, sendo o precursor da internet, pois, foi a primeira rede operacional de computadores interativa à base de comutação de dados. (PAESANI, 2000).

A rede mundial de computadores, como é conhecida a Internet, é uma grande rede que conecta computadores de vários pontos do mundo. Concebida nos anos 60, começou a se popularizar posteriormente, com a criação da *World Wide Web* (WWW). LÈVY (2000, p. 157-176) define a Internet como “espaço de comunicação aberto pela intercomunicação mundial dos computadores e das memórias dos computadores”.

Com o desenvolvimento dessas tecnologias e suas grandes inovações, cumulado ao fim da guerra e das tensões entre a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e os Estados Unidos da América, houve um forte interesse comercial, resultando na abertura da rede para esta finalidade, quando os EUA começaram a comercializar a internet (PAESANI, 2000). Assim, a internet deixou de ser usada só para o fins militares, e passou a ser utilizada também para fins comerciais e domésticos, entrando de vez no cotidiano da civilização.

Atualmente, a internet pode ser acessada das mais diversas formas, como por exemplo citamos, o computador, o celular, o tablete, o notebook e até mesmo a televisão, para a sua maior difusão.

A internet e seus reflexos nas relações sociais

O avanço tecnológico vem refletindo na sociedade de forma a afetar seu comportamento, sua cultura, seus costumes e suas relações sociais. Atualmente vivemos na Era Digital, cuja sua principal precursora é a internet.

Recentemente, um estudo da União Internacional de Telecomunicações (UIT), agência das Nações Unidas, demonstrou que, mais da metade da população mundial está conectada à internet, sendo 3,9 bilhões de pessoas, o equivalente a 51% ligada à rede.

No Brasil, O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio de uma pesquisa feita pela Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) que afere dados sobre conexão à internet no país, verificou que, pela primeira vez, dois terços da população brasileira (69,8%) possui conexão com a internet. Em 2017, o Brasil possuía 126,3 milhões de usuários

de internet, o que significou um aumento de 10,2 milhões de usuários em comparação ao ano de 2016. Esse número corresponde à pessoas com acesso à web em qualquer ambiente (domicílios, trabalho, escolas, locais públicos e outros locais).

A pesquisa estima que 97% das pessoas acessam a internet via celular, sendo o principal meio de conectar-se. Em contrapartida, o acesso através do computador vem caindo, enquanto em 2016 cerca de 63% das pessoas acessavam a internet usando um computador, em 2017, segundo o IGBE, esse número diminuiu para 56,6% dos usuários. Podemos perceber a crescente presença da tecnologia na vida em sociedade, que também traz consigo inúmeras mudanças, como o acesso rápido à informação, à comunicação imediata, e eficaz, na atividade econômica (e-commerce) mundial, as redes sociais, entre outros. Influenciando a civilização como um todo no tocante ao seu comportamento, desde que surgiu a internet exerce largo poder.

Maciel Colli versa sobre o tema:

O uso da internet possibilitou a superação da dificuldade ocasionada pela distância territorial e pela limitação comunicativa entre as pessoas em locais distantes. A voz e o papel foram desbancados do ranking instrumental de intercâmbio de mensagens. O texto exibido nas telas de computadores, produtos de linguagem binária interpretada e transmutada pelas plataformas dos computadores, elimina a distância e o tempo. (COLLI, 2010, p. 39)

No mundo jurídico, os avanços tecnológicos são notórios. O processo judicial, que se trata de uma ação jurídica iniciada, geralmente por um advogado, onde se esperada que um Juiz de Direito ou mesmo um Tribunal emita uma decisão sobre a violação de um direito, que antes tinha que ser processado todo em papel, agora é eletrônico, vide o Processo Judicial Eletrônico (PJe). Atualmente, audiências podem ser feitas por vídeo conferências e já existem sites, softwares, aplicativos e até Startups especializadas no universo jurídico. Saber se articular com o novo é uma necessidade de adaptação dos juristas ao mundo digital.

Crimes no ambiente virtual

Ao lado dos benefícios evidentes, o ambiente virtual, também trouxe malefícios à sociedade. Por ser um lugar ainda pouco regulado, abre-se uma lacuna para atos danosos, sejam eles de caráter ilícito ou não. Segundo SHARIFF (2010) “[...] o ciberespaço se tornou um verdadeiro lugar sem regras de civilidade virtuais claramente definidas [...]”.

Considerando que tratamos aqui sobre crimes no ambiente virtual, primeiramente devemos conceituar o que é crime. De antemão, devemos nos ater ao Princípio Constitucional da Legalidade, consagrado no artigo 5º inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, dentre os direitos e garantias fundamentais, que preceitua, não haver crime, sem lei anterior que o

defina. Vejamos:

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:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Corroborando Cesare Beccaria a dimensão e a importância do Princípio da Legalidade:

(...) só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social (...) do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. (BECCARIA, 2001, p. 10-11)

Por outro prisma, o Princípio da Taxatividade também deve ser observado, visto que, além de não haver crime sem lei anterior que o defina, se o fizer, deve ser taxado da forma mais clara possível para que se evite injustiça.

Assim sustenta Guilherme Nucci:

Não se pode, na atualidade, contentar-se com a mera legalidade, pois nem todo tipo penal construído pelo legislador obedece, como deveria, ao princípio da taxatividade. O ideal é sustentar a estrita legalidade, ou seja, um crime deve estar descrito em lei, mas bem detalhado (taxativo), de modo a não provocar dúvidas e questionamentos intransponíveis, bem como sendo possível visualizar uma ofensa à bem jurídico tutelado, agindo o autor com dolo ou culpa. (NUCCI, 2014, p. 19)

O conceito formal de crime é fornecido pelo legislador. O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40) o faz desta forma:

Considera-se crime a infração penal a que a Lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou de ambas, alternativa ou cumulativamente.

Luiz Regis Prado, no conceito formal ou nominal, entende que “o delito é definido sob a vista do direito positivo, é uma relação de contrariedade entre o fato e a lei penal” (PRADO, 2014, p. 201).

Guilherme Nucci versando sobre o conceito analítico de crime, o define como a conduta típica, antijurídica e culpável conforme uma:

Ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijurídica) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (NUCCI, 2014, p. 120)

Isto posto, com o conceito de crime supracitado surgiram outros conceitos referentes às infrações cometidas no âmbito virtual. As expressões “*Cybercrime*”, “Crimes Cibernéticos”,

"Crimes Digitais" e "Crimes Informáticos", termos que definem os delitos praticados por meio de dispositivos informáticos, sobrevieram no final da década de 90, em uma reunião de cúpula do G-8 (grupo dos oito países mais desenvolvidos e influentes do mundo), e se destinava à discussão sobre o combate a práticas ilícitas na internet de forma preventiva e punitiva. Desde então, o termo passou a ser empregado para designar infrações penais praticadas online. (D'URSO, 2017).

Rossini define o conceito de crime ou delito informático:

(...) o conceito de "delito informático" poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança Informática, que tem por elementos a integridade, disponibilidade a confidencialidade. (ROSSINI, 2004, p. 110.)

Dessarte, embora o indivíduo tenha cometido uma conduta eivada de reprovação social, se não houver a tipificação da mesma no ordenamento jurídico, não configura crime.

3 TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

As classificações existentes para os crimes cibernéticos são necessárias devido à dinâmica das inovações da tecnologia, a evolução proporcionada por ela é vasta, assim como as novas formas delitivas que venham a surgir. Por consequência, as classificações se tornam indispensáveis. Entretanto, há duas classificações mais presentes na doutrina para especificar os tipos de *Cybercrimes* existentes, são elas os crimes cibernéticos puros, mistos e comuns e os crimes cibernéticos próprios e impróprios.

Crimes cibernéticos puros, mistos e comuns

Os crimes considerados puros, são aqueles em que o computador ou similares são alvo dos infratores. Ou seja, quando o sistema operacional, seja ele pessoal ou corporativo, sofre um ataque. É definido por Marco Aurélio Rodrigues Costa como: "toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, seja pelo atentado físico ou técnico do equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas." (COSTA, 1997).

Portanto, são aquelas condutas que visam exclusivamente violar o sistema informático do agente passivo. Aqui, muitas vezes se configuram as condutas praticadas por hackers, que, por serem pessoas com amplo conhecimento de informática, utilizam-no em benefício próprio para obterem vantagens ilícitas.

Os crimes mistos ocorrem quando a tecnologia é usada como "arma" para a prática

desses delitos. São todas aquelas ações em que o agente visa um bem juridicamente protegido diverso da informática, porém, o sistema informático (tecnologia) é ferramenta imprescindível à sua consumação.

Reginaldo César Pinheiro versa sobre o tema: “(...) são aqueles em que o uso da internet ou sistema informático é condição *sine qua non* para a efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso ao informático.” (PINHEIRO, 2000). Ou seja, o agente não visa o sistema de informática e seus componentes em si, mas a informática é instrumento indispensável para consumação da ação criminosa.

Alfim, os crimes cibernéticos comuns, são qualificados como toda conduta em que o agente se utiliza de meios tecnológicos como mera ferramenta para a realização de um delito, já tipificado na lei penal. Como exemplo, podemos citar o estelionato, tipificado no artigo 171 do Código Penal Pátrio, que, embora seja praticado no âmbito virtual, ainda assim, continua sendo tipificado. Muda-se a forma, mas a essência continua a mesma.

Crimes Cibernéticos Próprios e Impróprios

Os crimes cibernéticos próprios, derivam dos crimes puros, e, são aqueles em que o sistema informático do sujeito passivo é o objeto e o meio do crime. Ou seja, atingem diretamente o hardware ou o software da tecnologia utilizada e só podem ser concretizados pelo computador ou contra ele e seus periféricos. Nesta ocasião, muitas vezes, caracteriza-se as condutas do hackers como supra mencionado, tendo como exemplo, a invasão de sistemas na intenção de modificar, alterar ou inserir dados falsos. Marco Túlio Viana e Adeneele Garcia Carneiro dissertam sobre o tema: “São aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados).” (VIANA E CARNEIRO, 2003, p. 13-26).

Entretanto, os crimes cibernéticos impróprios seriam aqueles que atingem um bem jurídico comum, como por exemplo, o patrimônio, e utilizam dos sistemas informáticos apenas como *modus operandi*, ou seja, um novo meio de execução. São aqueles crimes por exemplo, realizados com a utilização do computador ou qualquer outra tecnologia similar, sendo utilizada como instrumento para realização de condutas ilícitas que atingem todo o bem jurídico já tutelado, ou seja, crimes já tipificados no ordenamento jurídico pátrio.

Logo, os crimes cibernéticos próprios são aqueles em que o sistema tecnológico é usado como objeto e meio para execução do crime, já os crimes cibernéticos denominados impróprios são aqueles realizados com o auxílio da tecnologia, onde a mesma é utilizada como instrumento para realização de condutas ilícitas.

4 OS TIPOS PENAIIS QUE SE APLICAM AOS FATOS PRATICADOS NO AMBIENTE VIRTUAL

O Brasil, conforme já mencionado, tem uma enorme gama de usuários da internet, porém, o Código Penal vigente atualmente é do ano de 1940, não abarcando, desta forma, determinados comportamentos da sociedade contemporânea. Os delitos mais comuns cometidos na internet, já eram previstos como crimes desde antes da rede mundial de computadores. O fato desses crimes serem cometidos no meio digital é uma circunstância complementar, a chamar a atenção dos juristas.

Código Penal

O Código Penal vigente no Brasil foi criado pelo decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pelo então presidente Getúlio Vargas. Porém, só entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1942. À época nem se cogitava em falar de crimes cibernéticos, por conseguinte, a legislação penal não versava sobre o tema. Entretanto, com o advento da tecnologia e das condutas danosas no ambiente virtual, surge a necessidade de o Código Penal alcançar também domínio dos crimes cibernéticos.

Crimes genéricos

Atualmente, há três fatos típicos frequentemente praticados no meio virtual, os crimes contra a honra de Calúnia, Difamação e Injúria. Analisando a honra do ponto de vista objetivo, ela se caracteriza pela imagem a qual a pessoa possui a vista da sociedade. Porém, do ponto de vista subjetivo, é definida como o sentimento do indivíduo em relação à sua própria dignidade.

O Código Penal tipifica:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dessa forma, divulgar informações falsas, imputar fatos definidos como crime em relação a uma pessoa ou a uma empresa é crime. Porém, quando essa divulgação é realizada por meios de comunicação, por meio da internet, será chamado de crime virtual. Do mesmo modo, há outros ilícitos praticados no ambiente virtual que se destacam, como por exemplo, o Furto de Dados ou *Phishing* (Pescaria). Neste caso, o criminoso encaminha e-mails ou mensagens para as vítimas, incentivando-as que acessem links de páginas fraudulentas, façam

downloads de arquivos de *malware* (vírus programado para coletar informações), ou preenchem formulários falsos, fornecendo ao invasor informações que serão úteis para chantagear a vítima ou até mesmo acessar senhas particulares de contas bancárias.

O Código Penal define esse tipo de conduta como Estelionato:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

O *Cyberbullying* também é uma conduta marcante dos crimes cibernéticos, pois trata do *bullying*, que se caracteriza pelos atos de violência física ou psicológica que ocorrem de maneira repetida, através do ambiente virtual, por meio de alguma tecnologia, seja pelo computador, celular, redes sociais e etc.

Cassanti define o *cyberbullying* como:

A ação intencional de alguém fazer uso das tecnologias de informação e comunicação para hostilizar, denegrir, diminuir a honra ou reprimir consecutivamente uma pessoa. Contrário do tradicional e não menos preocupante *bullying*, que é presencial, ou seja, as ações do agressor têm lugar certo, no *cyberbullying* o agressor não consegue presenciar de forma imediata os resultados da sua ação, minimizando um possível arrependimento ou remorso. (CASSANTI, 2014, p.35)

O principal aspecto do *bullying* no ambiente virtual, assim como os crimes contra a honra praticados na internet, é o fato de que, uma vez praticado, tal informação não poderá ser facilmente apagada. Ademais, diferentemente do *bullying*, este não está limitado apenas aos momentos em que o agressor está diante da vítima, ou seja, ele pode acontecer o tempo todo, porque a internet possibilita uma dimensão maior das informações ali divulgadas.

Alfim, Felizardo (2010) em sua obra *Cyberbullying Difamação na Velocidade da Luz*, indica que os crimes cibernéticos se apresentam em nove formas mais comuns, Injúria, Difamação, Ofensa, Falsa Identidade, Calúnia, Ameaça, Racismo, Constrangimento ilegal e Incitação ao suicídio. Todos estes crimes estão tipificados no código penal brasileiro, pois caracterizam conduta ilícita e punível.

Crimes específicos

Além dos crimes previstos, o Código Penal em vigor, prevê diversas condutas praticadas no ambiente virtual. Porém, já existem bem jurídicos tutelados por leis específicas tratando sobre crimes cibernéticos.

A exemplo disso, há a Lei n. 12.737, que foi promulgada após o caso notório da atriz Carolina Dieckmann. Tal fato ocorreu após a mesma clicar em um link indevido (spam) no seu e-mail, teve seu computador remotamente vasculhado por hackers, que encontraram fotos íntimas. Logo após a chantagearam mediante extorsão, não obtendo sucesso, divulgaram as fotos da mesma na internet. Aqui, fica caracterizado um caso claro de *Phishing* (Pescaria), ou furto de dados, como supramencionado nos crimes genéricos.

Neste diapasão, com o evidente clamor público e midiático, as autoridades se viram obrigadas a dar uma resposta rápida e imediata ao caso. O que, posteriormente, não se mostrou a melhor opção, pois, a lei foi editada às pressas, deixando várias lacunas e interpretações pendentes, sofrendo duras críticas de juristas e especialistas em segurança da informação, pois seus dispositivos são confusos e amplos, podendo gerar má interpretações. Ficou nesse caso evidente a insuficiência da lei no combate aos *Cybercrimes*.

A Lei n. 12.735/12 (Lei Azeredo) e a Lei n. 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann), ambas sancionadas e com entrada em vigor no ano de 2012, versam sobre crimes no ambiente virtual, a primeira lei veio para regulamentar a ação da polícia judiciária, os artigos 4º e 5º da referida lei dispõem:

Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Art. 5º O inciso II do § 3º do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 20. II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio.

Noutro giro, a Lei n. 12.737/2012 introduziu, no Código Penal, a tipificação criminal dos delitos informáticos, acrescentando o artigo 154-A que versa sobre invasão de dispositivo informático e o artigo 154-B que dispõe sobre a ação penal:

Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

O núcleo do tipo consiste em invadir dispositivos informáticos alheios, sem a sua autorização. Esse crime é formal, pois a mera invasão em dispositivo informático alheio sem a devida autorização já o consuma, ou seja, a obtenção de dados pessoais da vítima não se faz necessária. Cabe salientar que, o bem jurídico tutelado nesse caso é a liberdade individual das pessoas.

Ademais, o Código Penal também prevê nos crimes contra a Administração Pública o

crime de inserção de dados falsos em sistema de informações, e o crime de modificação ou alteração não autorizada de sistemas de informação. Isto é, se o funcionário público inserir, facilitar, modificar ou alterar dados, incorre em crime cibernético.

Os artigos 313-A e 313-B dispõem:

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ultrapassadas as principais leis que versam sobre o tema abordado, outras leis também tratam dos crimes cibernéticos, embora não tenham tanta especificidade. Como exemplo há o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que, em seu art. 241, prevê a venda ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Porém, a Lei n. 11.829/25 ampliou o núcleo do tipo penal, para abranger, entre outros, as condutas de armazenar, disponibilizar, distribuir e transmitir esse tipo de conteúdo pela internet. Vejamos:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Outrossim, a Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83), é uma norma que prevê delitos cibernéticos, e refere-se apenas aos crimes contra a segurança nacional, ordem política e social, não prevendo quaisquer outras condutas habitualmente praticadas por meio de qualquer tecnologia.

Alfim, a Lei de *Software* ou Lei Antipirataria (Lei n. 9.609/98) dispõe sobre a proteção à propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no país. Fora criada com o intuito de proteger especificamente o direito autoral de softwares (programas de computador), conferindo o mesmo regime de tutela dado às obras literárias, preocupando-se com o combate à pirataria.

Ante o exposto, podemos concluir que, a Lei denominada Carolina Dieckmann (Lei n. 12.737/12), foi um marco no que diz respeito à legislação penal referente aos crimes no ambiente virtual no Brasil. Porém, a mesma se mostrou insuficiente em muitos aspectos, visto que a sua legislação supracitada carece de mais abrangência, ficando limitada a um tipo penal específico, em meio a tantos outros existentes.

Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)

Posteriormente, no ano de 2014, foi sancionada a Lei n. 12.965/14, intitulada de Marco Civil da Internet. A referida lei foi produzida com o intuito de ser uma Constituição da internet no Brasil, visando regulamentar o uso por meio de princípios, garantias, direitos e deveres para com os usuários, também visando a responsabilidade dos provedores.

Em seu artigo 3º incisos, estabelece:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
- V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII - preservação da natureza participativa da rede;
- VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A lei do Marco Civil veio preencher as lacunas deixadas pelas Leis n. 12.735/2012 (Lei Azeredo) e a Lei n. 12.737 (Lei Carolina Dieckmann). Neste entendimento, o decreto n. 8.772/2016 veio regulamentar o Marco Civil da Internet tratando, entre outras coisas, da proteção de dados por provedores, além de apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e parâmetros para a apuração e fiscalização de infrações. Cabe salientar que, mesmo com a criação da lei, o Código Civil Brasileiro ainda atua de forma subsidiária, quando não se encontra respaldo na lei aplica-se o previsto neste.

No que se refere a competência, o artigo 11 do Marco Civil da Internet estabelece a competência territorial, o qual prevê:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Depreendemos, então, que o Marco Civil da Internet no que se refere as leis que versam sobre os crimes cibernéticos no Brasil ainda é escasso, tanto no que concerne à sua regulamentação, quanto a sua eventual punição, ou medidas alternativas às suas condutas ilegais.

5 CRIMES CIBERNÉTICOS: A INSUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL

Ante o exposto, uma das maiores críticas acerca da legislação penal brasileira, é feita ao fato da mesma não acompanhar a evolução e desenvolvimento constante das tecnologias. Dessa forma, resultando em uma disparidade entre as condutas praticadas no ambiente virtual e as condutas tuteladas pelo Estado.

Algumas legislações penais específicas surgiram para preencher essa lacuna, porém se mostraram insuficientes, visto que, tutelam condutas muito específicas, esquecendo o vasto ambiente virtual em que a sociedade atualmente se encontra.

Importante destacar que a legislação penal não está a serviço da punição do indivíduo. O Direito Penal deve ser a última opção para tentar resolver os problemas da sociedade, interferindo o mínimo possível.

Cezar Roberto Bitencourt alude que:

(...) Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social. (BITENCOURT, 2012, p. 20)

Isto posto, observando o Princípio da Legalidade e o Princípio da Taxatividade, far-se-á necessária uma tutela jurisdicional por parte da legislação penal brasileira observando as novas condutas praticadas no âmbito virtual, e, se necessário, punir as condutas consideradas delituosas, criando uma legislação específica para os novos tipos penais.

Projetos de Lei

Com o relevante interesse sobre o tema em causa, surgiram a seu respeito diversos projetos de lei. Alguns destes projetos são focados em agravantes de pena de crimes pré-existent, e outros focados em novos tipos penais.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 154/2019 que altera o Código Penal para agravar a pena aplicada a quem comente crimes cibernéticos, ou seja, aqueles praticados por meio eletrônico. O projeto foi apresentado pelo Deputado Federal José Nelto Lagares das Mercês (PODE/GO), em 4 de fevereiro de 2019. O mesmo altera o Código Penal para estabelecer uma agravante genérica sobre os crimes cibernéticos, o que geraria uma elevação na segunda fase da dosimetria da pena. Em síntese, à agravante seria aplicada quando o crime for praticado por meio de um computador ou outro dispositivo de comunicação conectado ou não à internet. Tal projeto de lei seria interessante no objetivo de prevenir que um crime cibernético ocorresse, pois o aumento da pena inibiria tais atos.

Noutro giro, o Projeto de Lei 4.287/2019 de autoria do Senador Laiser Martins (PODEMOS/RS) propõe alterar os artigos 141 e 154-A do Código Penal, visando disciplinar os crimes cibernéticos. Acrescenta a hipótese de agravamento da pena nos crimes contra a honra, quando cometido usando a internet, e tipifica a "Invasão de dispositivo informático", como a conduta de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização do usuário do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. O referido projeto de lei foi muito feliz em tipificar invasão de dispositivo informático, pois não deixa margens para interpretações equivocadas da lei.

O Projeto de Lei 6.989/2017 criado pelo Deputado Odorico Monteiro (PROS/CE), propõem alterar o Marco Civil da Internet para incluir procedimento de retirada de conteúdos que induzam, instiguem ou auxiliem a suicídio em aplicações de internet. Em síntese, permite-se ao usuário de internet, ou a seu representante legal, a apresentação de notificação direta aos provedores de aplicações de internet, para que procedam à imediata retirada ou indisponibilidade de conteúdo, imagens, vídeos ou outros materiais que induzam, instiguem ou auxiliem a suicídio. O supradito projeto acerta em se preocupar com o tema, pois a questão abordada é delicada, porém necessária.

Por fim, como podemos constatar, os crimes cibernéticos estão começando a ter sua devida atenção pela Casa Legislativa no Brasil através de projetos de lei que versam sobre a conduta dos usuários da internet. É de suma importância que a legislação alcance tais condutas, visto que, a crescente taxa de crimes no ambiente virtual é algo notório e preocupante. Ademais, alguns atos praticados na internet ainda não são abarcados por legislações específicas, fazendo-se necessário uma atenção maior da legislação a essas condutas.

As orientações da Convenção de Budapeste

A legislação internacional versa sobre os crimes cibernéticos por meio da Convenção de Budapeste, ou Convenção sobre o Cibercrime. A convenção é um tratado internacional de direito penal e processo penal firmado por meio do Conselho da Europa no ano de 2001 voltado a definir estratégias conjuntas entre os países membros para a tipificação e o enfrentamento de crimes praticados por meio da internet.

Sobre o tema, Ricardo Flor posiciona-se:

No nível de fontes legislativas supranacionais e suas aplicações na Europa, a Convenção sobre o Crime Cibernético do Conselho da Europa é o instrumento internacional mais importante no combate ao crime cibernético. Aberta à assinatura em Budapeste em novembro de 2011, tem sido ratificada até a presente data por trinta Estados, enquanto outros países usam suas disposições como diretrizes para introduzir

aos seus ordenamentos jurídicos instrumentos apropriados no combate ao crime cibernético. (FLOR, 2012, p. 69 - 100)

Isto é, a Convenção alude à tipificação dos crimes cibernéticos, bem como, define a sua forma de combatê-los. Atualmente, cabe ressaltar, que o Brasil optou por não ser signatário do tratado em referência ou de qualquer outra medida legislativa no que concerne à cooperação internacional relacionada aos crimes cibernéticos.

Destarte, anos após a sua adoção, a Convenção de Budapeste continua sendo o parâmetro internacional no combate aos crimes no ambiente virtual, sendo o tratado mais eficaz no que diz respeito a legislação no ciberespaço.

Direito Estrangeiro

A Convenção de Budapeste rege o direito internacional no âmbito cibernético, sendo vários países signatários. Entretanto, algumas nações tratam de forma particular os crimes cibernéticos. Uma característica notável da tecnologia reside no fato da mesma não ter fronteiras, ou seja, não dispõe de limites geográficos, sendo os crimes cibernéticos um problema que todos os países tem que lidar.

Os Estados Unidos da América sempre foram pioneiros em relação à legislação cibernética, vide o seu avanço tecnológico. A primeira lei a tratar sobre os crimes no ambiente virtual foi criada na década de 1980, denominada Lei de Privacidade de Comunicação Eletrônica (*Electronic Communication Privacy Act*). Logo após, fora aprovada a Lei de Fraude e Abuso de Computadores (*Computer Fraud and Abuse Act*), que ainda está em vigor. Atualmente, visando destinar mais verbas para pesquisa, capacitação e prevenção aos crimes cibernéticos, no ano de 2016 o então Presidente Barack Obama lançou o maior programa de combate aos *Cybercrimes* já visto no mundo, o Plano de Ação Nacional de Segurança Cibernética (*Cybersecurity National Action Plan*). O mesmo versa sobre a segurança cibernética do país que sofre muitos ataques virtuais por ser uma grande potência, aumentando a pena dos crimes já previstos e criando novos tipos penais para tentar barrar a crescente taxa de crimes cibernéticos nos EUA.

Na Europa, quase todos os países são signatários da Convenção de Budapeste, a exemplo temos a França, Alemanha, Itália e Espanha. O que fez esses países ratificar o tratado foi a sua totalidade no que diz respeito à legislação penal cibernética. Entre outras coisas, a Convenção prevê a criminalização de um conjunto de delitos através de computadores no direito doméstico e a harmonização dos elementos normativos relativos às infrações, definição dos

poderes necessários às autoridades competentes, de acordo com o código de processo penal pátrio, dentre outros.

Dessarte, tanto a legislação penal cibernética dos EUA quanto a Convenção de Budapeste são parâmetros a serem seguidos pelo Brasil e por outros países que quiserem combater a crescente taxa de crimes cibernéticos. Seja ela pela forma de prevenção ou pela forma punitiva, as legislações se atentam ao necessário, neste caso visam estabelecer regras a serem seguidas pelos usuários da internet, bem como, as sanções a quem desvirtuar a sua finalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi aludido, verifica-se que, com o advento da internet a sociedade passou por profundas transformações, tanto nas relações intrapessoais quanto nas relações interpessoais. Diversos avanços positivos foram notados no campos social, político, econômico e cultural. Todavia, à medida em que os avanços tecnológicos trouxeram inenarráveis benefícios para à civilização, também trouxeram algumas mazelas à sociedade, à exemplo os crimes no ambiente virtual.

O presente artigo teve como objeto principal o estudo dos crimes cibernéticos no Brasil à luz da legislação penal, e da doutrina. A partir dessa conjuntura, fez-se necessário primeiramente conceituar esses crimes para melhor compreendê-los. Em seguida foi preciso tipificá-los, dividindo os crimes em crimes genéricos, os quais são cometidos na internet, porém há tipificação no Código Penal, e os crimes específicos, leis criadas com o intuito de legislar sobre as condutas ilícitas praticadas no âmbito virtual.

Assim, surgem leis como a Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/12) que prometeram dispor sobre os crimes cibernéticos, porém versam sobre condutas muito específicas a exemplo da invasão de privacidade da referida lei, se mostrando insuficiente em relação aos crimes no ambiente virtual em geral. Porém, posteriormente, ficou evidente que a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) se mostrou fundamental na regulação da internet no Brasil, estabelecendo critérios na sua utilização e impondo regras a serem seguidas. Ademais, a Convenção de Budapeste se mostrou um parâmetro efetivo a ser seguido pelo Brasil por sua legislação completa referente aos crimes no ambiente virtual, de mesmo modo, os projetos de lei apresentados são um vislumbre do que pode ser factual na atualidade do país.

Entretanto, as leis mencionadas no artigo não surtiram um efeito significativo, o fato da mera elaboração de uma norma não é suficiente para prevenir e combater os crimes cibernéticos,

a falta de legislação específica também se mostrou um problema. Após uma análise a legislação brasileira, é notório que algumas condutas no ambiente virtual conseguem ser abarcadas pela legislação atual, mas outras carecem de lei específica, isto é, o Direito não consegue acompanhar os atos ilícitos dos indivíduos que utilizam a internet.

Conclui-se que, a legislação penal em relação aos crimes cibernéticos apresenta-se insuficiente. Por vezes, o avanço tecnológico não se compadece com o processo legislativo moroso dificultando a adequação da norma jurídica à realidade fática. Cabe ressaltar que a reflexão acerca do tema visa que o Direito Penal alcance de forma célere as mudanças sociais frente à evolução das novas tecnologias, com o intuito de torna-lo harmônico com a realidade fática.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Néelson Jahr Garcia. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001, p. 10-11.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 de Outubro de 2019.**

BRASIL. **DECRETO Nº 8.772, DE 11 DE MAIO DE 2016**. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm>. Acesso em 01 de Outubro de 2019.

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/del2848.htm> Acesso em 01 de Outubro de 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 01 de Outubro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 7.170, DE 14 DE DEZEMBRO DE 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em 10 de Outubro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 10 de Outubro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.609, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso em 10 de Outubro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 11.829, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008.** Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm> Acesso em 10 de Outubro de 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 12.735, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm>. Acesso em 10 de Outubro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 30 de novembro de 2012.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 23 de Outubro de 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 154/2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para estabelecer uma agravante genérica para os crimes cibernéticos. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C166F478111B3C159C77012D8B6F3E4.proposicoesWebExterno2?codteor=1711415&file name=Avulso+-PL+154/2019>. Acesso em 30 de Outubro de 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 6989/2017.** Altera o Marco Civil da Internet, Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para incluir procedimento de retirada de conteúdos que induzam, instiguem ou auxiliem a suicídio de aplicações de internet. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C4CDFD315A8523B73289F25FF66C6ADB.proposicoesWebExterno2?codteor=1577496&file name=PRL+2+CCTCI+%3D%3E+PL+6989/2017>. Acesso em 30 de Outubro de 2019.

BRASIL, Senado Federal. **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 4287/2019.** Altera os artigos. 141 e 154-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para alterar a disciplina dos crimes cibernéticos. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7985541&ts=1571776353699&disposition=inline>>. Acesso em 30 de Outubro de 2019.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas reais.** Rio de Janeiro: Brasport, 2014, p. 35.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes: Limites e Perspectivas à Investigação Policial de Crimes Cibernéticos**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. Aberta para assinatura em Budapeste, Hungria, em 22 de novembro de 2001 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf> Acesso em 07 de Outubro de 2019.

COSTA, Marco Aurélio Rodrigues. **Crimes de informática**. Disponível em: Revista Eletrônica Jus Navigandi. Site:<<https://jus.com.br/artigos/1826/crimes-de-informatica/3>>. Acesso em 07 de Outubro de 2019.

D'URSO, Luiz Augusto Filizzola. **Cibercrime: perigo na internet**. Publicado em 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cibercrime-perigo-na-internet/>>. Acesso em 07 de Outubro de 2019.

FACT SHEET: Cybersecurity National Action Plan: Taking bold actions to protect Americans in today's digital world. [S. l.], 2 fev. 2016. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/02/09/fact-sheet-cybersecurity-national-action-plan>. Acesso em: 2 de Novembro de 2019.

FELIZARDO, Aloma Ribeiro. **Cyberbullying Difamação na Velocidade da Luz**. 1ª Ed. São Paulo. Willem Books, 2010.

FLOR, Ricardo. Ciberterrorismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 99, nov - dez 2012. p. 69 – 100.

G1. **Suspeitos do roubo das fotos de Carolina Dieckmann são descobertos**. [S. l.], 13 maio 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-do-roubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html>. Acesso em: 25 out. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **PNAD**

Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. [S. l.]: Estatísticas Sociais, 20 dez. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>> Acesso em 23 de Outubro de 2019.

LÈVY, Pierre. **Cibercultura**. 2ª Ed. São Paulo, SP: Editora 34: Coleção TRANS, 2000. p.157 – 176.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 120.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 1ª ed. São Paulo, Atlas: 2000.

PINHEIRO, Reginaldo César. Os cybercrimes na esfera jurídica brasileira. **Revista Eletrônica Jus Navigandi**. Site: <<https://jus.com.br/artigos/1830/os-cybercrimes-na-esfera-juridica-brasileira>>. Acesso em 10 de Outubro de 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SILVEIRA, Daniel. **Brasil ganha 10 milhões de internautas em 1 ano, aponta IBGE**. [S. l.]: G1, 20 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/20/numero-de-internautas-cresce-em-cerca-de-10-milhoes-em-um-ano-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 23 out. 2019.

SHARIFF, Shaheen. **Cyberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família**. Porto Alegre, 2010.

VIANA, Marco Túlio apud CARNEIRO, Adeneele Garcia. **Fundamentos de direito penal informático**. Do acesso não autorizado a sistemas computacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13-26.

PLURALIZAÇÃO DO DEBATE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Cristian Patric de Sousa Santos
Edem Nápoli Guimarães

RESUMO

O presente artigo trata da pluralização do debate no STF como instrumento de efetivação democrática da jurisdição constitucional, partindo da avaliação das correntes substancialistas e procedimentalistas. Avalia-se, após, a constituição como processo público aberto e defende-se um processo hermenêutico pluralístico como necessidade de uma sociedade complexa. Ao fim, avaliam-se dois instrumentos utilizados no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro – *amicus curiae* e audiências públicas – para concluir pela importância da adoção de instrumentos de aproximação entre STF e sociedade civil como forma de reduzir a tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Utilizam-se os métodos dedutivo e indutivo aliados à pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Pluralização do debate. Efetivação Democrática. Jurisdição Constitucional.

THE PLURALIZATION OF THE DEBATE IN THE SUPREME FEDERAL COURT AS AN INSTRUMENT FOR DEMOCRATIC EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

ABSTRACT

This article deals with the pluralization of the debate in the STF as an instrument for the democratic realization of constitutional jurisdiction, starting from the evaluation of substantialist and proceduralist currents. Afterwards, the constitution is evaluated as an open public process and a pluralistic hermeneutic process is defended as the need for a complex society. In the end, two instruments used within the scope of the Brazilian constitutionality control - *amicus curiae* and public hearings - are evaluated to conclude the importance of adopting instruments of approximation between the Supreme Court and civil society as a way of reducing the tension between constitutional jurisdiction and democracy. Deductive and inductive methods combined with bibliographic research are used.

Keywords: Pluralization of the debate. Democratic Effectiveness. Constitutional Jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

Os estudos acerca da pluralização do debate no Supremo Tribunal Federal como instrumento de efetivação democrática da jurisdição constitucional vêm sendo intensificados nos mais diversos núcleos de pesquisa científica nos quais se pretende investigar a sua relação dialética com a democracia.

Sem a pretensão de exaurir o tema, o presente artigo busca identificar elementos de concretização democrática no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, especificamente sob a ótica de análise do STF, órgão responsável pela proteção da Constituição Federal através do exercício do controle de constitucionalidade concentrado.

Isso porque a atividade de verificação da compatibilidade de leis e atos normativos editados pelo Poder Público com o texto constitucional lança, na esfera de análise do Direito Constitucional Contemporâneo, questionamentos que tangenciam a avaliação da teoria democrática.

Questiona-se, assim, se um órgão que não foi eleito pelo voto popular poderia controlar a ação de órgãos de representação popular – aqui, o Poder Legislativo – sem que se configure uma ofensa à democracia. O controle de constitucionalidade exercido pelo STF é um mecanismo democrático? Há instrumentos passíveis de utilização pela Suprema Corte que possa ser encarado como um canal direto de comunicação entre a sociedade civil e o exercício do controle de constitucionalidade?

Para detida análise do tema, será realizada, inicialmente, um exame acerca da relação entre jurisdição constitucional e democracia, avaliando-se duas correntes da filosofia constitucional contemporânea: o substancialismo e o procedimentalismo. A perspectiva da corrente procedimentalista será abordada com base na doutrina de John Hart Ely. Será visto que as distintas propostas das correntes procedimentalista e substancialista buscam, por linhas argumentativas diversas, embasar a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional.

A seguir, será verificado, como substrato semântico para o desenvolvimento do tema, a constituição como processo público aberto e a adoção de hermenêutica pluralística, a partir de Konrad Hesse, Gustavo Zagrebelsky e Peter Häberle, propondo-se uma fluidez constitucional adequada a uma sociedade multicultural e um processo ativo de construção hermenêutica do sentido e alcance da norma constitucional não adstrito a uma sociedade fechada, até mesmo como proposta de manutenção da força normativa da constituição. Será visto que as perspectivas apresentadas pelos autores zelam por uma hermenêutica constitucional aberta a

todos os componentes que vivenciam a realidade constitucional, como método interpretativo mais condizente com o Estado Democrático de Direito.

Por fim, serão avaliados instrumentos de efetivação democrática da jurisdição constitucional no âmbito do STF, mais precisamente a figura do *amicus curiae* e os procedimentos de audiências públicas, ambos previstos na legislação atinente aos mecanismos de verificação do controle de constitucionalidade concentrado, a saber, as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental.

2 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tema presente no debate político-constitucional contemporâneo refere-se ao amplo sistema de distribuição de competências constitucionais entre os poderes constituídos e o controle recíproco de suas atuações, zelando pela independência e harmonia.

Para a presente pesquisa, destaca-se a análise do papel do Poder Judiciário no exercício de controle sobre os atos emanados pelo Poder Legislativo. Entender o fenômeno da revisão judicial sobre a atividade do Parlamento, de reconhecida legitimidade popular, exige uma investigação científica sobre a possibilidade de harmonização entre jurisdição constitucional e democracia.

A teoria constitucional, outrora permeada pela ideia de um rígido dogma da separação dos poderes, atualmente encara o plexo de competências notáveis de juízes e legisladores que se organizam em um sistema de freios e contrapesos, promovendo a contenção do poder pelo poder¹. Nada mais orgânico e sistemático, sob a ótica de um compromisso político-constitucional de promoção e efetividade dos direitos fundamentais e de garantias de procedimentos democráticos, do que o empenho dos Poderes Públicos no cumprimento de seus deveres institucionais estabelecidos constitucionalmente. E a jurisdição constitucional, nesse mecanismo de contenção, exerce papel fundamental nas democracias modernas, atribuindo-se a um órgão específico a função de controlar a constitucionalidade de leis e atos emanados pelo Poder Legislativo.

Nesse quadro, o Supremo Tribunal Federal haure a sua competência diretamente da Constituição Federal, de onde se depreende, a partir da leitura do art. 102, além de outras

¹ Para a análise pretendida no presente artigo, não serão incluídas as competências do Poder Executivo, não obstante a reconhecida possibilidade de controle judicial sobre os atos emanados dos administradores públicos. Limita-se, assim, a análise da tensão verificada entre as atividades do Poder Legislativo na edição de leis e atos normativos e o controle de constitucionalidade sobre eles exercidos pelo Supremo Tribunal Federal.

competências estabelecidas, o exercício da jurisdição constitucional². Atribui-se ao STF, assim, a guarda da constituição, a qual pode ser exercida através da verificação da compatibilidade, formal e material, de leis e atos normativos editados pelo Poder Público com os seus preceitos, através de ações da jurisdição constitucional concentrada.

Tal função é clara aplicação do princípio da supremacia constitucional, sendo as normas constitucionais dotadas de superioridade e imperatividade em relação a todas as demais.

Vislumbra-se o exercício da jurisdição constitucional pelo STF, ainda, diante de uma omissão inconstitucional, ou seja, quando os Poderes Públicos deixam de agir quando constitucionalmente devido³. Aqui, está-se diante de uma lacuna normativa que, por inércia legislativa, configura-se inconstitucional e, portanto, passível de controle judicial (CUNHA JR. 2008).

Mas é no desempenho da atribuição de verificação da compatibilidade de uma lei ou ato normativo editado pelo Poder Público que surge um tema de ampla repercussão para a teoria constitucional: o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal⁴.

A investigação acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional apresenta questionamentos sobre o grau de validade de uma decisão judicial quando esta substitui, no todo ou em parte, a vontade do legislador. Seria este o instrumento apto a valorar deliberações acerca de questões políticas formuladas e fomentadas no âmbito do Parlamento (este sim órgão cuja legitimação está, ao menos em tese, pautada na vontade popular)?

² Art. 102, CF/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

³ Acerca da possibilidade de controle judicial das omissões do poder público, Dirley da Cunha Jr., em tese de doutoramento, propugna pelo reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da Constituição e de um conceito de Constituição “constitucionalmente adequado”, apta a revelar uma Lei Fundamental com força ativa, imperativa e vinculante. Registra o autor: “[...] chegou-se a um conceito de Constituição ‘aberta’ como uma ‘ordem normativa - material global do Estado e da Sociedade’, que exerce dupla função: a ‘garantia do existente’ e a ‘instituição de um programa de ação ou linha de direção para o futuro’. Apontou-se que essas funções são vinculantes para o Estado e para os cidadãos. De referência ao Estado, essa vinculação consiste no seu irrecusável e imposterável dever de atuar permanente, realizando os programas constitucionais, sob pena de sua ‘não atuação indevida’ ou ‘silêncio transgressor’ ou ‘omissão’ ser reputado como inconstitucional [...]” (CUNHA JR., *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 649).

⁴ Sobre o papel contramajoritário da jurisdição constitucional, deve-se investigar a sua compatibilidade com o regime democrático partindo da análise de uma concepção constitucional de democracia, superando-se eventual reducionismo do conceito a uma estrita vinculação ao princípio majoritário. Sob essa perspectiva, acredita-se que uma pretensa afirmação de que a jurisdição constitucional é um processo contramajoritário – uma vez que exerce controle de decisões do Parlamento – não implica afirmar que se trata de uma ferramenta antidemocrática, uma vez que a proteção da minoria, por exemplo, integra a pauta de objetivos de uma democracia constitucional. Para maiores esclarecimentos, vide: SANTOS, Cristian Patric de Sousa. Democracia e Jurisdição Constitucional Contramajoritária: Breves Considerações. In: Populus – Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, n. 3. Salvador: TRE-BA, 2017).

A desconfiança sob a ótica de uma teoria do decisionismo judicial que suplante a atividade legislativa é propalada no âmbito doutrinário e, inclusive, no meio político⁵. Há, de fato, uma possibilidade de reconhecimento do risco democrático na atuação de juízes e tribunais quando do exercício da jurisdição constitucional. Afinal, uma eventual decisão de uma Corte Constitucional, por exemplo, pautada em argumentos de valoração superior ou principiológica, pode vir a anular a atuação do legislador ordinário, sem que tal atuação se submeta a um controle democrático.

Há, contudo, fortes linhas argumentativas em prol da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, condensadas, na filosofia constitucional contemporânea, em duas distintas correntes: o procedimentalismo e o substancialismo⁶.

A corrente substancialista defende a existência de ampla carga axiológica nas Constituições, a qual irradia seus valores substanciais, explicitamente ou não, à atividade do legislador ordinário (o qual deve exercer a atividade legislativa em estrita observância à supremacia formal e material da constituição) e à atividade do próprio juiz, impondo a tais agentes deveres e tarefas de realização, permitindo-se avaliações quanto à correção das decisões tomadas (SAMPAIO, 2013, p. 178).

Tais valores podem ser, inclusive, propostas de noções semânticas abertas, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, segundo o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

O preenchimento do espectro normativo do fundamento “dignidade da pessoa humana” autoriza o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a controlar a validade de um ato infraconstitucional a partir de um processo hermenêutico no qual caberá a ele – STF – a valoração subjetiva do seu alcance e compreensão, uma vez que expressões de conteúdos abertos se submeterão a avaliações para que sejam utilizados como parâmetros de controle para os atos infraconstitucionais.

⁵ Mencione-se no âmbito doutrinário, por exemplo, a obra de John Hart Ely, cujo título é “Democracia e Desconfiança. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade”. Em relação ao meio político, basta mencionar a frequente tensão verificada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, quando alguns membros deste último, sob o argumento de ser representante legítimo da vontade popular (pois auferida mediante sufrágio), desautoriza decisões da Corte enfatizando a impossibilidade de estabelecimento de um pretense governo de juízes. Sobre a obra de Ely, será objeto de análise no presente tópico.

⁶ Para fins de esclarecimentos iniciais, Luís Roberto Barroso assim sintetiza a dicotomia entre as correntes procedimentalista e substancialista: “Substancialistas e procedimentalistas têm visões diferentes acerca do papel da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo”.

Aqui, o papel do juiz constitucional ganha aparência de atividade contramajoritária, a partir do momento em que se exerce o controle sobre decisões políticas de instâncias que auferem sua legitimidade através do voto popular. E a substituição de tais decisões políticas – majoritárias – por um exercício hermenêutico de agentes não eleitos – os juízes – é que vem sendo denominado de dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986).

Entretanto, emerge na teoria política e constitucional a defesa do exercício da revisão judicial sobre a atividade legislativa em um contexto de crise da democracia representativa.

Nesse particular, cumpre fazer referência ao autor italiano Mauro Cappelletti (1999), o qual afirma já haver dissipado em grande parte a utopia ocidental acerca da perfeita capacidade dos poderes políticos de alcançar o consenso dos governados. A real efetividade da democracia representativa enfrenta questionamentos, estando a representação política distante dos anseios populares. Cappelletti vai além, realçando a importância dos tribunais como vetor de aproximação com a representatividade geral, uma vez que permitem o acesso ao *judicial process*, dando proteção a grupos que não estariam em condições de obter acesso ao *political process*. Frise-se, ainda, uma característica substancial da atividade jurisdicional, qual seja, o seu desenvolvimento em conexão direta com as partes envolvidas, com observância do princípio do contraditório, havendo possibilidade de influência direta da sociedade civil, através das partes integrantes da relação processual, sobre a formação da vontade do magistrado (1999, pp. 99-100).

Deve-se reconhecer que permanece, ainda, o já mencionado risco democrático. O próprio Cappelletti, inclusive, admite a possibilidade de juízes em processo de isolamento social (1999, p. 100). Mas tal risco não se observa tão-somente no exercício da atividade judicante, diante da já afirmada crise da democracia representativa, cenário em que grupos políticos podem sobrepujar a real vontade popular e agir, até mesmo, em seu próprio benefício. Deve-se decantar, contudo, da possibilidade de distanciamento social de quaisquer dos poderes, a premente necessidade de controle recíproco no sistema, onde uma decisão em controle de constitucionalidade considerada inadequada sofre correção pela via legislativa, por exemplo.

Distanciando-se da possibilidade de controle de resultados através da realização de valoração substancial pelos juízes, a corrente procedimentalista, por outro lado, avalia o papel da jurisdição constitucional como sendo um instrumento de defesa do procedimento democrático, encarando-se a constituição como “um processo deliberativo que possibilite, segundo pautas formais e discursivas ou pelo uso da razão pública, a obtenção de consensos materiais notadamente sobre a vida boa ou o bem” (SAMPAIO, 2013, p. 177).

No âmbito da doutrina constitucional e da hermenêutica jurídica contemporâneas, a corrente procedimentalista é defendida por John Hart Ely (2016), que atribui à jurisdição constitucional a tarefa de garantir o correto funcionamento do processo político, sendo permitida uma decisão judicial interventiva apenas quando fossem identificadas falhas no mercado político. Segundo o autor, não caberia ao juiz constitucional a fixação de respostas dotadas de valores substantivos aos casos concretos a ele apresentados, tal como defendido pela corrente substancialista. A ideia de falhas no mercado político é trabalhada por Ely através de uma analogia com o papel do “antitruste” no mercado econômico, ou com a intervenção do árbitro de futebol, legítima apenas quando um time obtivesse uma injusta vantagem.

O problema principal no exercício do controle de constitucionalidade consiste, justamente, no fato de um órgão não eleito ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política poder regular a atividade legislativa do Parlamento, composto por representantes eleitos pelo povo. Tal ideia seria incompatível com a atividade democrática⁷.

Ely apresenta distintas concepções sobre o papel do juiz constitucional: o interpretacionismo (interpretativistas), que “afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na constituição escrita” (2016, p. 3), remanescendo para o Poder Judiciário, assim, o preenchimento de eventuais lacunas normativas deixadas pelo texto constitucional, através da extração de significados claros; e, em sentido diametralmente oposto, o não interpretacionismo (não interpretativistas), afirmando que “os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento” (2016, p. 3), cabendo aos juízes, assim, recorrer a outros valores não localizáveis no texto constitucional, tais como valores da tradição, da razão comum ou a carga axiológica empregada pessoalmente pelo magistrado. Segundo o autor (2016, p. 13):

O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.

⁷ Segundo John Hart Ely, o procedimento democrático merece desconfiança quando: (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. (*Democracia e Desconfiança. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2016, p. 137)

Para Ely, ambas as concepções carecem de compatibilidade com o regime democrático, apresentando as seguintes críticas: os interpretativistas subordinariam todas as gerações futuras aos ideais e valores do constituinte⁸, provocando um verdadeiro engessamento no processo de atualização constitucional de acordo com releituras de preceitos fundamentais exigidos pela evolução dos fatos sociais; já os não interpretativistas pregam o preenchimento de normas constitucionais abertas por um corpo de juízes que não são dotados de legitimidade popular, atribuindo-se a tal corpo de juízes uma função prioritária do Poder Legislativo no processo de elaboração das leis.

Apoiado nas críticas formuladas às duas correntes, Ely desconfia da atividade atribuída ao Poder Judiciário de preencher eventuais lacunas normativas deixadas pelo texto constitucional, independentemente de tal atividade assentar-se na extração de significados implícitos do próprio texto constitucional (como propõe a corrente interpretativista) ou na integração normativa da lacuna do texto constitucional através dos valores do próprio juiz ou da chamada razão comum (ideia propalada pela corrente não interpretativista).

O autor defende que a Suprema Corte – e, ampliando-se a análise, os tribunais constitucionais – não deve se utilizar de carga valorativa própria para o preenchimento de lacunas constitucionais, sob pena de substituição da vontade popular manifestada através dos Parlamentos por um governo de juízes, mas sim a desobstrução de canais de mudança política e a correção de certos tipos de discriminação contra minorias, sugerindo ser esse o processo de controle dos processos de representação⁹.

Para o controle do processo democrático, sugere-se uma “linha de decisão judicial” interventiva quando se identificasse as falhas do mercado político, conforme afirmado anteriormente.

As críticas e análises apresentadas por Ely são, sem dúvida, sedutoras, chegando-se à afirmação formulada por Oscar Vilhena Vieira de que “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e não

⁸ Deve-se frisar que a obra do referido autor realiza a abordagem acerca da Constituição Norte-Americana, debruçando-se, inclusive, sobre as emendas constitucionais produzidas.

⁹ Em passagem específica da obra, Ely, analisando o papel das Cortes em processos deliberativos componentes do processo legislativo, faz menção à Corte de Warren como a primeira a identificar questões referentes ao funcionamento correto do processo democrático e seu vínculo com atividade política: “(...) a Corte de Warren foi a primeira a agir seriamente de acordo com essa percepção. Foi a primeira a tocar no assunto da qualificação dos eleitores e da má distribuição proporcional do número de representantes (e, uma vez tocando nesse assunto, tratou-o com seriedade). É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade” (p. 98).

como um guardião superior que arbitra quais resultados devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia” (1999, p. 215).

Gustavo Binbenojm (2004, p. 102-103), em excelente síntese acerca do posicionamento de Ely na afirmação da natureza procedimental da constituição, expõe:

Na visão de Ely, a Constituição é um documento cuja finalidade precípua é de natureza *procedimental*, destinada a viabilizar que cada geração se autogoverne, consoante as decisões da maioria. Não contém ela, assim, um quadro de valores a ser *descoberto*; ao contrário, estabelece apenas os meios de chegar a tais valores. A essência da Constituição seria, portanto, a disciplina do procedimento democrático. O regime democrático, no entanto, pressupõe que todo cidadão deva ser tratado com igual respeito e que as minorias tenham assegurada a sua subsistência. No pensamento do autor norte-americano, a missão da jurisdição constitucional consistiria em velar por tais pressupostos procedimentais da democracia. (Grifos do autor)

Deve-se frisar, então, que a legitimação democrática da jurisdição constitucional na teoria desenvolvida por Ely defende a abertura dos canais de participação política (liberdade de associação e de expressão, por exemplo), assegurando-se, inclusive, direitos e garantias contra a atuação de eventuais maiorias ocasionais, reforçando-se o princípio democrático, e quaisquer bloqueios nos canais de participação política representa prejuízo ao bom funcionamento do jogo da democracia.

Seja uma leitura procedimental da jurisdição constitucional ou a adoção de uma perspectiva substancialista, o controle de constitucionalidade deve se desenvolver em consonância com uma perspectiva democrática, com uma relação harmônica entre os Poderes. A constituição, nesse contexto, deve desempenhar um papel fundamental de condução do processo político em prol da minimização da tensão dialética entre jurisdição constitucional e democracia.

Com isso, e como antecedente teórico da investigação da efetivação democrática da jurisdição constitucional através da pluralização do debate no STF, será analisado o processo de abertura constitucional e a adoção de uma hermenêutica pluralística como mecanismo fundamental de integração em uma sociedade multicultural.

3 A ABERTURA CONSTITUCIONAL E O PROCESSO HERMENÊUTICO PLURALÍSTICO: UMA ANÁLISE EM KONRAD HESSE, GUSTAVO ZAGREBELSKY E PETER HÄBERLE

Já é afirmação comum na doutrina constitucional contemporânea que todo Estado adota, necessariamente, uma constituição (LASSALLE, 2014, p. 11). O papel que tal documento exerce em cada Estado, contudo, pode variar de acordo com o regime político ou a forma de

governo nele vivenciada, bem como a experiência democrática e participativa em cada território.

Tão certo quanto a necessidade de adoção de uma constituição nos Estados contemporâneos é a noção, cada vez mais difundida, de que a sociedade atual alicerça-se no pluralismo político, que tem como base a construção de consensos partindo da coexistência de ideias divergentes. A própria formação das bases culturais, sociais, econômicas e políticas é fruto de ideias plurais que dialogam entre si.

No Direito, como ciência social aplicada, observa-se a intenção de se construir um convívio harmonioso a partir de ideias conflitantes. O processo, por exemplo, é nutrido por uma relação dialética, desenvolvida em contraditório, no qual tese e antítese dão origem a uma síntese, consubstanciada em uma sentença judicial.

Nesse processo de formação das bases plurais de uma sociedade, a constituição, como documento político-normativo estruturador do Estado, melhor se adéqua quando se reconhece como parte integrante da fluidez de distintos projetos. A constituição deverá, necessariamente, acompanhar a evolução do pensamento crítico na sociedade contemporânea, sem, contudo, deixar esvaír o reconhecimento de sua força normativa.

Acerca da força normativa da constituição, Konrad Hesse, em uma das mais influentes obras da doutrina constitucional contemporânea, elevou as normas constitucionais ao *status* de normas jurídicas dotadas de coercibilidade, afirmando que “o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes” (1991, p. 11). Para o autor, a constituição possuía uma força própria, devendo imprimir ordem e conformação à realidade política e social, graças ao seu elemento normativo.

Hesse não nega o significado de fatores históricos, políticos e sociais¹⁰ para a força normativa da constituição, mas dava peculiar atenção à chamada “vontade de Constituição”, estabelecendo que a constituição só se converta em força ativa caso presentes, na consciência geral, não apenas a vontade de poder, mas, sobretudo, a mencionada vontade de constituição (1991, p. 19).

¹⁰ Konrad Hesse, em sua obra, rebate a concepção sociológica de Constituição desenvolvida por Ferdinand Lassalle, para quem tal documento nada mais era senão a “soma dos fatores reais do poder que regem um país”. Para Lassalle, seria despida de valores uma Constituição que simplesmente não abarcasse os anseios das classes representantes desses fatores, pois “são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, Ferdinand. *O Que é uma Constituição?*, São Paulo: CL Edijur, 2014, p. 18-27).

Paralelamente à teoria da força normativa da constituição, outra ideia desenvolvida por Hesse (1992) – em conexão direta com o tema ora apresentado – foi a defesa da abertura constitucional, afirmando-se tratar-se de constituição adequada aquela na qual é possível a convivência harmônica de distintos projetos alternativos, lembrando-se que se está tratando do contexto de uma sociedade plural. A compreensão da constituição como ordem jurídica material é fundamental para a manutenção da sua própria força normativa, especialmente diante de conceitos jurídicos com espectros normativos abertos, com exigência de uma leitura interpretativa fluida no tempo e no espaço¹¹.

A constituição aberta em Hesse (1992, p. 8) é bem explanada no seguinte excerto:

[...] deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial as condições de vida reguladas pela Constituição. Por isso, o Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais freqüentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “aberto para dentro do tempo.

A abertura semântica da constituição, então, é imperativo categórico para a sua eficácia abrangente e duradoura, uma vez que é instrumento apto à regulação das transformações sociais que necessariamente ocorrem. A dinamicidade das relações sociais, políticas e econômicas devem ser acompanhadas pelo Direito, e uma leitura constitucional aberta diante de uma sociedade pluralista é o mecanismo de integração seguro entre fatos e normas quando se busca um resultado adequado.

Outro autor que reflete acerca do papel da constituição na sociedade moderna de bases pluralística é o jurista italiano Gustavo Zagrebelsky (1999), o qual enaltece a ideia de uma concepção dogmática fluida da constituição, com a tarefa de tornar efetivas as condições de vida em comum em uma sociedade multicultural.

Partindo da análise do constitucionalismo europeu forjado a partir da Segunda Guerra Mundial, o autor enxerga a constituição como um documento de legitimação de grupos sociais distintos que devem coexistir, garantindo-se um compromisso de possibilidades em detrimento de um projeto político rígido. Para o fenômeno da fluidez necessária à sobrevivência do próprio

¹¹ Dirley da Cunha Jr. afirma: “Para Hesse, a Constituição estabelece os princípios fundamentais conformadores da unidade política, regula o processo de solução de conflitos dentro da comunidade, organiza o processo de formação da unidade política e da atuação estatal, define os fundamentos e princípios da ordem jurídica global e regulamenta as relações da vida historicamente cambiantes. Por essa razão, a Constituição também deve ser entendida como uma ordem jurídica material aberta, uma vez que traz conteúdo vago e indeterminado, necessário à sua abertura ao tempo”. (*Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 66).

espírito da constituição, Zagrebelsky atribui o termo ductibilidade constitucional. Segundo o autor (1999, p. 13):

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade.

Crítico do positivismo jurídico e tendo desenvolvido suas ideias após o fracasso dos regimes totalitaristas nazista e fascista, Zagrebelsky superou o Estado Legislativo de Direito para fincar as bases do Estado Constitucional, abandonando a rigidez de fórmulas concebidas em prol de um projeto político agregador, fundado no pluralismo e na primazia de argumentos principiológicos. Na defesa de um direito por princípios, inclusive, o autor chega a mencionar que estes desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica, enquanto que as regras, ainda que presentes no texto constitucional, seriam leis forçadas que se esgotam em si mesmas (1999, p. 111).

Para a compreensão da pluralização do debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal como instrumento de efetivação da jurisdição constitucional democrática devem ser analisadas, ainda, as ideias desenvolvidas por Peter Häberle (2002), jurista alemão que trabalhou a constituição como processo público aberto, produto de uma hermenêutica pluralística, fruto da atividade interpretativa de diversos setores da sociedade civil que vivenciam a constituição diariamente.

Para além de uma hermenêutica vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, concentrando-se na atividade de interpretação constitucional dos juízes e em procedimentos formalizados, a ideia de Häberle é estabelecer um rol ampliado de intérpretes, defendendo o exercício de uma leitura constitucional por uma sociedade aberta e pluralista. A hermenêutica constitucional estaria sempre sob os influxos de uma teoria democrática, rompendo-se com a estreita vinculação dos possíveis intérpretes da constituição.

Segundo o autor (2002, p. 15):

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos das Constituições que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, assenta a sua legitimidade democrática com base em dois fundamentos principais: a proteção dos direitos fundamentais, correspondentes a um conteúdo mínimo ético que não pode ser sobrepujado por deliberação política majoritária; e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política aberta a todos (BARROSO, 2015, p. 19). Seja sob o ângulo de defesa da corrente substancialista ou por influência dos procedimentalistas, a compatibilidade entre controle de constitucionalidade e democracia trará, sempre, desafios argumentativos e reflexões variadas.

Apesar de embates doutrinários, percebe-se, nos regimes democráticos contemporâneos, ampla aceitação e reconhecimento da importância do papel da jurisdição constitucional na defesa da constituição. O que se pretende, doravante, é ampliar a fonte de legitimação do Supremo Tribunal Federal quando do exercício do controle de constitucionalidade.

Na medida em que se observa um amplo avanço da jurisdição constitucional em temas cada vez mais controversos e diante de um contexto de uma sociedade pluralística, ponderar sobre a atividade judicante tornou-se imprescindível. O agigantamento do Estado Constitucional de Direito no período pós-Segunda Guerra Mundial e a multiplicação das contendas judiciais que utilizam como critérios argumentativos de defesa os parâmetros de controle postos pela constituição alavancaram a participação do STF nos destinos da sociedade multicultural.

A proeminência da participação do STF nos destinos da vida pública brasileira, seja diante dos *hard cases* ou nas tomadas de decisões acerca de projetos políticos distintos, convida a comunidade acadêmica a considerar, por exemplo, a influência da opinião pública. Aliás, não apenas no meio acadêmico, mas os próprios ministros do STF devem realizar constantes reflexões quando se encontram na árdua tarefa de aferir a legitimidade das decisões do legislador democrático.¹²

A influência da opinião pública exercida sobre as decisões judiciais pode ser abordada sob duas perspectivas distintas: em termos normativos, deve-se verificar a legitimidade da

¹² Nesse sentido, inclusive, Peter Häberle ressalta: “[...] existem leis [...] que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional”. (*Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 45).

influência popular sobre as decisões, especialmente diante do papel contramajoritário da jurisdição constitucional; sob o ponto de vista descritivo, deve-se verificar a efetiva influência que a opinião pública exerce sobre o comportamento dos juízes (NOVELINO, 2015, p. 245).

Acerca da correta medida que uma Corte Constitucional – no caso brasileiro, o STF – pode se deixar influenciar pela opinião pública é algo de difícil mensuração, que pode variar, inclusive, de acordo com contextos e grau de maturidade de uma democracia e de evolução dos parâmetros republicanos admissíveis. Tal função estaria afeta a investigações no âmbito, por exemplo, da Ciência Política. Contudo, Häberle fornece uma contribuição, afirmando que, em relação às leis que provocam grandes controvérsias no seio da comunidade, e em se configurando uma profunda divisão da opinião pública, o Tribunal deveria zelar para se mantenha o mínimo indispensável da função integrativa da constituição (2002, pp. 45-46).

Tal função, certamente, será melhor exercida utilizando-se as propostas de uma constituição aberta e de um processo hermenêutico pluralísticos, como melhor forma de manutenção da força normativa da constituição diante de uma sociedade extremamente complexa.

Nesse contexto, o direito constitucional brasileiro tem apresentando pontos positivos na observância dos fenômenos pontuados, inclusive com previsões normativas que inseriram, no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, instrumentos que refletem a possibilidade de abertura do processo hermenêutico constitucional, em consonância com a proposta da sociedade aberta dos intérpretes da constituição: o *amicus curiae* e as audiências públicas.

4.1 A PLURALIZAÇÃO DO DEBATE NO STF ATRAVÉS DO AMICUS CURIAE

O controle de constitucionalidade concentrado é regulado, no direito brasileiro, pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Como instrumento de abertura pluralista no processo brasileiro de interpretação constitucional, o legislador consagrou a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), que podem ser admitidos pelo relator, considerando-se a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, consoante art. 7º, §2º do mencionado diploma.¹³

¹³ Art. 7º, §2º, Lei nº 9.868/99. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Assim, observa-se que a finalidade do instituto do *amicus curiae* é pluralizar o debate constitucional, sendo encarado como um terceiro *sui generis*. Para o STF, além dos requisitos expressos na legislação – relevância da matéria e representatividade dos postulantes –, exige-se a demonstração de pertinência temática para a manifestação. O fundamento essencial da figura do *amicus curiae* “reside na constatação de que muito embora os ministros conheçam o Direito, não necessariamente possuem a mesma destreza técnica em outras áreas do conhecimento, como medicina, teologia, biologia, genética, biotecnologia, antropologia, etc.” (NÁPOLI, 2016, p. 334).

O *amicus curiae* “apresenta-se como um verdadeiro instrumento democrático que franqueia o cidadão a penetrar no mundo fechado, estreito e objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade para debater temas jurídicos que vão afetar toda a sociedade” (CUNHA JR. 2016, p. 203). Propicia-se, assim, uma maior abertura do processo de interpretação constitucional, em consonância com a proposta teórica de Häberle, permitindo-se que o cidadão venha a colaborar e integrar a formação de vontade do magistrado, aproximando-se a Corte Constitucional, outrora tribunal distante da sociedade, à sociedade civil.

Tal previsão contribui para que se contorne, inclusive, a crítica formulada pela doutrina que questiona a legitimidade democrática da jurisdição constitucional ressaltando a figura de juízes em processo de isolamento social, possibilidade reconhecida também por Cappelletti, conforme visto anteriormente.

O próprio STF, na ADIN-MC 2130-SC, através de voto da lavra do Ministro Celso de Mello, ressaltou a importância do *amicus curiae*, como se depreende do excerto abaixo:

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.869/99, art. 7º, §2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais¹⁴.

Observa-se, com isso, a possibilidade de participação direta do cidadão na solução de controvérsias constitucionais relevantes, em um claro avanço de um processo hermenêutico

¹⁴ Julgado em 20.12.2000 e publicado no DJ de 02.02.2001.

pluralístico, assentando-se a ideia da pluralização do debate como instrumento de efetivação democrática da jurisdição constitucional.

4.2 A PLURALIZAÇÃO DO DEBATE NO STF ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Outro instrumento de relevância para a ampliação do acesso da sociedade ao processo de hermenêutica constitucional, rompendo com a ideia de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição, é a possibilidade de realização de audiências públicas no controle de constitucionalidade.

Tal previsão, inclusive, também é fruto de atividade legislativa, uma vez que consta de forma expressa no art. 9º, §1º da supracitada Lei nº 9.868/99¹⁵ e ainda no art. 6º, §1º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999¹⁶, a qual dispõe sobre o processo de julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

As audiências públicas vêm sendo regularmente lembradas como instrumento de democratização do processo constitucional brasileiro, estabelecendo um canal de comunicação direto com a sociedade com o intuito de fomentar o processo de integração da constituição diante da complexidade de fatores políticos, sociais e tantos outros que se apresentam na Suprema Corte.

Para se ter noção acerca da importância das audiências públicas no processo de formação da convicção dos juízes da Suprema Corte, a experiência constitucional brasileira registra como exemplo inaugural a sua convocação no STF para a discussão acerca da Lei de Biossegurança, tema que, sem dúvidas, não está adstrita a questões jurídicas, mas em especial a questões envolvendo fatores atinentes a diversas áreas, tais como medicina, ética, biologia e até mesmo aspectos filosóficos. Tais temas, certamente, escapam ao estrito âmbito de análise jurídica de operadores do Direito, necessitando de elementos outros para a consagração de uma decisão correta (ou mais correta possível).

O diálogo estabelecido entre o STF e os mais diversos setores da sociedade civil, como o realizado no processo de discussão da Lei da Biossegurança, e na mesma linha da intervenção

¹⁵ Art. 9º, §1º, Lei nº 9.868/99. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹⁶ Art. 6º, §1º, Lei nº 9.882/99. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas como experiência e autoridade na matéria.

do *amicus curiae*, vem atenuar a crítica constante que se formula acerca da dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional.

Carina Lellis Nicoll Simões Leite, ao realizar um estudo acerca das audiências públicas no STF e a indicação dos expositores para atuarem juntamente à Suprema Corte, identificou três modalidades de indicação: o convite, feito diretamente pelo Presidente da audiência pública; a indicação, efetuada por interessados que participam do processo; e a inscrição direta na audiência, quando aberta ao público (2015, pp. 493-494).

No profícuo estudo, a autora identificou como pontos positivos das audiências públicas na experiência constitucional brasileira: a abertura por elas promovidas, de modo a permitir que novos atores ofereçam contribuições para os julgamentos; o incremento de volume de informações à disposição dos ministros nos julgamentos; a riqueza do ambiente deliberativo proporcionado por argumentos contrapostos; e a aproximação que é promovida entre o STF e a sociedade, incrementando-se o apoio popular ao tribunal (2015, pp. 515-518).

Assim, a experiência das audiências públicas pode ser encarada como mais um instrumento de efetivação democrática da jurisdição constitucional brasileira, uma vez que favorece a pluralização dos debates no âmbito da Suprema Corte, em constante aproximação com a sociedade civil.

5 CONCLUSÕES

Com a investigação científica aplicada durante o desenvolvimento do presente artigo, é possível chegar às seguintes conclusões que, apesar de não exaurirem a temática proposta, pela sua complexidade e extensa gama teórica, contribuem para melhor efetivação de uma jurisdição constitucional democrática:

1. O exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, previsto no art. 102 da Constituição Federal de 1988, levanta questionamentos acerca de uma eventual tensão dialética entre jurisdição constitucional e democracia, uma vez que tal atividade consiste na verificação de compatibilidade de leis e atos normativos editados pelo Parlamento, dotados de legitimidade popular inicial, por juízes que não são investidos no cargo através do voto popular;

2. Aponta-se, nesse contexto, o risco democrático de uma decisão judicial se sobrepor, através de um processo de análise hermenêutica e principiológica, sobre decisões deliberativas adotadas no âmbito do Poder Legislativo, sem que tais decisões se submetam a um controle democrático;

3. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode ser avaliada a partir de duas linhas argumentativas distintas, consubstanciadas nas correntes substancialista e procedimentalista;

4. Os substancialistas manifestam explícita adesão a valores consagrados na constituição – tais como ideias atinentes à liberdade, igualdade, justiça – como elemento propulsor do controle de resultados sobre as deliberações políticas majoritárias, enaltecendo que a carga axiológica verificada no texto constitucional irradia sua força sobre a atividade do legislador ordinário. Para tal corrente, a integração dos preceitos constitucionais de semântica aberta é papel fundamental do juiz constitucional;

5. A defesa do exercício da jurisdição constitucional sob a ótica substancialista ganha reforço quando analisada em um contexto de crise da democracia representativa. Isso porque já não se verifica a perfeita capacidade dos poderes políticos atenderem aos anseios populares, uma vez que grupos políticos encontram-se cada vez mais preocupados com interesses próprios, afastando-se da legítima representação popular. Por outro lado, a própria atividade dos tribunais fornece proteção a tais camadas afastadas dos processos de deliberação política, dando acesso através do processo judicial aos setores que não obtiveram acesso ao processo político;

6. Por outro lado, os procedimentalistas defendem que a jurisdição constitucional tem o objetivo de garantir o correto funcionamento do processo político, permitindo-se o controle apenas quando fossem identificadas falhas no mercado político. Não se admite, para os adeptos do procedimentalismo, que o juiz constitucional fixe respostas dotadas de valores substantivos aos casos a ele apresentados. A garantia do procedimento democrático seria o único fator de legitimação do controle, sendo vedada a adoção, por órgãos não eleitos popularmente, de cargas valorativas próprias para o preenchimento de lacunas constitucionais, sob pena de substituição da vontade popular manifestada pelos Parlamentos por um governo dos juízes;

7. O controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, seja através da adoção da corrente substancialista ou através de uma linha procedimental de jurisdição constitucional, é um mecanismo democrático, reforçado pela necessidade de garantia da incolumidade da constituição, função atribuída por ela mesma à Suprema Corte;

8. Diante do papel que a constituição deve exercer contemporaneamente, diante da complexidade da sociedade atual e em um ambiente de pluralismo político, é fundamental a análise da abertura constitucional e de um processo hermenêutico pluralístico no âmbito do STF;

9. Através da proposta teórica de constituição aberta por Konrad Hesse, verifica-se que a abertura semântica da constituição é imperativo categórico fundamental para a sua eficácia

abrangente e duradoura, inclusive para a manutenção da sua força normativa, já que deve acompanhar a dinamicidade das relações sociais, políticas e econômicas;

10. A fluidez constitucional, para efetivação das condições de vida em comum em uma sociedade multicultural, foi proposta por Gustavo Zagrebelsky, sendo a constituição um documento de legitimação de grupos sociais distintos. A ductibilidade constitucional almeja a realização das condições de possibilidades em um ambiente de sociedade complexa e plural, em detrimento da rigidez de um projeto político único;

11. A ampliação do debate constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pelo STF tem embasamento teórico, ainda, na sociedade aberta dos intérpretes da constituição, proposta por Peter Häberle, para consagrar uma interpretação constitucional pluralística, através do qual a sociedade civil, por meio dos seus legítimos representantes, participaria do processo constitucional. A atividade interpretativa formulada por aqueles que vivenciam a constituição mostra-se condizente com a vivência democrática cotidiana;

12. No âmbito do STF, a pluralização do debate como instrumento de efetivação democrática da jurisdição constitucional se verifica através da previsão legislativa e observância prática das figuras do *amicus curiae* e audiências públicas, que consistem em fator de legitimação social fundamental para as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: *Jurisdição Constitucional e Política*. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Disponível em www.idp.org.br. Acesso em: 19 dez. 2017

CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

_____. *Controle de Constitucionalidade*. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LASSALE, Ferdinand. *O Que é uma Constituição?* São Paulo: CL Edijur, 2014.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *As Audiências Públicas no STF: mero instrumento de legitimação formal?* In: *Jurisdição Constitucional e Política*. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NÁPOLI, Edem. *Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *O STF e a Opinião Pública*. In: *Jurisdição Constitucional e Política*. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. *Teorias Constitucionais em perspectiva*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Cristian Patric de Sousa. “*Democracia e Jurisdição Constitucional Contramajoritária: Breves Considerações*”. In: *Revista Populus – Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia*, Salvador: TRE-BA, n. 3, 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN-MC 2.130-SC. Relator Min. Celso de Mello. j. em 20.12.2000, DJ de 02.02.2001. Disponível em <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em 08 jan. 2018

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999

**JOVEM NEGRO BOM É JOVEM NEGRO VIVO:
O GENOCÍDIO JUVENIL E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE
SOCIAL**

“Se sobem no becos, vielas, nos morros, favelas pra me encontrar
Conseguem achar o caminho dos tão poucos passos que acabo de dar (...)
Meus olhos cansados e vivos enxergam sua farda e um medo me dá
Que medo do medo me dá (...)
Mainha já grita de lá: “Vem, logo, menino, entra já”
E eu fico debaixo da cama esperando com sonhos o tiro acabar (...)”

(Espetáculo Erê, Bando de Teatro Olodum)

Régia Mabel da S. Freitas

RESUMO

Este artigo teve como escopo reflexionar sobre o genocídio de jovens negros. A metodologia utilizada foi revisão de literatura negrorreferenciada. Os resultados apontaram que essa chacina brasileira, violando o Princípio da Integridade Social, almeja uma higienização racial.

Palavras-chave: genocídio de jovens negros, debate racial, violação do Princípio da Integridade Social.

**GOOD BLACK YOUNG MAN IS BLACK YOUNG MAN ALIVE:
THE YOUTH GENOCIDE AND THE VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF SOCIAL
INTEGRITY**

ABSTRACT

This article aimed reflect about young black people’s genocide. The methodology was black reference bibliographic review. The results pointed that this brazilian slaughter, violathing the Principle of Social Integrity, objective racial hygiene.

Keywords: young black people’s genocide, racial discussion, violation of the Principle of Social Integrity.

O crescente e vertiginoso genocídio de jovens¹ negros em nível nacional viola o Princípio da Proteção Integral – inserido no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –, desumanizando lamentavelmente essas pessoas em desenvolvimento. Acossados, perseguidos, acuados e assassinados, jovens pretos, pobres e periféricos não alcançam a fase adulta por terem suas vidas ceifadas precocemente.

Mais que meros números alarmantes arrolados nas estatísticas nacionais, esses assassinatos têm explícito e inescrupuloso recorte racial, proposto, gerido, executado e autoavaliado exitosamente pelos Capitães-do-Mato Hodiernos – PseudoAgentes da Segurança Pública Nacional. Devido a esse massacre criminoso, famílias negras inteiras continuamente foram/são dilaceradas quando o fenômeno morte atinge seus lares através de balas endereçadas com precisão.

Essa ação letal, autorizada juridicamente pelos Senhores do Engenho da Branca Hodiernos – Chefes do nosso EtnoEstado Brasileiro – que possuem visão/atuação/perseguição brancocêntrica na qual se impera o poder da descartabilidade de mercadorias semoventes negras, industrializa a morte. Como nos mercados brasileiros seiscentistas onde africanos do além-Atlântico foram coisificados, os homicídios desses jovens negros, além de aviltá-los em sua humanidade, achincalha-os como seres humanos.

Com o condão (poder sobre-o-natural) do biopoder focaultiano de definir quem vive e quem morre – acintosamente desrespeitando direitos fundamentais (à vida e à segurança) desses jovens – os chefes supracitados delegaram aos subordinados também supracitados a façanha da promoção dessa violência letal. Eles elegeram como critério de seletividade em prol do bem-estar social o extermínio dessa suposta massa inimiga que apresenta riscos iminentes à desordem nacional.

Este artigo reflexiona sobre a chacina brasileira racista de jovens negros com o escopo de higienização racial em nossa sociedade. Através de revisão de literatura essencialmente negrorreferenciada – Cappi (2009), Flauzina (2006), Foucault (2002), Kilomba (2008), Mbembe (2011), Nascimento (1978), Souza (1983) entre outros –, percurso exploratório-descritivo e natureza qualitativa, debate-se sobre a ação letal contra jovens negros e discute-se como esse extermínio viola o princípio constitucional da Integridade Social.

¹ Este trabalho não estabelecerá uma faixa etária estanque para jovens, uma vez que até os documentos oficiais divergem, como o Estatuto da Juventude (15 a 29 anos) e Assembleia Geral das Nações Unidas (13 – 24 anos). Outrossim, urge também levar em consideração a situação socioeconômica que os obriga a abandonar precocemente a infância e antecipar a fase adulta.

1 A AÇÃO LETAL DO RACISMO CONTRA JOVENS NEGROS

“A definição de suspeito vem com uma tabela de cores”; portanto, fazem parte da matança pelo braço estatal exclusivamente os corpos que têm na pele a cor da noite², já que apenas nós, negros, somos, “para as forças de poder, ameaça à segurança nacional, tentativa de desintegração da sociedade brasileira e da unidade nacional” (NASCIMENTO, 1978, p. 79). Esse extermínio nacional de negros concentra-se no contingente jovem.

Esse fato deve-se ao sistema político centrado no biopoder capaz de “matar, reclamar a morte, pedir a morte, mandar matar, dar ordem de matar” (FOUCAULT, 2002, p. 196) crer que se deve “matar os negros em quantidade, atingindo preferencialmente os jovens enquanto cerne vital da comunidade de existência do grupo” (FLAUZINA, 2006, p. 116). Essa atrocidade expressa a hostilidade de uma lógica racista que diuturna e desmedidamente extermina de maneira trivial e sem regras.

As agressões, vale ressaltar, iniciam-se bem antes desse óbito através das mais distintas violências não físicas (CAPPI, 2009) contra o povo negro – estrutural (exclusões social e política e discriminações racial, social, de gênero e de classe), interpessoal (calúnias, difamações, insultos) e institucional (impedimento à participação). Assim, desde cedo a humanidade dessas pessoas em desenvolvimento é desrespeitada e culmina na perda dos direitos do seu corpo e também do seu *status* político (MBEMBE, 2011).

Os soberanos Senhores do Engenho da Brancura Hodiernos (Chefes do nosso EtnoEstado Brasileiro), que autorizam os Capitães-do-Mato Hodiernos (PseudoAgentes da Segurança Pública Nacional) a matarem de quaisquer maneiras e em quaisquer momentos, sentem-se capazes de definir quem tem (ou não) importância e valor para serem facilmente aniquilados pela hierarquia dominante que instala tropas de controle militar sobre essa população civil jovem preta, pobre e periférica vista como inimiga e ameaçadora.

Essa descartabilidade de mercadorias semoventes negras que industrializa a morte cresce vertiginosamente, a saber: Cabula, Nordeste de Amaralina, Valéria (BA), Jardim Ingá, Paranoá, Recanto das Emas (DF), Icoaraci, Guamá, Tapanã (PA), Acari, Candelária, Várzea Grande (RJ), dentre inúmeras outras. Diuturnamente, presenciamos o quão acintosamente são desrespeitados os direitos à vida e à segurança de jovens negros em nível nacional.

Infelizmente, o racismo “não é um acontecimento momentâneo ou pontual, é uma experiência contínua que atravessa a biografia do indivíduo, uma experiência que envolve uma

² Referência à música “Ter na pele a cor da noite” (Márcio Meirelles).

memória histórica de opressão racial, escravização e colonização” (KILOMBA, 2008, p. 85). Fanoniando, na ação criminosa desse extermínio, sistemática, perversa e brutal, o racismo nem se atreve mais a aparecer com o seu disfarce usual. Vê-se essa chaga social abruptamente explícita!

Como essa necropolítica transforma os seres humanos em meras mercadorias de troca, vemos, nessa nova gestão de pessoas, que a vida perde a sua densidade e se converte numa moeda de troca nas quais estão envolvidos poderes obscuros e inescrupulosos (MBEMBE, 2011). Essa “magia branca” estruturalmente racista de opressão policial delata o seu escopo de higienização racial em nossa sociedade. Nas palavras de Foucault (2002, p. 286),

o direito de vida e de morte só se exerce de uma forma desequilibrada, e sempre do lado da morte. O efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar. Em última análise, o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. É essencialmente um direito de espada.

Nesses assassinatos, (re)conhecemos “o braço armado do Estado como um instrumento a serviço do controle e extermínio da população negra do país” (FLAUZINA, 2006, p. 14). Infelizmente, a percepção da existência negra, apesar dos 131 anos de pseudoAbolição, é vista como um atentado, uma ameaça mortal e/ou um perigo absoluto (MBEMBE, 2011). Assim, famílias negras inteiras são dilaceradas quando o fenômeno morte lhes atravessa dessa maneira tão abrupta e sem sentido.

Sobre “as mortes em massa de jovens negros das periferias brasileiras [...] perpetradas pela segregação armada e pela letalidade dos aparelhos de estado”, Cappi (2014, p. 166-167) assevera sobre a concepção de medo e ódio:

Existe um olhar de quem se protege de algo vivenciado como ameaça vigorosa, irredutível, frente à qual só se pode sentir desamparo e terror. É o olhar veiculado pelos meios de comunicação, sustentados pelos órgãos de segurança pública, a respeito de determinados grupos de pessoas, de determinados bairros notadamente associados ao varejo do tráfico de drogas. [...] Este olhar sustenta a demanda por atuações que se anunciem como decisivas, que não deixem dúvidas quanto à sua eficácia para acabar com aquilo que é entendido como ameaça intolerável. Neste caso, só a ação destruidora será concebida como libertadora.

Acerca dessa ação letal, Flauzina (2006, p. 90) considera que “os corpos negros nunca saíram da mira preferencial do sistema, dentro de um processo de marginalização de amplos contingentes”. Infelizmente, “o sistema penal dos novos tempos, portanto, traz em si as velhas marcas da discriminação, mantendo as assimetrias instauradas e incrementando o projeto genocida que ancora sua atuação”. Foucault (2002, p. 297) corrobora ao afirmar que

temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer com uma massa viva; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos. É uma tecnologia que visa, portanto, não o treinamento individual, mas pelo equilíbrio global, algo como uma homeostase: a segurança do conjunto em relação aos perigos internos.

Como sabemos, existem “íntimas relações do Brasil com a pátria do apartheid, pois o apartheid é uma política que é separada, mas igual à ‘democracia racial’ no Brasil. Separadas na geografia e nos respectivos métodos, porém iguais em seus efeitos funestos” (NASCIMENTO, 1978, p. 87). Cappi (2004, p. 167) assim aduz:

Diante (da percepção) de um perigo deste tipo, vivenciado como tão aterrorizante, só parece haver duas respostas possíveis: a proteção que o afasta – estabelecer muros de contenção – ou a eliminação definitiva – lançar mão da força extrema. O único resultado aceitável, segundo esta perspectiva, é aquele que deve corresponder, com extrema certeza, à anulação da fonte do perigo.

Destarte, pautando-se nas perspectivas colonizadora e escravocrata, “essas formas contemporâneas de submissão da política da morte reconfiguram profundamente as relações entre resistência, sacrifício e terror” (MBEMBE, 2011, p. 74). Como nos ensina Souza (1983, p. 17), lamentavelmente, a negritude é obrigada a entender que “saber-se negra é viver a experiência de ter sido massacrada em sua identidade, confundida em suas perspectivas, submetida a exigências, compelida a expectativas alienadas”.

2 EXTERMÍNIO JUVENIL E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTEGRIDADE SOCIAL

O genocídio de jovens negros contradiz o Princípio da Proteção Integral, que está inserido no artigo 227 da Carta Magna, que afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida e ainda salvaguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Afinal, como Pessoas em Desenvolvimento ou Sujeitos de Direitos Especiais, os jovens também são titulares de direitos humanos como quaisquer pessoas.

Quando determina que é dever “da família, da sociedade e do Estado”, são chamados à responsabilidade outros atores sociais – nós, sociedade civil – para uma ação constante na defesa e promoção dos direitos de crianças, adolescentes e jovens, envolvendo ainda não apenas os desamparados (BRASIL, 1988). Portanto, é mister “criar uma nova consciência que reassegure o respeito às diferenças e que reafirme uma dignidade alheia a qualquer nível de exploração” (SOUZA, 1983, p. 77). Para Nascimento (1978, p. 137) o nosso silêncio

equivaleria ao endosso e aprovação desse criminoso genocídio perpetrado com iniquidade e patológico sadismo contra a população afro-brasileira. E nosso repúdio, nosso ódio profundo e definitivo, engloba o inteiro complexo da sociedade brasileira estruturada pelos interesses capitalistas do colonialismo, até hoje vigentes, os quais vêm mantendo a raça negra em séculos de martírio e inexorável destruição.

Insta salientar que essa Proteção Integral foi consagrada não só pela Constituição Federal de 1988, mas também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº. 8069 em 1990), considerado um alicerce formador da Legislação Brasileira voltado para essas pessoas em desenvolvimento. O ECA, que se inspira em Normas Internacionais de Direitos Humanos, já no seu 1º artigo, dispõe sobre a Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, reconhecendo-os como sujeitos de Direitos e Garantias (BRASIL, 2017).

Antes, os jovens não eram considerados pessoas em desenvolvimento nem sujeitos de direitos especiais, uma vez que isso só ocorreu após a criação do Princípio da Proteção Integral, inserido no artigo 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988 e reificado no artigo 1º do ECA (BRASIL, 2017). Sobre esse Estatuto, Paes (2018) assevera que

a responsabilidade da família e da comunidade em garantir os direitos das crianças aparece, de forma declarativa, na parte geral e, de forma prescritiva, na parte especial, quando se normatizam as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis e os crimes e infrações administrativas. [...] Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente seja considerado como uma codificação bastante avançada, o sistema organizacional não encontra-se devidamente estruturado, ainda há árdua batalha para a criação dos Conselhos Tutelares e dos Conselhos de Direitos, para seu aparelhamento e para conscientização de Conselheiros e autoridades.

Foucault (2002, p. 302) ainda nos chama a atenção acerca da “superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra”. Inicialmente, opta-se por disciplinar esses corpos subjugados com o escopo de oportunizar uma suposta “educação” correcional-repressiva, vigiando-os e punindo-os. Em seguida, pauta-se na regulamentação do descarte dessas ameaças individuais negras em prol da suposta segurança global caucasiana.

Ao não rechaçarmos as alternativas – prender ou matar – expostas nos mais diversos meios de comunicação com explícito caráter sensacionalista como solucionadoras, deixamos de exigir criação e manutenção de políticas públicas que com efetividade integrem as necessidades dessas pessoas em desenvolvimento. Vê-se o papel amestrador da mídia como uma “agência executiva do sistema penal” na qual “se dá a vital dissimulação da seletividade no sacrifício público de réus brancos bem sucedidos” (FLAUZINA, 2006, p. 90).

Como sempre, perversamente, a mídia televisiva brasileira destila o seu eurocentrismo a ser invejado e cobiçado pelos espectadores. O controle difuso, permanente e incisivo dos

meios de comunicação desenvolve um processo de bestialização no qual “os estigmas reforçados pela exposição diuturna da massa negra, vendida como autora natural dos crimes violentos e cruéis nos telejornais de todo o país, vão se solidificando numa concepção binária dos conflitos” (FLAUZINA, 2006, p. 91).

Dessa forma, a mídia publiciza uma visão dual e fragmentada com o escopo de despolitizar os espectadores, maculando a gravidade da questão. Se sabemos que o mesmo império midiático canalha que não nos leva a sério interfere para nos levar à lona³, faz-se necessário que desenvolvamos ainda mais a “nossa capacidade de resistir à opressão, de transformar e de imaginar mundos alternativos e novos discursos” (KILOMBA, 2008, p. 68).

Ante o exposto, urge a nossa vigilância contínua no que tange a essas práticas “sociais e institucionais voltadas para a segregação e eliminação de grupos sociais vulneráveis, essencialmente os jovens negros oriundos dos segmentos subalternizados da população”, vez que formamos o rol dos que desejam abolir essas violências físicas letais e também as não físicas (estrutural, interpessoal e institucional) (CAPPI, 2009, p. 172).

Nascimento (1978, p. 157) nos propõe que

onde um Estado cometa qualquer ato contra as comunidades negras, de natureza nacional ou local, seja de sentido formal ou informal, tais comunidades têm o direito e a obrigação de lutar contra esses atos, utilizando os meios que consideram justos para a sua sobrevivência, defesa e desenvolvimento.

À guisa de conclusão, é mister que, diuturna e incansavelmente, desmoronemos essa “plataforma de extermínio” da “engenharia genocida brasileira” pautada “nas abordagens truculentas, nos encarceramentos desproporcionais e na produção de mortes abruptas” (FLAUZINA, 2006, p. 13). Insta robustecermos com denodo as inúmeras frentes de luta antígenocida e antirracista diante desse fortalecimento do conservadorismo e retrocesso político vigentes que perpetuam índices alarmantes de casos de violências.

Sabemos o quão “a camada dominante simplesmente considera qualquer movimento de conscientização [liderado por negros] como ameaça ou agressão retaliativa” (NASCIMENTO, 1978, p. 78). Destarte, vociferemos nossa indignação diante dos sofrimentos das Mães de Maio que ainda choram por seus mais de 400 (quatrocentos) filhos mortos também chancelados pela eliminação biofísica do segmento negro que supostamente reforçaria o potencial de vida e de segurança caucasiano (MBEMBE, 2011).

³ Referência à música “AmarElo” (Emicida).

É importante conhecermos e nos afiliarmos a esse movimento social iniciado em 2006 devido aos Crimes de Maio⁴, no qual genitoras de vários estados brasileiros militam duradoura e persistentemente por direitos humanos e contra essa gritante marcha fúnebre de braço estatal. Que parafraseemos o adágio popular que ignora e minimiza a complexidade da criminalidade brasileira e clamemos que “Jovem Negro Bom é Jovem Negro Vivo” com os seus direitos constitucionais à vida e à segurança devidamente garantidos.

3 CONSIDERAÇÕES (BEM DISTANTES DE) FINAIS

O genocídio de jovens negros escancara a farsa da democracia racial e da fábula das três raças que falaciosamente aduzem que “pretos e brancos convivem harmoniosamente, desfrutando iguais oportunidades de existência, sem nenhuma interferência, nesse jogo de paridade social, das respectivas origens raciais ou étnicas” (NASCIMENTO, 1978, p. 41). Esses extermínios – uma “obliteração dos negros como entidade física e cultural” (NASCIMENTO, 1978, p. 136) – contradizem o Princípio da Proteção Integral, que está inserido no artigo 227 da Constituição brasileira (1988) e consagrado pelo ECA (1990).

É imprescindível que também nos responsabilizemos por esses jovens, uma vez que fomos convocados desde 1988 através da Carta Magna enquanto sociedade civil a sermos agentes sociais com o dever, além da família e do Estado, de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade, o direito à vida (BRASIL, 1988). Nascimento (1978, p. 136) nos ensina que para enfrentar essa “revoltante opressão e liquidação coletiva” de nós, negros, “faz-se necessário travar a luta característica de todo e qualquer combate antirracista e antigencida”.

“O mito de que as pessoas negras se vitimizam quando falam sobre as feridas causadas pelo racismo é uma estratégia muito eficaz para silenciar aquelas que estão prontas para falar” (KILOMBA, 2008, p. 227). Entretanto, djavaniemos, armando-nos todos os dias para combater essa chaga social que é o racismo. São 131 anos da pseudoAbolição da escravatura, contudo ainda temos que vociferar para os caucasianos – não como clemência mas como uma ordem: “Parem de nos matar!”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁴ Chacina ocorrida de 12 a 20 de maio de 2006, levando a óbito quase 600 pessoas – em sua maioria, homens, negros e jovens – como um suposto ataque à facção PCC (Primeiro Comando da Capital) – em São Paulo.

CAPPI, Riccardo. Mediação e Prevenção da Violência. In: VELOSO, Marília; AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera (orgs.) **Mediação Popular**: uma alternativa para a construção da justiça. Salvador, 2009.

_____. Onde mora o “perigo”: a possível contribuição da Escola de Louvain para (mais) uma criminologia crítica. **R. Dir. Gar. Fund.** Vitória, v. 15, nº 1, p. 157-175, jan./jun. 2014.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o Sistema Penal e o Projeto Genocida do estado brasileiro. Brasília. 2006. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KILOMBA, Grada. **Memórias da Plantação** – Episódios de racismo cotidiano. Cobogó: Rio de Janeiro, 2008.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Melusina: Espanha, 2011.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro**. Paz e Terra S/A: Rio de Janeiro, 1978.

PAES, Janiere Portela Leite. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente**: avanços e retrocessos. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-edo-adolescente-avancos-e-retrocessos,43515.html>. Acesso em: 15 mai. 2018.

SOUZA, Neusa Santos. **Tornar-se negro**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

A TRIBUTAÇÃO COMO PREMISA PARA A REALIZAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS

Hiolanda Silva Rêgo

RESUMO

A tributação historicamente tem sido pensada sob o prisma da fiscalidade, ou seja, como meio de financiamento das atividades principais do Estado. Porém, com as novas funções típicas do Estado Democrático de Direito foi exigido do poder estatal uma atitude positiva em que a tributação seja desencorajadora de condutas indevidas e indutoras de condutas virtuosas na promoção dos Direitos Prestacionais como educação, trabalho, habitação, meio ambiente sustentável etc, ou seja, como instrumento de reforma social e de desenvolvimento econômico, redistribuindo renda ou intervindo na economia.

Nesse sentido, nota-se que a aproximação do Direito e da Economia se dá perante os desafios que o mundo e a vida cotidiana apresentam à sociedade. Assim sendo, é imprescindível o emprego de medidas tributárias práticas que fomentem, viabilizem e alavanquem a concretização imediata de tais direitos e, ainda, de políticas públicas voltadas para sua realização.

Palavras-chaves: Direitos Prestacionais. Efetividade. Extrafiscalidade. Tributação

TAXATION AS A PREMISE FOR THE REALIZATION OF INSTALLMENT RIGHTS

ABSTRACT

Taxation has historically been considered from the perspective of taxation, that is, as a means of financing the main activities of the State. However, with the new functions typical of the Democratic Rule of Law, the statistical power of a positive attitude is required in which taxation is triggered by misconduct and inducing virtuous conduct in the promotion of Rights Provided such as education, work, housing, the environment balanced environment, etc., that is, as an instrument of social reform and economic development, income redistribution or intervention in the economy.

In this sense, observe if the approximation of Law and Economics presents the challenges that the world and everyday life present to society. Therefore, it is essential to use practical tax measures that foster, enable and leverage the immediate realization of such rights, as well as public policies aimed at their realization.

Keywords: Installment Rights. Effectiveness. Extrafiscality. Taxation

1 INTRODUÇÃO

A realização dos direitos sociais, econômicos e culturais é um dos mais consideráveis temas na agenda política dos Estados e dos juristas voltados para a efetivação dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O objeto deste estudo é a temática da tributação direcionada para a realização dos

direitos prestacionais entendidos como postulados racionais na tomada de decisões, uma vez que, esses direitos não podem coexistir com opções políticas e econômicas que desprezem desigualdades sociais e violações culturais.

Evidencia-se que, ao longo dos tempos, os direitos econômicos, sociais e culturais vêm sofrendo uma série de censuras e rejeições no que diz respeito a sua inclusão na categoria de Direitos Fundamentais. Do mesmo modo, o discurso teórico liberal tem sido utilizado para justificar opções políticas indiferentes às severas violações desses direitos, apesar da clara responsabilidade que a Constituição incumbe aos governantes no propósito de respeitar, proteger e implementá-los. Porém, o desafio maior é assegurar uma reserva preferencial orçamentária para a execução desses direitos considerando as necessidades reais dos cidadãos em prol de uma vida digna.

À vista disso, a política extrafiscal torna-se imprescindível para o desenvolvimento do país, a partir do poder de intervenção que ela garante ao Estado em suas relações com o setor privado. Adianta-se que não há a pretensão de esgotar o assunto, pois, devido a sua profundidade, engloba-se em várias vertentes.

Por fim, busca-se contribuir no debate e compreensão da complexa temática da tributação focada na realidade social e financeira do Estado.

2 DIREITOS PRESTACIONAIS NO REGIME DEMOCRÁTICO

A idealização de Direitos Fundamentais tem sua origem em conjunto com as bases do Estado Moderno, Gomes Canotilho (2004, p.378) ratifica esse fato ao afirmar que “onde não existir Constituição não haverá Direitos Fundamentais”, considerando-se que na constitucionalização dá-se a materialização dos Direitos Fundamentais na qualidade de “normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. Assim, os Direitos Humanos estão prescritos como normas de Direito Internacional, pois essa é a expressão preferida em documentos internacionais, enquanto a denominação Direitos Fundamentais está presente nas constituições dos Estados Nacionais.

Os Direitos Fundamentais retratam metas e valores democraticamente construídos em comunidade e é efetivado dentro da realidade econômica e política ideológica da sociedade. Em função disso, têm relação direta com os modelos políticos e econômicos adotados pelo Estado.

Esses direitos geram deveres tanto no âmbito subjetivo quanto no objetivo, assim sendo, no campo dos Direitos Prestacionais, as obrigações comissivas dos governantes estabelecem-se: na dimensão subjetiva a partir de procedimentos voltados para a satisfação de

uma posição de vantagem de um ou mais sujeitos individualmente considerados; e, na dimensão objetiva, onde os deveres prestacionais configuram-se em diretrizes estatais para a produção de condições institucionais e normativas que reflitam decisões valorativas indispensáveis para uma adequada proteção e fruição de bens e serviços pelos cidadãos.

De acordo com Robert Alexy (1997, p. 427), os Direitos Prestacionais Fundamentais podem ser classificados em: a) direitos à prestação em sentido amplo que são direitos à proteção; b) direitos à organização e procedimento objetivo; e, ainda, c) em Direitos Prestacionais em sentido estrito, pois correspondem às posições subjetivas das quais decorrem ações materiais concretas.

Os Direitos Prestacionais à proteção estabelecem um dever do Estado de precaver o particular, através de prestações, em face de agressões de terceiros a seus direitos. Assim, configuram uma obrigação relacional entre o Estado e o particular, cujo objetivo é a proteção de Direitos Fundamentais em face de terceiros, um exemplo é o Direito à Segurança Pública.

Já os Direitos Prestacionais à organização e ao procedimento, por seu turno, apresentam deveres estatais que demandam ações com o escopo de criar órgãos públicos e outras estruturas administrativas, assim como de também tomar medidas de ordem normativas relacionadas às regras e princípios destinados à garantia de desfrute dos Direitos Fundamentais. Esses direitos também fixam diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.

Os direitos à prestação em sentido estrito são direitos às prestações materiais pertencentes aos indivíduos em face de sua insuficiência de recursos para provê-las por conta própria. Assim sendo, cabe ao Estado fomentar a concretização do fornecimento de serviços e bens relacionados à saúde, educação, moradia, alimentação, rendimento mínimo e, assim por diante, sempre em promoção da igualdade material e da liberdade como estruturas basilares da dignidade humana.

Num regime democrático, os Direitos Fundamentais têm sua essência na dignidade humana e seu propósito maior é a proteção e o desenvolvimento humano, por isso, os direitos prestacionais não podem ser excluídos da relação material dos Direitos Fundamentais.

Desse modo, no regime democrático, os Direitos Prestacionais surgem como um reflexo do exercício de liberdade do indivíduo e, também, como decorrência direta do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, são respostas jurídico-constitucionais para os problemas decorrentes dos cometimentos e contendas relacionados à própria vida em sociedade.

3 A MISSÃO DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

Na qualidade de elemento heterônomo da Ciência Política, o Estado pode ser analisado sob o aspecto sociológico, jurídico, cultural, econômico, político e religioso. Alexandre Gropalli (1962, p. 95) sintetiza que o Estado “não se move em uma órbita própria e autônoma, mas faz parte de todo aquele complicado sistema de forças que agita e solicita a sociedade em sua evolução”.

Na perspectiva contratualista o Estado emerge do acordo de vontades entre os indivíduos, como um meio de protegerem a si mesmo e as suas propriedades. Essa é a base do ideário burguês no qual caberia ao Estado regular a vida em sociedade com a manutenção da paz e da justiça garantindo, assim, a liberdade.

De acordo com o pensamento de Adam Smith, fundador do liberalismo econômico, o Estado não deveria intervir na economia, pois a harmonia social surgiria da conveniência pessoal do cidadão, assim, caberia ao Estado, apenas, a preservação das instituições sem fins lucrativos, o estabelecimento da justiça e a emissão de moedas, por isso, toda e qualquer intervenção estatal na economia deveria ser veemente rechaçada.

Em contrapartida, no século XIX, o economista e filósofo Karl Marx criou uma teoria baseada no trabalho e sua relação com o capital, com o propósito de explicar a sociedade pela ideia de classes: “capitalistas e proletariado”. Assim, Marx propõe que o Estado é o recurso utilizado para a dominação de uma classe sobre outra, e, na condição de “mal necessário”, caberia ao Estado construir uma igualdade social do ponto de vista econômico e jurídico.

Para além das teorias, o conhecimento histórico revelou que o Estado liberal é vulnerável perante as adversidades sociais o que acarretou severas crises econômicas e revoltas em diferentes partes do mundo. Por isso, fez-se necessário uma maior atuação estatal com a finalidade de proporcionar um equilíbrio social.

A partir da intervenção do Estado originou-se o Sistema Social-democrático que, através de medidas legislativas, propiciou reformas constitucionais e uma intervenção moderada na ordem econômica transformando, de modo mais ponderado, as relações sociais e gerando mais estabilidade.

O pilar fundamental desse Estado Social de Direito é a valorização e defesa do cidadão exprimido no respeito à democracia assegurando a proteção contra a violência, além de saúde, alimentação, educação, trabalho e renda. Clóvis de Carvalho Júnior (1994, p. 169-170) entende que a crise atual pelo qual passa o Estado Social democrata pode ser explicada “por sua inabilidade ou incompetência para mediar os conflitos existentes ante a sua insuficiência para prover as demandas sociais”.

No contexto contemporâneo, os impostos são meios para obtenção de recursos para financiar as despesas da estrutura estatal, dos quais os gastos devem ser limitados pela arrecadação fixada pelo Legislativo, de modo específico e profusamente conhecido, obstaculizando a sonegação e a bitributação.

No regime liberal a assistência pública é residual, destinada aos mais pobres, e os interesses de mercado exercem forte influência sobre as questões sociais e econômicas.¹ Logo, o forte individualismo alavancou o capitalismo, mas também promoveu inúmeras injustiças, o aumento da pobreza e a segregação social.

Por outro lado, a meta do Estado de Direito foi lograr o bem-estar social, através de ações intervencionistas fiscais e limitações na propriedade privada, justificadas na necessidade pública, utilizando-se do poder coercitivo estatal em prol da igualdade, como fundamento do Estado de Direito, em vez da liberdade.

De maneira global, o Estado do bem-estar social não conseguiu manter as rédeas da economia o que acabou por provocar um elevado déficit público e, conseqüentemente, uma arrojada crise fiscal, além das elevadas taxas de inflação e grande vulnerabilidade social.

A partir daí ergue-se a teoria econômica Neoliberal prescrevendo o afastamento do Estado a fim de que o mercado tivesse autonomia para ser livre e operar com leis próprias promovendo o desenvolvimento social e o crescimento do país. Assim, o neoliberalismo prometia isentar o Estado da satisfação de inúmeras incumbências sociais.

O pensamento neoliberal, assim como o liberal, também tem a liberdade como critério de existência, porém se distingue no fato de que o sentido de liberdade neoliberalista está relacionado à circulação de capital e ao comércio em geral, enquanto o liberalismo antigo fazia referência apenas às relações humanas e de suas propriedades.

Em sentido oposto a todas essas promessas o neoliberalismo caiu em uma série de incorreções, pois suas diretrizes favoreceram aos interesses dos países mais desenvolvidos e às empresas multinacionais fazendo com que os países periféricos permanecessem na condição de explorados, com grande dependência do capital estrangeiro. Esses países tornam-se cada vez mais pobres com aumento do desemprego e baixos salários fomentando assim uma incontida desigualdade social com aumento da violência e da criminalidade.

O desenvolvimento econômico e social de um país é de fundamental importância para

¹ Os Estados Unidos da América (EUA) são o exemplo típico de país onde o regime liberal fortemente se desenvolveu. A Austrália e a Nova Zelândia também são, mas esses países conhecidos como modelos de sociais-democracias possuem fortes traços da influência europeia-inglesa nas políticas públicas que os diferenciam profundamente dos EUA.

que seus indivíduos usufruam de uma dignidade plena, para isso, as decisões do poder público devem ser diretamente pautadas pela associação das estruturas econômicas e jurídicas que fazem parte do cotidiano empresarial, laboral e sociocultural do Estado.

Desse modo, o fortalecimento do papel do Estado é requisito obrigatório para um projeto de desenvolvimento nacional, pois, nas sociedades capitalistas, as tarefas essenciais no planejamento de ações de longo prazo, além do financiamento dos projetos estruturantes e a coordenação dos investimentos públicos e privados são realizados por meio de verba pública. Isso porque, em todas as economias capitalistas, o Estado fez e continua fazendo o que os mercados não fazem e nunca fizeram.

4 TRIBUTAÇÃO E EMANCIPAÇÃO ECONÔMICA DA POPULAÇÃO

As constituições democráticas são estruturadas em um plano de transformações sociais do Estado estabelecendo as bases de um projeto de desenvolvimento. Ademais, acentua-se que a política econômica incorporada aos textos constitucionais deve consistir nas possibilidades emancipatórias que se apresentam explicitamente nelas inseridas, pois uma depende diretamente da outra.

Encontrar mecanismos que permitam essa concretização, através de escolhas pautadas na diminuição das desigualdades é o caminho para formação de uma sociedade justa, pois os países não têm como se desenvolver plenamente enquanto sua população não estiver inserida no processo de distribuição de riquezas.

Por outro lado, para a redução da desigualdade social existente, é primordial que todos contribuam, na medida de suas possibilidades financeiras. De igual modo, deve-se exigir que o Estado seja eficiente na utilização das verbas públicas, atendendo às exigências constitucionais e legais. Para isso, na agenda principal de combate às desigualdades de renda e de riqueza, devem ser considerados indicadores etários, regionais, de raça e gênero.

Nesse cenário, apesar de nascerem como instrumentos jurídicos de abastecimento dos cofres públicos (ATALIBA, 2007, p. 29), os tributos também podem ser utilizados como elemento de aumento ou diminuição de custos, de forma a induzir o destinatário da intervenção estatal à prática de determinado comportamento desejado pelo Estado.

Assim sendo, segundo o critério da finalidade, os tributos são classificados em fiscais quando se destinam à composição do erário e para fazer face ao custeio das atribuições do Estado através de serviços públicos. Essa arrecadação se dá por meio de tributos vinculados, quando o Estado arrecada para prestar um serviço em contrapartida, a exemplo das taxas; ou não vinculados, quando o Estado arrecada sem qualquer contraprestação estatal específica, isso

ocorre com o imposto de renda por exemplo.

Ou ainda, os tributos podem ter uma função extrafiscal ocorrendo quando o Estado se utiliza da tributação para intervir na economia, visando atender outros fins que não a arrecadação, e sim para a correção de situações sociais indesejadas e a condução da economia por meio de estímulo ou desestímulo de certas atividades. Para tanto, são utilizados instrumentos dos mais diversos como: instituição de tributos, majoração e redução de alíquotas, criação de faixas de isenção, concessão de benefícios fiscais, como dedução de determinadas despesas, dentre muitos outros. Pode-se ainda estimular certa atividade através de incentivos fiscais, é o que ocorre quando o governo estabelece uma alíquota zero para o IPI do carro ou para a linha branca e, ainda, no caso de incentivos econômicos para atrair empresas com a desoneração de algum tributo por um determinado tempo.

Paul Singer (2012, p.124) ressalta que o Estado, em sua atuação tributária, pode fomentar “novas forças produtivas e de instauração de novas relações de produção, de modo a promover um processo sustentável de crescimento econômico” visando “a criação de novas formas de organização da produção com lógica incluída, ou seja, que ofereça a chance real de trabalhar com autonomia e de ganhar um rendimento suficiente para ter um padrão de vida digno”. Por isso, a atividade econômica do Estado deve assegurar o desenvolvimento e deve ser um instrumento de mudança social.

Tais medidas de intervenção estatal com vista ao desenvolvimento nacional não podem resumir-se a aspectos econômicos conjunturais e, com certeza, para sustentarem-se constitucionalmente, essas medidas precisam estar afinadas com o real conceito do termo desenvolvimento, dado que, envolve tanto a ideia de crescimento econômico quanto a de melhorias no bem estar social pautado nos Direitos Fundamentais.

5 EXTRA-FISCALIDADE E MATERIALIZAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS

A atividade tributária oportuniza a intervenção estatal no domínio econômico-social em nome do interesse coletivo, “aumentando ou diminuindo as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa” (CARRAZA, 2005. p. 106-107). “Contribuindo para a realização, ou até realizando diretamente, as finalidades propugnadas pela Constituição Federal” (PAPADOPOL, 2009, p. 17) assim “promove a efetivação de objetivos constitucionais com impactos no seio social” (GOUVÊA, 2006, p. 47).

O constituinte entendeu que não é suficiente coibir o Estado de suscitar um tratamento arbitrário, mas que também é preciso promover a igualdade a determinados grupos, através de

políticas de afirmação e de inclusão social, regional e econômica.

É por essa razão que a metodologia constitucional reconhece, expressamente, as seguintes discriminações legítimas: no combate às desigualdades sociais; regionais; em função do tipo de empresas; incentivos sociais para grupos: família, criança, lazer; e extrafiscalidade econômica (CALIENDO, 2016, p. 223).

O alcance do Princípio da Igualdade se revela em todos as espécies tributárias, “institutos, regras, procedimentos, atos, normas, interpretações ou manifestações normativas, bem como para qualquer forma de imposição, gravame ou mesmo de desonerações, incentivos e benefícios fiscais”(IDEM, 2016, p. 223).

Nessa seara, a extrafiscalidade consiste na “redução do ônus tributário ou mesmo na eliminação de sua exigibilidade” visando interesses de ordem econômica e social, ou seja, estimulando atividades econômicas em troca de contrapartidas de ordem social, como geração de empregos, aumento de salários, redução de preços de produtos etc.

Os benefícios fiscais, são consideradas “medidas de caráter excepcional, relevantes, oriundas de lei ou norma específica, instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”. (SECRETARIA DA FAZENDA DO MATO GROSSO, 2009).

Assim sendo, têm como objetivo à consecução do bem comum, como exemplo temos: o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT); os Incentivos à Inovação Tecnológica; Depreciação Acelerada Incentivada; Lei Rouanet na área da cultura – Lei nº 8.313/9; Lei do Audiovisual – Lei nº 8.685/93; Lei de Incentivo ao Esporte – Lei nº 11.438/06; Programa Nacional de Oncologia (PRONON) – Lei nº 12.715/12; Programa Nacional de Acessibilidade (PRONAS) – Lei nº 12.715/12; entre outros.

Os incentivos fiscais fomentam o desenvolvimento, atraem novos empreendimentos e amplia os já existentes, refletindo na geração de novos postos de trabalho e no aumento da renda per capita da população, uma vez que, ao reduzir a alíquota, isentar ou compensar empresas pelo pagamento, o poder público permite que essas empresas invistam em suas operações e movimente a economia.

Somado a isso oportuniza a redução de desigualdades sociais ao desonerar a população de baixa renda do pagamento de alguns tributos, como é o caso do Projeto de Lei 8296/17, em análise na Câmara dos Deputados, que visa isentar “os produtos que compõe a cesta básica de todos os impostos, contribuições e taxas, de competência federal, estadual e municipal que sobre eles incidem direta ou indiretamente ao longo de toda a cadeia produtiva e distributiva” (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2018).

Em sua extrafiscalidade, o Direito Tributário vem sendo utilizado por meio de normas de indução, pois há um estimulador ou prêmio na concessão de incentivo fiscal com o propósito de movimentar a iniciativa privada para adesão de uma política de ação afirmativa (EROS GRAU, 2006, p.150).

No Brasil, apesar do pouco uso de incentivos tributários voltados para o campo social, a União e os Estados da federação, também possuem programas com previsão de benefícios voltados para a inclusão de deficientes físicos. Assim, na esfera da legislação federal encontramos a isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados (PLANALTO. Lei nº 8.989/1995. Art 1º, IV) na aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas² e, ainda, a isenção de Imposto sobre Operações Financeiras nas operações de financiamento para aquisição de veículos por pessoas portadoras de deficiência (PLANALTO. Lei nº 8.383/1991, art. 72, IV).

Na área da educação, o Programa Universidade para Todos -PROUNI (PLANALTO. Lei Nº 11.096, 2005) prevê, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos, a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais para cursos de graduação e sequenciais de formação específica para estudantes que tenham cursado o ensino médio completo na rede pública de ensino ou em instituições privadas com bolsa integral, aos estudantes portadores de deficiência e para professores da rede pública de ensino de determinados cursos voltados à formação do magistério da educação básica.

Ainda, de acordo com essa lei, a instituição de ensino superior que adere ao PROUNI deve adotar um termo de adesão onde conste a cláusula da reserva de percentual de bolsas de estudos destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros, em troca, essas instituições ficam isentas de alguns tributos federais como no Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ); Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS).

Outra experiência exemplificadora é a do estado de São Paulo, na Lei nº 9.085/95, que instituiu a concessão de incentivos fiscais para as pessoas jurídicas que tiverem em seu quadro pelo menos 30% de seus empregados com idade superior a quarenta anos de idade. Em 2002,

² REsp. 567.873-MG. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJ de 25.02.2004, o tema foi tratado sob o ponto de vista das ações afirmativas dando interpretação extensiva à isenção para conceder o benefício ao deficiente físico impossibilitado de dirigir.

devido ao fato de prevê isenções no imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e no imposto da propriedade de veículos automotores (IPVA) essa lei foi levada ao STF que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1276, decidiu a procedência da lei restrita ao IPVA.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) já prevê em suas normas de organização interna que, na contratação de mão de obra terceirizada, as empresas contratadas para prestar serviços ao TST terão de reservar uma cota de 5% para trabalhadores negros e na exposição de motivos o tribunal esclarece que o objetivo é "a efetivação da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho" seguindo "as políticas públicas que vêm sendo implementadas pela União e pelos Estados" (SOUZA, 2012).

O Programa Empresa Cidadã, criado pela Lei nº 11.770/2008, viabiliza a amamentação prolongada e a promoção da companhia materna nos primeiros seis meses de vida, considerando a necessidade para o desenvolvimento saudável da criança, que merece a proteção integral e prioritária e, em vista disso, destina-se à prorrogação da licença-maternidade, de 60 dias para além do período de 120 dias previsto no artigo 7º, XVIII da CF/1988, mediante a concessão de incentivo fiscal.

Então, esse período que ultrapassa o prazo constitucional, e que não é custeado pela Previdência Social, é suportado pelo próprio empregador que poderá compensar na apuração de seu Imposto de Renda da Pessoa Jurídica a diferença referente ao valor do salário da empregada (FOLLONI, 2014, p.441).

Desse modo, no campo tributário, o uso da extrafiscalidade em prol dos Direitos prestacionais é cada vez mais estimulados, pois, além de favorecer o desenvolvimento econômico, são instrumentos apropriados para a efetivação de políticas públicas inclusivas e realizadoras da Constituição.

6 CONCLUSÃO

Os Direitos Fundamentais são uma construção histórica e apresentam-se como instrumentos para o enfrentamento das desigualdades e da exclusão social no mundo. Nesse viés, os direitos prestacionais estão estritamente conectados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois prescrevem para os entes da sociedade condições mínimas de vida digna.

Nessa perspectiva, a questão da concretização desses direitos é um assunto de extrema relevância no âmbito dos Estados contemporâneos, pois sua efetivação traduz-se na realização da igualdade material, do exercício dos direitos e liberdades individuais e da justiça social. Para

isso, as políticas públicas são essenciais e a atuação diligente e funcional do Estado é indispensável, uma vez que, a justiça social é intrinsecamente atrelada à questão econômica e permite a participação autônoma dos sujeitos através da inclusão social.

Isto posto, a atividade tributária oportuniza a intervenção estatal no domínio econômico-social em nome do interesse coletivo, aumentando ou diminuindo as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Desse modo, auxiliando na realização, ou até realizando diretamente, as finalidades propugnadas pela Constituição Federal, e, também, promovendo a efetivação de objetivos constitucionais com impactos no seio social.

Por isso, encontrar mecanismos que permitam essa concretização, através de melhores escolhas na tributação pautadas na diminuição das desigualdades, é o caminho para formação de um país justo, essencialmente, em uma realidade onde os Direitos Fundamentais não sejam ignorados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
AZEVEDO, Fernando de. **Pequeno dicionário latino-português**. 5ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953, verbete status. CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As modificações do Estado no século XX**. Tese Livre docência – São Paulo: 1994.

CALIENDO, Paulo. **Tributação e ordem econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?**. Rev. Direitos Fundamentais e Democracia, Vol.20, nº. 20, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto isenta de impostos e taxas os produtos que compõem a cesta básica**. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/553828PROJETOISENTA-DE-IMPOSTOS-E-TAXAS-OSPRODUTOSQUE-COMPOEM-A-CESTA-BASICA.html>. Acesso em 21 de jan. de 2019.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 106-107, nota de rodapé n. 66.

FOLLONI, André; PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. **Tributação extrafiscal e direitos fundamentais: programa empresa cidadã e licença-maternidade**. EJLL. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 399-420, jul./dez, 2014.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A Extrafiscalidade no Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 150

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1962.

PAPADOPOL, Marcel Davidman. **A Extrafiscalidade e os Controles de Proporcionalidade e de Igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2009.

PLANALTO. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 16 de Dez. de 2018.

PLANALTO. Lei nº 8.383, art. 72, IV. **Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências**. Brasília. 1991.

PLANALTO. Lei nº 8.989/95. **Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências**. Brasília. 1995.

PLANALTO. Lei Nº9.085. **Dispõe sobre incentivo fiscal para as pessoas jurídicas que possuam empregados com mais de 40 anos na forma que especifica**. São Paulo. 1995.

PLANALTO. Lei Nº 11.096, **Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI**, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior. Brasília. 2005.

Portal TRIBUTÁRIO. **Classificação dos tributos no Brasil**. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/tributos/classificacao.html>. Acesso em 21 de Jan. de 2019.
SECRETARIA DA FAZENDA. **Nota Técnica Nº 010/09 - CGPJ/SUNOR**. Cuiabá-MT. 2009.

Disponívelem:<http://app1.sefaz.mt.gov.br/04256E4C004D9CE4/BDFDF560841CF35E04256CA7004FCD3E/5F6038496E1DDF81842576AC00632ECA>. Acesso em 21 de Jan. de 2019.

SINGER, Paul. **Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas**. 8ª ed. São Paulo: Contexto, 2012.

SOUZA, Josias de. **TST impõe cota de negros a seus ‘terceirizados’**. Blog Uol. Disponível em: <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2012/11/20/tst-impoe-cota-de-negros-a-seus-terceirizados/?cmpid=copiaecola>. Acesso em 21 de Jan. de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1276/SP**, Relatora Min. Ellen Gracie. 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1614036>. Acesso em 16 de Dez. de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REsp. 567.873-MG**. Supremo Tribunal Federal. 1ª

Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJ de 25.02.2004.

TIPKE, Klaus. **Von der formelen zur Materiellen Tatbestandslehre.** Steuer und Wirtschaft, 1993.

DIGNIDADE HUMANA E PROCESSO CIVILIZATÓRIO: O LUGAR DA EDUCAÇÃO FORMAL, DO RACISMO E DO SEXISMO NESTA DISCUSSÃO

Vânia Maria da Silva Bonfim

Resumo

Este artigo aborda a dignidade humana, imersa a processos que estruturam a sociedade, interferindo no exercício de direitos, inclusive os humanos. Tais interferências têm efeitos na expressão social da dignidade humana, como processo vivenciado no nível utópico, pois as condições de igualdade material não são facilmente postas. A psicologia social descortina a importante posição de fenômenos estruturantes como o racismo e o sexismo, produtores de efeitos sobre a consideração do outro e sobre a expressão da dignidade para afrodescendentes/negros e mulheres. A educação formal tem papel contraditório nesse processo, atuando na reprodução social de estruturantes sociais que limitam direitos.

Palavras-chave: Dignidade humana; processo civilizatório; racismo/sexismo.

HUMAN DIGNITY AND THE CIVILIZING PROCESS: THE ROLE OF FORMAL EDUCATION, RACISM AND SEXISM

Vânia Maria da Silva Bonfim

Abstract

The present article discusses human dignity, immersed in socially structuring processes that disrupts the exercise of rights, including human rights. Such disruptions have an effect on the social expression of human dignity, as a process experienced at the utopian level, since the conditions of material equality are not easily available. Social psychology unveils the importance of structuring phenomena such as racism and sexism, both of which impact the evaluation of others and the expression of dignity among afro-descendants/blacks and women. Formal education has a contradictory role in this process, acting on the social reproduction of social determinants that restrict rights.

Keywords: human dignity; civilizing process; racism/sexism.

DIGNIDADE HUMANA E PROCESSO CIVILIZATÓRIO: O LUGAR DA EDUCAÇÃO FORMAL, DO RACISMO E DO SEXISMO NESTA DISCUSSÃO

1 Introdução

A humanidade coleciona algumas grandes conquistas em seu curso civilizatório, quando se pensa na sua saída das trevas para a sua proximidade da luz. Na nossa história recente podemos citar o sufrágio feminino e a abolição da escravatura como exemplos de tais marcos de iluminação. A instauração internacional dos Direitos Humanos, em 1948, foi outra dessas conquistas robustas para alicerçar pontes que nos conduzem à maior capacidade de compreensão e de respeito à dignidade da pessoa humana. Subsumida nessa instauração, há também a ideia de que estamos condicionados a desigualdades sociais. Contudo, esse condicionamento não nos impediria de percebermo-nos iguais – percepção que poderia ser o catalizador de um senso de união. Entretanto, a ideia de respeito à dignidade humana ainda está fortemente associada ao nível teórico e idealizado dessa conquista em direitos humanos, se comparado ao nível real e material, o qual se revela permeado por desigualdades e representações sociais que acabam por forjar a vivência de um afastamento e de diferença entre as pessoas.

Os direitos humanos, enquanto norma, em seu nível teórico-conceitual, alcançam a todas as pessoas, sem distinções de quaisquer dimensões, pois têm como base o direito à vida. Isso bem esclarece Benevides, ao situar os direitos humanos como

aqueles comuns a todos, a partir da matriz do direito à vida, sem distinção alguma decorrente de origem geográfica, caracteres do fenótipo (cor da pele, traços do rosto e cabelo etc.), da etnia, nacionalidade, sexo, faixa etária, presença de incapacidade física ou mental, nível socioeconômico ou classe social, nível de instrução, religião, opinião política, orientação sexual, ou de qualquer tipo de julgamento moral. Os direitos humanos são *naturais e universais*; pois não se referem a um membro de uma nação ou de um Estado – mas à pessoa humana na sua universalidade. (BENEVIDES, 2007: 336-7)

E completa:

Direitos humanos, como assim entendem os países democráticos, decorrem da adesão teórica e concreta aos princípios que iluminaram as revoluções do século 18: a liberdade, a igualdade e a solidariedade. (BENEVIDES, 2007: 337)

Importante perceber que o esforço em constituir direitos humanos universais acaba por instaurar a assunção das necessidades da pessoa humana, tais como a sua dignidade incondicional. Numa perspectiva jurídica, pessoa humana pode ser concebida, conforme ressalta Soares, sob inspiração kantiana, como sendo “um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para realização de um eventual interesse, pois o ser humano, e de modo geral, todo ser racional existe com uma finalidade própria, sem figurar como meio do

qual esta ou aquela vontade possa servir-se ao seu talante.” (SOARES, 2016: 252). Importa garantir a defesa dessa pessoa simplesmente pelo fato de ela existir, bem como importa sublevar a capacidade de autonomia e discernimento sobre sua conduta. Assim, “[p]or sua vontade racional, ao contrário das coisas, só a pessoa humana vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Logo, todo homem tem dignidade e não tem um preço, como as coisas” (SOARES, 2016: 252). A pessoa é um processo, se a concebemos em perspectiva psicológica. Em bases humanistas, a concepção psicológica de pessoa passa pela ideia rogeriana de tornar-se pessoa. Esse processo levaria em consideração o fato de termos bases inatas para nos tornarmos seres voltados a reações positivas e construtivas, sem o imperativo de uma deliberada socialização para isso (MAUPEOU, 1974). Incidiria aí a própria busca pela socialização nessa direção desenvolvendo tal disposição. Contudo, implica para tanto a existência de um ambiente social favorável à libertação da pessoa de suas defesas – que afastam as pessoas entre si e dão a ideia de separação e diferenças – e à sua abertura a esse processo de consideração positiva de seu mundo externo e interno.

O advento dos direitos humanos assenta internacionalmente a importância e a horizontalização da concepção de liberdade da pessoa e de igualdade entre elas, independentemente de quaisquer condições. Essa conquista robusta universaliza a assunção da dignidade humana e cria condições para a vivência de um ambiente mais propício ao arrefecimento das defesas da pessoa pela consideração positiva. Entretanto, gozariam todos das mesmas condições de consideração positiva pela sociedade? Esse ambiente, com o advento dos direitos humanos e a assunção da dignidade da pessoa humana, consegue materializar-se de forma equânime para todos?

Muitos estudos, desde a década de 1990, amparados em importantes estatísticas, têm mostrado o fosso de desigualdade social entre atores importantes da nossa sociedade, como as pessoas negras e as mulheres. Implica que, para se sentir parte do meio social, tais indivíduos buscaram como grupo se tornar pessoas na medida em que construíram o processo de se autoconsiderarem positivamente, tendo que atuar no desfazimento de preconceitos e representações sociais subalternizantes. Tornar-se pessoa gerou uma vivência de sofrimento para tais indivíduos na medida em que se precisou travar uma luta social para conquista de um lugar mais humanizado. Todavia, na atualidade ainda podemos dizer que o exercício da dignidade da pessoa humana acaba sendo um ato ainda sem fluidez, emperrado em algumas circunstâncias e vivenciado no nível utópico, pois as condições de geração de igualdade material não são facilmente postas. Soares destaca a importância do suprimento de determinadas necessidades para o estabelecimento da dignidade humana ao esclarecer que

o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e a tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais da subsistência como com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante. (SOARES, 2016: 252)

Ao aventar as relações entre direitos humanos e a Carta Magna Portuguesa, Gouveia dá voz a Andrade no que diz respeito ao valor social desses e sua influência no ordenamento jurídico das nações, particularmente suas Constituições; e o Brasil não escapa a esse mesmo reflexo, sendo nação e pela íntima relação histórico-cultural com a terra lusitana. Reforça Andrade que, apesar de o valor da dignidade humana já estar dado socialmente por força da própria experiência axiológica de cada cultura (SOARES, 2016: 253), o tratamento digno aos indivíduos foi percebido como de interesse internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Independentemente, porém, do seu valor jurídico, a Declaração desempenhou e desempenha um papel histórico de relevo. Desde o momento da sua aprovação, governos, igrejas, partidos políticos, associações cívicas, grupos de interesse, entidades culturais, personalidades, homens da rua em todos os cantos do mundo, independentemente de opções ideológicas, respeitam-na, invocam-na, ou, pelo menos, temem-na. Não sendo um documento jurídico obrigatório, foi a partir dela que se começou a impor a ideia de que a situação e o tratamento dos indivíduos não é um assunto interno do Estado respectivo, mas uma questão que interessa a toda a comunidade internacional. (GOUVEIA, 1998: 281)

Apesar do ganho em perceber a igualdade da comunidade internacional e da sensação de respeito à autoridade dessa norma, no plano real da vida cotidiana, podemos encontrar condições sociais que dão lastro às desigualdades e sustentam a ilusão da diferença entre humanos e suas onerosas consequências. A metáfora supracitada sobre trevas e luz remete a dois processos que podem acontecer num contínuo, sem se apartarem, mas sim se complementando. Tanto se deixa um (as trevas), como se constrói o outro (a luz): ao se abandonar conscientemente a ignorância e a exclusiva culpabilização do outro por mazelas sociais que afetam a todos, ao tempo em que se realiza também a busca de um senso aproximado da solidariedade, expressando essa implicação através da construção de um modo de ser coletivo mais humanizado por meios e ações, como a reconstrução de leis ou normas que explicitem a igualdade material entre todos. E os direitos humanos são parte dessa expressão de norma inclusiva. Contudo, existem vendas que obstaculizam a visão, incapacitando indivíduos e grupos de perceberem as difíceis condições de vida de alguns outros, ou seja, a não materialização dos direitos humanos para todos no tocante à assunção da dignidade humana. De outra parte, uma rigidez e fixação em abordar a igualdade de modo idealizado também conduz à parca visão da realidade de desigualdades sociais.

Trazer tais direitos e a dignidade humana das pessoas ao patamar material no sentido de desfrutá-los ou exercitá-los pode ser para alguns o efeito de muitas lutas sociais num curso histórico. Assim, parte da ideia de igualdade e solidariedade habita ainda o nível da idealização para uma parcela importante da sociedade brasileira. A dignidade humana, por vezes, é aviltada por ações que guardam em si o substrato do racismo e do sexismo, o que afeta grupos como negros e mulheres, bem como as possíveis articulações entre ser homem, negro, mulher, negra, pardo(a) ou preto(a).

Como desfrutar dos direitos humanos num país que ainda tem como substrato de sua estrutura social fenômenos como o racismo e o sexismo? Trata-se de um processo de constituição de novas consciências, que conduzam a novas percepções do real e atitudes mais afins à expressão do respeito e da materialização da igualdade e da solidariedade.

2 Racismo, sexismo e dignidade humana: as condições sociais de negros e mulheres

Atualmente, um grande número de estudiosos tem se debruçado sobre temas como desigualdade social, como efeito do racismo e do sexismo. Dessa forma, têm desvelado o caráter misógino e racista da sociedade brasileira. Pesquisas e estatísticas¹ que vêm sendo divulgadas no Brasil há mais de cinco décadas, revelam difíceis condições de existência enfrentadas pelas pessoas segundo seu sexo e sua raça; mulheres e afrodescendentes (vistos como negros), especificamente, vivem sob graves desigualdades sociais – e há ainda o efeito do cruzamento dessas categorias sociais². Mulheres, enquanto gênero, e negros, enquanto raça (como construção social), estão implicados de forma subalternizada na sociedade, haja vista a reprodução de uma sociedade eminentemente sexista e racista.

Tais estudos mostraram o aprisionamento dos negros e suas culturas ancestrais em representações negativas que lhes encapsulam na qualidade de “bestiais”, “primitivos”, “incivilizados”, “inferiores” tal como seres num nível infra-humano, o que guarda certa analogia a uma coisa. Apesar de a dignidade humana ser conferida a todos os seres humanos e

¹ Ver: Carlos HASENBALG, **Relações Raciais no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Rio Fundo: IUPERJ, 1992.; Elisa LARKIN NASCIMENTO, **O Sortilégio da Cor: identidade, raça e gênero no Brasil**. São Paulo: Summus, 2003; Giralda SEYFERTH, O beneplácito da desigualdade: breve digressão sobre o racismo. In: Vários autores, **Racismo no Brasil**. São Paulo: ABONG, 2002; Delcele M. QUEIROZ, **Universidade e Desigualdade: brancos e negros no ensino superior**. Brasília: Líber Livro Ed., 2004.; Ana Célia da SILVA, **A Discriminação do Negro no Livro Didático**. 2 ed. Salvador: EDUFBA, 2004.; Fúlvia ROSEMBERG. Raça e desigualdade educacional no Brasil. In: Aquino, Julio Groppa (org.). **Diferenças e Preconceitos na escola: alternativas teóricas e práticas**. 5ª ed. SP: Summus.

² O estudo do imbricamento das categorias raça e gênero, como o de mulheres negras ou o de mulheres lésbicas, pode levar ao desvelamento e percepção de diferentes posições na matriz de dominação e, portanto, uma experiência de existência particular para cada grupo. Rompe-se com a homogeneização da experiência das mulheres e se compreendem as articulações particulares da opressão de gênero e raça.

retirá-los de um processo de coisificação, a psicologia social coleta ainda manifestações de preconceito, discriminação e estereotipização dos afrodescendentes/negros de modo a levá-los ao nível de objeto ou coisa. Esses processos se materializam em atitudes individuais, grupais ou institucionais que certamente dificultam o exercício digno da vida, em seus âmbitos materiais, simbólicos e mesmo na relação com o sagrado (a dimensão espiritual).

Assim como o gênero, a raça é uma construção social. Na sociedade brasileira, diferentemente da norte-americana, essa construção social se dá sobre os traços fenotípicos, tais como cor de pele, textura do cabelo e formato do nariz e da boca. Tais aspectos acabam sendo tidos como diferenças que encerrariam as pessoas em grupos conforme elas se assemelham entre si. E segundo o mesmo processo de levantar significados sociais a partir de dados biológicos, para o gênero, tal construção social se dá segundo a ideia de dimorfismo sexual – relacionado apenas a caracteres secundários de diferenciação dentro da mesma espécie – e as elucubrações sobre comportamentos, identidades, identificações, expressão de emoção e de racionalidade esperados segundo a genitália de nascença.

Com as pesquisas e os estudos que revelaram a prevalência histórica, no Brasil, de desigualdades sociais no exercício de direitos e no acesso material a formas dignas de existência segundo a raça e o gênero das pessoas e, após a sensibilização social e lutas protagonizadas pelos movimentos sociais, que tiveram como resultado a instauração de medidas compensatórias e de ações afirmativas, constatou-se também a capacidade plástica e multiforme da exclusão racial e de gênero. Afinal, mesmo sob o marco de ações afirmativas, como as cotas nas universidades públicas, que se deu no início do século XXI, havia uma tendência dos afrodescendentes e entre as mulheres, particularmente também entre as mulheres negras, em acessar mais os cursos superiores aos quais tradicionalmente já tinham acesso antes das cotas e já era a expectativa para o seu grupo social numa sociedade de hierarquias sexo-raciais. A máxima raciológica e sexista pugna que cada indivíduo teria o seu lugar na sociedade conforme considerações de inferioridade e superioridade, as quais incidiriam no usufruto do prestígio social ou longe dele. Assim, mesmo com ações que tentam compensar os séculos de coisificação do afrodescendente e de tutela e alienação da mulher, os anos de constrangimento a lugares desprestigiados conduziam inicialmente à permanência nos âmbitos já conhecidos, coincidindo com os lugares socialmente já esperados para essa categoria, o que reproduziu, em grande parte, o acesso a lugares de menor prestígio material e simbólico³.

³ Cf. BONFIM, Vânia M. S. **Hierarquias Raciais e de Gênero e Medidas de Reparação: sobre a participação de mulheres negras em cursos superiores no marco da Ações Afirmativas**. 2008. Dissertação (Mestrado em Educação e Contemporaneidade) – Departamento de Educação, Universidade do Estado da Bahia, Salvador.

A vivência de desigualdades sociais bem como de interações sociais raciológicas e falocentradas, como efeitos do racismo e do sexismo, contribuiria para a construção da subjetividade, incidindo como freio às projeções de desejos mais ousados ou impactando com o constrangimento à constituição dos horizontes possíveis. Ou seja, processos reducionistas de grupos sociais poderiam levar indivíduos pertencentes a tais grupos à constituição de um autoconceito distorcido de forma que atuaria diminuindo suas aspirações por uma ascensão mais ousada em relação às expectativas conservadoras da ordem social hierarquizada. A incidência do racismo e do sexismo nas subjetividades de mulheres, homens, negros ou brancos ainda é um desafio que pode ter como contributo da sua superação a constituição de novas consciências individuais e coletivas. Afinal, novas formas de conscientização sobre a existência humana podem constituir uma lógica identitária que concebe a alteridade em mesmo nível, ainda que estando em posições diferentes. Além disso, por tratar-se de uma violência simbólica⁴, a busca para que as várias categorias sociais, independentemente de seus marcadores de gênero, raça ou etnia, exercitem uma igualdade material na sociedade, é, em si, uma forma de fragmentar a potência dessa violência, como o são as ações afirmativas, inclusivas e compensatórias.

Desse modo, pode-se minimamente desconfiar que esses fenômenos sociais – racismo e sexismo – não são meros constructos ideológicos, mas têm capacidade de potencializar processos significativos, como a constituição da pessoa e das instituições, como também as ideias sobre esses constructos sociais. Tais fenômenos podem ser concebidos como formas de consciências historicamente estruturadas: “a gênese destes dois fenômenos não parte de elaborações intelectuais conscientes, mas de conflitos longínquos cujas origens se perdem no fundo do tempo, persistindo na consciência contemporânea sob forma fantasmática, simbólica e atemporal.”(WEDDERBURN, 2007: 2010)

Pode-se traçar uma analogia entre os fenômenos sociais do sexismo e do racismo. Afinal, os dois podem ser vistos como conteúdos incrustados no inconsciente do ser humano por um longo curso histórico de milhares de anos atrás até então, conduzindo a atitudes ou omissões em relação a grupos sociais, como também a construções intelectuais e afetivas e do âmbito dos valores e hierarquias sociais. A dinâmica desses fenômenos claramente alcança a estruturação da sociedade, como bem visto por Pierre Bourdieu com o fenômeno do sexismo,

⁴ O termo, cunhado por Pierre Bourdieu, desvela o processo de opressão no qual “os efeitos e as condições de sua eficácia estão duradouramente inscritas no mais íntimo dos corpos sob forma de predisposição (aptidões, inclinações).” In: BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. (Tradução Maria Helena Kühner). – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 51. Pierre Bourdieu, com o termo simbólico, quis revelar, através da teoria, “a objetividade da experiência subjetiva das relações subjetivas”. In: *Dominação Masculina*, op. cit., p. 46.

uma herança ocidental. Para o sociólogo, as sociedades europeias como um todo salvaguardaram, “[...] acima das conquistas e das conversões, e sem dúvidas em reação a elas, estruturas que [...] representam uma forma paradigmática da visão “falo-narcísica” e da cosmogonia androcêntrica [...] e que sobrevivem, até hoje, [...] em nossas estruturas cognitivas e em estruturas sociais.” (BOURDIEU, 2003: 14) Bourdieu ainda se refere a um princípio simbólico reconhecido por dominadores e dominados ao redor do qual se opera uma série de obstacularizações ou oportunizações, conforme sua posição na matriz de dominação. E esse princípio é geralmente “uma propriedade distintiva, emblema ou *estigma*, dos quais”, ressalta, “o mais eficiente simbolicamente é essa *propriedade corporal inteiramente arbitrária* e não predicativa que é a *cor da pele*” (BOURDIEU, 2003: 8). Conforme a possibilidade de analogia dos fenômenos, pode-se inferir que, com o racismo, o processo de acomodação dos temores, da competição e do desejo de dominação também se realizou em nossas estruturas social e cognitiva. Mais profundamente, em nossa disposição psicológica, parte das normatizações e regras sociais, assim como os medos mais recônditos, assemelhando-se para nós ao desconhecido, estão imersos na dimensão do inconsciente, atuando silenciosamente como sinalizador das condutas e omissões⁵. Exercitar a dignidade humana e deixar espaço para que outros a exercitem relaciona-se também com esse nível mais psicológico, isto é, passa por toda essa construção inconscientizada sobre os lugares e valores atribuídos às pessoas, as quais para serem pessoa – aquele ser capaz de conduzir-se de forma positiva e construtiva – necessitariam da vivência em um ambiente capaz de acolher a descida das suas defesas psicológicas, as quais nada mais são que barricadas para proteger-se dos avanços hostis do outro.

3 Processo civilizatório, educação formal e sua condição contraditória na contribuição à dignidade humana

Ser um membro ativo da sociedade, no sentido de estar protegido por direitos e regido por deveres, poder bem usufruí-los e cumpri-los, é condição que acaba sendo facilitada pela escolarização. Assim, a consideração como cidadão dependerá do ingresso no *cursus* da educação formal. Por força disso, a conquista da cidadania exige minimamente escolarizar-se. A partir desse ingresso, os indivíduos poderão ter a consecução de etapas que os levarão à

⁵ Pierre Bourdieu traduz a situação a partir de suas pesquisas na região da Cabília: “[...] Toda a área cultural europeia partilha, indiscutivelmente, dessa tradição (falocêntrica, androcêntrica), como o comprova a comparação de rituais observados na Cabília” (p. 14) Cabília é uma “sociedade mediterrânea”. O autor escolhe a sociedade dos berberes da Cabília para sua etnografia socioanalítica também por esta conformar estruturas objetivas e formas cognitivas de uma sociedade histórica específica. Com ela, o autor pôde fazer uma “socioanálise do inconsciente androcêntrico capaz de operar a objetivação das categorias deste inconsciente”. *Ibidem*, p. 13.

possibilidade de inserir-se na competição pelos recursos materiais (condições de subsistência...) e simbólicos (prestígio, representações...) da sociedade. A educação formal, então, tem papel importante na possibilidade de exercício da dignidade humana.

Além disso, essa sociedade pós-moderna é escritocêntrica. Desse modo, diferentemente de outras tradições – como a africana, que compartilha conhecimentos pela tradição oral –, o conhecimento é repassado por meio de escritos (em meio físico ou virtual), o que vivifica a máxima “saber é poder”. O conhecimento da escrita e da leitura são, portanto, formas de exercício de poder. Assim, aqueles que desejam entrar na disputa por melhores lugares e recursos necessitarão desse saber-poder. Entretanto, se apenas se vislumbrasse esse viés da alfabetização, ver-se-ia que muitos indivíduos ficam à margem de maiores possibilidades de desfrutar de direitos, mesmo os fundamentais como a própria educação e, com isso, o exercício pleno da sua dignidade humana fica enviesado. Quando damos cor a esses postulantes a exercitar a dignidade humana a compreensão fica mais complexa e mordaz.

Tendo uma sociedade marcada por estruturantes como racismo e o sexismo, haverá incidência desses dois fenômenos no processo de escolarização e nas instituições por ela responsáveis. Em termos da realidade brasileira, as raízes desses estruturantes foram transplantadas para o território colonial, conforme se planejava e organizava a educação nas novas terras. A historiadora da educação brasileira Otaíza Romaneli bem situa o processo:

As condições objetivas que portanto favoreceram essa ação educativa foram, de um lado, a organização social e, de outro, o conteúdo cultural que foi transportado para a Colônia, através da formação mesma dos padres da Companhia de Jesus. A primeira condição consistia na predominância de uma minoria de donos de terras e senhores de engenho sobre uma massa de agregados e escravos. *Apenas àqueles cabia o direito à educação* e, mesmo assim, em número restrito, porquanto *deveriam estar excluídos dessa minoria as mulheres* e os filhos primogênitos, aos quais se reservava a direção futura dos negócios paternos. Destarte, *a escola era frequentada somente pelos filhos homens* que não os primogênitos. Estes recebiam apenas, além de uma rudimentar educação escolar, a preparação para assumir a direção do clã, da família e dos negócios, no futuro. Era, portanto, a um limitado grupo de pessoas pertencentes à classe dominante que estava destinada a educação escolarizada. (ROMANELLI, 1984: 33)

E, ainda:

Os padres [da Companhia de Jesus – os Jesuítas] acabaram ministrando, em princípio, educação elementar *para a população índia e branca em geral (salvo as mulheres)*, educação média para os homens da classe dominante, parte da qual continuou nos colégios preparando-se para o ingresso na classe sacerdotal, e educação superior religiosa só para esta última. A parte da população que não seguia carreira eclesiástica encaminhava-se para a Europa, a fim de completar os estudos, principalmente na Universidade de Coimbra, de onde deviam voltar os letrados. (ROMANELLI, 1984: 35)

Vê-se que a educação mais formalizada nas colônias europeias, seguindo o espírito da época e também os estruturantes sociais, tiveram a intenção de manter hierarquizações já outrora culturalmente conhecidas, quais sejam, da mulher, enquanto gênero, e do

afrodescendente/negro, enquanto raça. Deduz-se também a instância educativa como um *locus* de formação e manutenção de distinções sexo-raciais no nível simbólico.

A sociedade colonial soube fazer uma transição após a abolição da escravatura de modo que as hierarquias se preservassem. Uma série de temáticas foram escrutinadas em projetos escritos às vésperas dessa abolição. Todos eles preparavam a nova sociedade, sem escravizados, e dentre eles figurava também um projeto sobre a educação. Fica claro com esses projetos que a cidadania não seria cedida para o elemento subalterno da sociedade. Justamente, tais projetos conectavam-se por fazer um trânsito para a civilização com “declaradas **exclusões assumidas**” (MENEZES, 2003: 25).⁶ É o que mapeia no período a historiadora da educação, Jaci Menezes:

[...] o que de fato *estava em jogo era a decisão sobre os partícipes da cidadania ativa*: quem decidia os rumos do país, já que não havia, em última instância, pela nação, ela própria constituída, se não formalmente (porque a Constituição do Império não se referia à instituição da escravidão), mas na prática, por herança da legislação colonial, por indivíduos que eram *senhores* ou *escravos* intermediados por uma terceira categoria, os *libertos*. (MENEZES, 2003: 21)

Menezes completa, parafraseando Rui Barbosa (diretamente implicado na produção de tais projetos):

Ainda argumentando sobre a necessidade de saber ler e escrever como base para aferir o discernimento, afirma [Rui Barbosa] que o Estado não pode prescindir do discernimento como elemento da capacidade eleitoral, uma vez que ele é uma das condições essenciais à liberdade. Como acha que o discernimento não pode ser “*indiscriminadamente atribuído a todos*”, era necessário, à falta de um sinal exterior da sua presença, aferi-lo através do critério da leitura:
Ora, é a leitura que forma o **cidadão, o homem civilizado, o homem moderno**. Esta verdade não admite controvérsia ... **Lendo é que se habilita o cidadão...** nesses tempos, quem saiba ler, lerá. E, como ler é o meio de aprender, infere-se que, onde está o instrumento aquisitivo da capacidade, aí a capacidade está. (MENEZES, 2003: 30, itálicos da autora, negritos meus).

Tais propostas, aparentemente, seriam estimuladoras da escolarização, mas sabe-se que aos negros eram vedadas formas de escolarizar-se⁶. Portanto, as propostas foram argumento para mascarar a exclusão do afrodescendente/negro do exercício de direitos e benesses sociais, impedindo, assim, que a sua voz, seus clamores e suas necessidades ascendessem a condições de ser politicamente ouvidas. Foi uma forma de constituir o pseudocidadão, pois, apesar de liberto, o negro, sendo analfabeto, não exercitaria a cidadania plena.

No período colonial, o direito fundamental da educação não era para todos – estava claro. Contudo, atualmente se busca efetivar por meio dos mais distintos grupos da sociedade

⁶ Jaci Menezes esclarece que tal proposta “não faz, em contrapartida, a campanha massiva de alfabetização, de implantação da escolarização como direito.” MENEZES. *loc. cit.*, p. 32. E ressalva que, na verdade, existia, “uma *intencionalidade de exclusão dos negros, ex-escravos* (analfabetos na sua grande maioria tendo em vista a proibição explícita de sua frequência à escola e, mesmo, pela inexistência, na lei e na prática, de uma política de escolarização dos “ingênuos”), da cidadania ativa.” *Ibidem*, p. 26. Veja que 83% da população da época estava excluída do direito ao voto.

civil organizada, bem como, por meio de legisladores e ações estatais, o esclarecimento da titularidade do direito fundamental à educação, litigando no nível das manifestações civis e das propostas de normatizações que expandam sua disponibilidade e qualidade. Contudo, é preciso vislumbrar a educação desde dentro. Após estar no *cursus* da escolarização, ou seja, sendo hóspede da educação formal, é preciso questionar se há diferenças na hospedagem dos indivíduos segundo marcadores sociais de diferenças entre eles. Isso certamente incide no desfrute desse direito fundamental que dará acesso à cidadania e ao exercício de parte importante da dignidade da pessoa humana.

A educação formal guarda em si uma eficácia no processo de reprodução da sociedade, não somente por ser um aparelho ideológico, como também por ser o *locus* onde se realiza a necessidade de escolarização, que é uma forma de garantir cidadania e, de outra parte, garante-se também o funcionamento social com suas hierarquizações. Quando se avalia essa proeminente prerrogativa da educação formal em ser um conservante social, passa-se a perceber que, no pano de fundo da função de ensino, ao contrário das crenças mais “libertadoras”, está a de manter a ordem social. Pierre Bourdieu desmistifica tal crença, ao esclarecer que “[é] provavelmente por um efeito da inércia cultural que continuamos tomando o sistema escolar como um fator de mobilidade social, segundo a ideologia da “escola libertadora”, esclarecendo que, contrariamente, “*tudo tende a mostrar que ele é um dos fatores mais eficazes de conservação social, pois fornece a aparência de legitimidade às desigualdades sociais, e sanciona a herança cultural e o dom social tratando como dom natural.*” (BOURDIEU, 1998: 41, grifos do autor). Assim, a lógica da educação formal, na verdade, é ser contraditória na sua função.

Este fato é ainda corroborado pelo papel do currículo, implícito em muitos e importantes aspectos. Vislumbrar desde dentro a educação formal, em sua expressão de sistema de ensino, revela que parte dos que estão dentro, lutam para nele sobreviver enquanto pessoa e diferente expressão cultural. Há um processo, como em toda sociedade ocidental, de hegemonização cultural, segundo a qual a cultura eleita encerra a mulher e o negro em lugares socialmente reduzidos, seja pela lógica machista, seja pela hierarquização raciológica. E o sistema de ensino não escapa a essa hegemonização. À medida que se atribuem lugares e visões reduzidas, ou seja, estereótipos aos indivíduos, segundo sua raça e seu gênero, produzem-se os Outros, ao tempo em que lhes é imputada inferioridade, e aos hegemonizados, superioridade. Os dois polos denunciam o processo de desumanização do que a pessoa é em si; afinal não se é nem inferior, nem superior a outro alguém, trata-se de mais um ente humano. O ensino formal acaba por ser, em certa medida, como afirma Barcelos, um processo do qual o(a) negro (a) escolarizado(a) é

“um sobrevivente”⁷. Existem tetos de vidro – como sumarizou a situação o movimento negro norte-americano⁸ – no processo de escolarização daqueles considerados Outros, de modo que ascendam até onde lhes é permitido exaurir suas forças, quando encontram um bloqueio invisível aos olhos, porém manifestado muitas vezes na desistência ou na redução de perspectivas desses outros, negros, mulheres...

Por isso, o discurso igualitário serve à manutenção das hegemonias, pois os desiguais, ao serem tratados com igualdades, tornam-se, de fato, insignificantes. (BOURDIEU, 1998: 56).

É o que afirma Bourdieu:

Ora, se considerarmos seriamente as desigualdades socialmente condicionadas diante da escola e da cultura, somos obrigados a concluir que a equidade formal à qual obedece todo o sistema escolar é injusta de fato, e que, em toda a sociedade onde se proclamam ideais democráticos, ela protege melhor os privilégios do que a transmissão aberta dos privilégios.

Com efeito, para que sejam favorecidos os mais favorecidos e desfavorecidos os mais desfavorecidos, é necessário e suficiente que a escola ignore no âmbito do conteúdo do ensino que transmite, dos métodos e das técnicas de transmissão e dos critérios de avaliação, as desigualdades culturais entre as crianças das diferentes classes sociais. (BOURDIEU, 1998: 53)

Diante disso, é importante enfatizar que o currículo não é neutro. Ele é, na verdade, um território contestado por diferentes grupos. E a quem ele bem hospeda? Afinal, saber é poder. Assumir um sentido para o currículo e guardar nele determinados conhecimentos é um processo de seleção, o que revela a possibilidade de termos diferentes modelos de ensino somente ao se pensar na eleição de conteúdos. Esta seleção já é, em si, uma forma de exercer poder.

Nessas relações de poder, ao longo da última década e meia viu-se operar um novo modo de seleção de conhecimentos do currículo. A Lei 10.639 de 2003 é responsável por isso. Ela alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (9.394/96), obrigando a inclusão da “história e cultura dos afro-brasileiros” nos currículos do sistema de ensino básico (fundamental e médio). A educação acaba por fornecer as condições de ser uma instituição social contraditória e, justamente por isso, pode-se também jogar com essa sua característica, tendo as circunstâncias sociais favoráveis, de modo a provocar um movimento cambiante que ceda aos clamores de mudança e transformação social que vem sendo firmemente sustentados por parte significativa das sociedades ocidentais desde a metade do século XX.

⁷ Luiz Cláudio BARCELOS *apud* Delcele QUEIROZ, *Universidade e Desigualdade: brancos e negros no ensino superior*. Brasília: Líber Livro Ed., 2004, p. 65.

⁸ O movimento negro americano definiu o dilema dos negros, nas sociedades colonizadas da América, com a noção do “teto de vidro”, pois há, através do discurso da igualdade e do acesso à educação para todos, uma falsa percepção de abertura para que os negros acessem a cidadania plena. CF: BONFIM, *op. cit.*, p. 94.

4 Conclusão

A sociedade nascida com a revolução industrial necessitou de um sistema educacional para reorganizar as forças produtivas de modo a reproduzir essa nova ordem e, com isso, gerar sua prosperidade. Os fenômenos racismo e sexismo são, em termos históricos, mais antigos e pujantes que esse marco, de modo que também nesse processo de refazimento da sociedade mantiveram-se como importantes substratos sociais. Como destacado aparelho ideológico e iminente sistema de reprodução social, a escola tem tais fenômenos como herança, os quais também perpetua em seus movimentos, sejam de ação ou omissão.⁹ No Brasil do final do século XIX, não houve esforço em incluir as populações dos diferentes no sistema educativo formal, não adentrando as massas de recém-libertos, nem mesmo as mulheres brancas. Com isso, direitos que gerariam a materialização da dignidade foram mais uma vez suprimidos.

A educação formal, com a sua prerrogativa de tempo, espaço, discursos, proliferação de ideologias, condições de “uso” dos corpos, foi um *locus* privilegiado para a realização da internalização de fenômenos como o racismo e o sexismo.¹⁰ E já no final do século XX, ainda se podia vislumbrar que fazer parte da comunidade escolar era um processo a se sobreviver, do qual fatalmente os diferentes eram expelidos ou desviados de lograr posições ousadas ou não esperadas, por força de um currículo implícito que opera, segundo a lógica de hierarquização social. Com todo esse processo, pode o direito fundamental à educação se concretizar realmente para todos e com ele uma expressão importante da dignidade humana?

É preciso enxergar a educação desde dentro e ouvir os clamores sociais por mais justiça material, sair do nível teórico-idealizado. A linha que separa a dignidade humana da coisificação e alienação de direitos deve ser assumida enquanto existente e transgredida, por vezes, segundo a posição que a pessoa ocupe na matriz de opressão. Os elementos que animam essa trama necessitam ser fortalecidos para que novas modalidades de opressões não encontrem brechas. Isso envolverá revisar diferentes aspectos do micro e do macropoder □ relações interpessoais, inconsciente e consciente coletivo, relações institucionais e políticas, feitura de leis, implementação de medidas compensatórias e a manutenção do contínuo refazimento de condições que consubstanciem a igualdade material para os diferentes grupos sociais.

⁹Cf: BONFIM, Vânia M. S. **Hierarquias Raciais e de Gênero e Medidas de Reparação: sobre a participação de mulheres negras em cursos superiores no marco da Ações Afirmativas**. 2008. Dissertação (Mestrado em Educação e Contemporaneidade) – Departamento de Educação, Universidade do Estado da Bahia, Salvador.; Louis ALTHUSSER, Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado. In: Slovaj, Žižek (org.) **Um Mapa da Ideologia**. (Tradução Vera Ribeiro). RJ: Contraponto, 1996.; Max WEBER, **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

¹⁰ Ver: Michel FOUCAULT, **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis, Vozes, 1994; **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998; MACHADO, Roberto – Por uma Genealogia do Poder *In*: Foucault, Michel – **Microfísica do Poder**. 1979, p. XVIII, grifo meu.

Contudo, esse investimento na alteração de estruturantes sociais é de longo prazo, transversal (especialmente em termos de implementação de políticas) e multidimensional – levando em conta os vários âmbitos da existência humana e de exercícios de direitos. Apesar da eficiência da educação formal no processo de reprodução social, políticas diferencialistas (como a Lei 10.639/03) desequilibram alicerces do reacionário, criando condições para a acomodação do novo e inclusivo.

É necessário fazer o processo de saída das trevas em direção à luz. As ações da sociedade civil organizada em busca de materialização da sua igualdade e dignidade interferem no processo civilizatório, no sentido da busca da iluminação. O advento das ações afirmativas e políticas diferencialistas, como as implementadas na área da educação (alterações da LDB, instauração das cotas em universidades públicas), cria novas rachaduras na antiga estratégia de exclusão sexo-racial e étnica. Contudo, o processo de exclusão parece exaurir-se quando cambiar o sustentáculo das consciências sociais para um nível em que a solidariedade seja substrato das ações operadas pelas pessoas, constituindo novos sistemas e novos produtos simbólicos sobre as parcas diferenças entre os seres humanos, quer as ditas raciais, quer as de gênero.

O desejado, o utópico, é que o processo civilizatório seja direcional e tenha uma teleologia em termos éticos – certamente será necessária séria transdução das consciências –, o qual leve ao implante de real e material solidariedade como novo paradigma de convivência. Seria um passo significativo para a caminhada de iluminação da humanidade. Existem possibilidades de que inverter a lógica; e, assim, ter como referência social o respeito ao policentrismo cultural seja tão radical que, nesse contexto, seja possível o respeito às diferentes identidades grupais e individuais que brotem das diversas experiências do viver.

A resiliência demonstrada por tais grupos de negros e mulheres em não arrefecer para com a possibilidade de materialização da sua dignidade humana, através de variados movimentos e lutas coletivos e individuais, tem como subproduto implícito o estabelecimento de aprendizados coletivos sobre como ser e estar juntos, sobre convivência no curso do processo civilizatório. E sobre esse processo, esclarece Santos que, no sentido utópico-regular, civilização “caracteriza-se pelo empenho de humanização que torna possível a convivência e a constituição de uma morada comum entre os seres humanos” (SANTOS, 2018: 138-9). Assim, em termos éticos, para o projeto civilizador é importante “lembrar que pluralidade é convivência...”(SANTOS, 2018:138-9). Essa convivência será facilitada se continuarmos observando o aspecto da disponibilidade e acessibilidade dos direitos humanos, tais como o da educação, que forja o cidadão. Importante se fazer a reflexão sublinhada por Soares de que

“[u]ma sociedade que respeita os direitos decorrentes da dignidade humana pode ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça.” (SOARES, 2016: 223). Portanto, é preciso insistir na transformação social, apesar dos grandes movimentos de conservadorismo da sociedade e suas hierarquizações, pois está em jogo a construção de uma sociedade mais solidária e capaz de sustentar o material exercício da dignidade da pessoa humana.

Referências

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado. In: Slovaj, Žižek (org.) **Um Mapa da Ideologia**. (Tradução Vera Ribeiro). RJ: Contraponto, 1996.

BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In: ROSA, Maria Godoy Silveira, et al. **Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos**. – João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

BONFIM, Vânia M. S. **Hierarquias Raciais e de Gênero e Medidas de Reparação: sobre a participação de mulheres negras em cursos superiores no marco da Ações Afirmativas**. 2008. Dissertação (Mestrado em Educação e Contemporaneidade) – Departamento de Educação, Universidade do Estado da Bahia, Salvador.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. (Tradução Maria Helena Kühner). – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BOURDIEU, Pierre. A escola conservadora: às desigualdades frente à escola e à cultura. In: M^a Alice NOGUEIRA e Alfredo CATANI (orgs). **Escritos da Educação**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis, Vozes, 1994.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 139, jul./set. 1998.

HASENBALG, Carlos. **Relações Raciais no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Rio Fundo: IUPERJ, 1992.

LARKIN NASCIMENTO, Elisa. **O Sortilégio da Cor: identidade, raça e gênero no Brasil**. São Paulo: Summus, 2003.

MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: Foucault, Michel. **Microfísica do Poder**. 1979.

MAUPEOU, Yves Marie Gilles de. A visão de pessoa na teoria de Carl Rogers. **Arquivo Brasileiro de Psicologia Aplicada**, Rio de Janeiro, 26 (1), jan./mar., 1974, pp. 55-61.

MENEZES, Jaci M. F. A república e a educação: analfabetismo e exclusão. In: **Revista da Faeeba**, vol. 12, nº 19, jan-jun, 2003.

QUEIROZ, Delcele M. **Universidade e Desigualdade: brancos e negros no ensino superior**. Brasília: Líber Livro Ed., 2004.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da Educação no Brasil (1930/1973)**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Petrópolis: Vozes, 1984.

ROSEMBERG, Fúlvia. Raça e desigualdade educacional no Brasil. In: Aquino, Julio Groppa (org.). **Diferenças e Preconceitos na escola: alternativas teóricas e práticas**. 5ª ed. SP: Summus.

SANTOS, Luciano Costa; CARNEIRO, Nadia Virginia B. (orgs.). **Contra o Golpe: caderno de democracia**. Salvador: EDUFBA: EDUNEB, 2018.

SEYFERTH, Giralda. O beneplácito da desigualdade: breve digressão sobre o racismo. In: Vários autores, **Racismo no Brasil**. São Paulo: ABONG, 2002.

SILVA, Ana Célia da. **A Discriminação do Negro no Livro Didático**. 2 ed. Salvador: EDUFBA, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 3 ed. atualizada, revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.

WEDDERBURN, Carlos M. **O Racismo através da História. Da Antiguidade à Modernidade**, 2007, (mimeo).

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

MULHERES E FARDA

Gina Emília B.O.C. Gomes
Carlos Alberto da Costa Gomes

Resumo

Exame da situação da mulher enquanto membro das Forças Armadas Brasileiras, onde ela é integrante, com ou sem encargos de família e da mulher, esposa e filha enquanto família dos membros das Forças Armadas. Suas dificuldades e progressos. A importância da visibilidade da questão decorre do fato de ainda não haver sido realizado um estudo exploratório e nem revisão de literatura própria e suficientes sob a perspectiva de gênero da relação da mulher com os militares e das mulheres militares com a profissão, considerando as relações familiares. Utilizou-se a história oral temática, pesquisa bibliográfica e documental para se percorrer a base histórica até a construção da realidade contemporânea e nesta os depoimentos daqueles que viveram esta realidade para compreender os diferentes pontos de vista. De enfermeiras à cantineiras e até esposas, inicialmente, as mulheres acompanhavam os exércitos desempenhando diversos papéis. Foram muito bem vindas, porém, não participavam dos combates. Questões de gênero, preconceitos e discriminação permearam as relações e influenciaram as regulamentações que, em diversas ocasiões, além de serem muito severas, objetivavam a exclusão pura e simples das mulheres. Outras determinavam, por exemplo, que não tivessem direito a soldo e nem fossem arraçoadas. Somente na última década do século passado a mulher brasileira pôde vestir a farda. Além da influência nas regulamentações e costumes, destacam-se, no plano familiar, situações vivenciadas pelas mulheres no cotidiano da vida militar, na sociedade e nas diversas relações. O objetivo geral é apresentar as principais características da questão de gênero nas relações familiares e profissionais nas Forças Armadas Brasileiras. Evidenciou-se a prevalência de um modelo histórico de exclusão que evoluiu para uma inclusão parcial, a caminho de uma inclusão total?

Palavras- chave: Gênero. Mulher Militar. Forças Armadas. Mulheres.

Women and uniform

Abstract

Examination of the situation of the woman while member of the Brazilian Armed Forces, where she is integrant, with or without incubencies of family and the woman, wife and son while family of the members of the Armed Forces. Her difficulties and progress. The importance of the visibility of the question elapses of the fact that yet to have been carried through an exploratory study and nor revision of proper literature and sufficients under the perspective of sort of the relation of the woman with the military and the military women with the profession, considering the familiar relations. It was used thematical verbal history, bibliographical research and documentary thematic history to cover the historical base until the construction of the reality contemporary and in this the depositions of that they had lived this reality to understand the different points of view. From nurses to females tavern-keepers and until wives, initially, the women followed the armies playing various papers. They had been very well

comings, however, they did not participate of the combats. Questions of gender, preconceptions and discrimination permeated the relations and had influenced the regulations that, in diverse occasions, beyond being very severe, objectified the pure and simple exclusion of the women. Others determined, for example, that they did not have right on salary and nor they were allowed to have ration. Only in the last decade of the last century the Brazilian woman could dress the military uniform. Beyond the influence in the regulations and customs, they are distinguished, in the familiar plan, situations lived deeply for the women in the daily one of the military life, in the society and the diverse relations. The general objective is to present the main characteristics of the question of sort in the familiar and professional relations in the Brazilian Armed Forces. It was proven prevalence of a historical model of exclusion that evolved for a partial inclusion, on the way to total inclusion?

Keywords: Gender. Military woman. Armed Forces. Women

Introdução

Há notícias de que na família primitiva a mulher se apresentava “em pé de igualdade” com o homem. Sabia como enfrentar e se defender. Eram, por essência, corajosas (CAIRE, 2002). Os “conselhos” femininos eram levados em conta até como algo “divino e profético”. Em um mundo que descortinava a regulação dos direitos, havia o costume de se permitir a ida de mulheres e até crianças à guerra para, paradoxalmente, a própria proteção e assim das famílias. Existiam leis específicas como a Lei Sálica francesa¹ que continha mecanismos para evitar que fossem ofendidas, prevendo-se multas para quem as tocassem nas mãos, nos braços e nos seios variando, respectivamente de quinze, trinta e sessenta souls de ouro².

Já nos séculos XVI a XVIII, no Antigo Regime francês, provavelmente, devido ao crescimento da influência do antifeminismo dos gregos e romanos além dos credos cristãos (que consideravam a mulher como parte do pecado), surgiu o mito da inferioridade da mulher. Contudo, mesmo assim, a companhia feminina nas forças armadas continuou sendo admitida nas condições de “escrava” ou mulher que acompanhava o marido. Quando as mulheres da família não mais o fizeram, outras, conhecidas como “mulheres que acompanhavam os exércitos” passaram a ser, toleradas, quando não “perseguidas”, (CAIRE, 2002).

Seja durante a Idade Média, seja no decorrer do Antigo regime, seja ao tempo da Revolução e do Império, elas seguiram exércitos como esposas, enfermeiras, prostitutas ou mercadorias antes que fossem reconhecidos os papéis oficiais de cantineiras, vivandeiras e lavadeiras (CAIRE, 2002, p.18).

Neste novo status, um grande número de mulheres que seguiam as tropas participava

¹ Código que regulava todos os aspectos da vida em sociedade desde os crimes, impostos, calúnia, estabelecendo indenizações e punições entre os Francos no século V (provável reinado de Clóvis I) utilizado por Carlos Magno.

² CAIRE, 2002, p.18

ativamente da vida dos soldados sendo, muitas vezes, vítimas de violência, de doenças venéreas e, inclusive, do alcoolismo. Todos os regimentos possuíam lavadeiras, vivandeiras etc. Eram tantas que houve, inclusive, regulamentação a respeito da quantidade de mulheres autorizadas a acompanhar as tropas e no sentido de não terem direito a soldo e nem de serem arraçoadas (PERNIDJI. 2010)

Com relação às poucas mulheres-soldados, a princípio, se alistavam disfarçadas de homens porque o combate, na guerra, era considerado “coisa de homem” e o papel das mulheres era ficar na retaguarda. O regime patriarcal imperava. Questões de gênero, preconceitos e discriminação permearam as relações e influenciaram as regulamentações que, em diversas ocasiões, além de serem muito severas, objetivavam o impedimento (a exclusão) puro e simples das mulheres das lutas. Embora, em outras partes do mundo, algumas mulheres tenham combatido e chegado a ocupar postos relevantes. O patriarcalismo influenciou mais que as regulamentações e costumes profissionais, destacou-se também no plano familiar influenciando situações vivenciadas pelas mulheres no cotidiano da vida familiar militar, nas suas relações com a sociedade. A importância da visibilidade da questão decorre do fato de ainda não haver sido realizado um estudo exploratório e nem revisão de literatura própria e suficiente sob a perspectiva de gênero da relação da mulher com os militares e das mulheres militares com a profissão, considerando as relações familiares.

O objetivo geral deste trabalho é apresentar as principais características da questão de gênero nas relações profissionais e familiares nas Forças Armadas Brasileiras em geral, tomando-se como referência a força de maior efetivo: o Exército.

O exame da situação da mulher enquanto membro das Forças Armadas Brasileiras, como integrante, com ou sem encargos de família e da mulher enquanto família dos membros das Forças Armadas, como esposa e filha, suas dificuldades e progressos será realizado à luz da história oral temática³, pesquisa bibliográfica e documental. Percorre-se a base histórica até a construção da realidade contemporânea, confrontando-se com os relatos, pontuando-se a mulher militar no Brasil; a chegada aos quartéis; a mulher na família militar e as considerações finais.

A mulher militar no Brasil.

Entende-se que as recentes transformações no âmbito do trabalho feminino decorrem, igualmente, das transformações da família advindas, principalmente, das relações de gênero.

³ Define-se história oral temática “Por partir de um assunto específico e preestabelecido, a história oral temática se compromete com o esclarecimento ou opinião do entrevistado sobre algum evento definido” (MEIHY, 1998, p.51)

Esse fato promoveu e ainda promove uma organização e reorganização da vida social em geral onde a característica hierárquica cultural se vê enfraquecida frente à autoridade patriarcal. Nesse contexto, apesar de ainda existirem resquícios do patriarcado na sociedade em geral, em alguns setores (em maior ou menor grau), nas Forças Armadas ele se manifesta, predominantemente, não “na dominação-exploração das mulheres pelos homens”, mas na construção do masculino e do feminino onde a hierarquia é presumida pelas próprias características iniciais das funções. Para Saffioti (2004), o patriarcado atravessa a sociedade como um todo, não se restringindo apenas ao ambiente familiar alcançando, inclusive as próprias instituições sociais. Constata-se a outra dimensão do poder que não se trata de uma relação diretamente associada ao exercício da autoridade masculina, mas de manifestações do poder simbólico que é uma forma sutil de exercício do poder. “O poder simbólico não pode ser exercido sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o constroem como poder” (BOURDIEU, 2009, p.50). Assim as relações entre as mulheres e a farda têm se apresentado, muitas vezes concebidas sob formas sutis de exercício do poder tanto na relação profissional quanto, em alguns casos, nas relações familiares.

A patronesse do Quadro Complementar de Oficiais do Exército brasileiro foi a primeira mulher (efetivamente registrada) a participar de combate. Maria Quitéria de Jesus alistou-se disfarçada de homem⁴, mas, por suas qualidades, foi admitida entre os homens na luta pela independência do Brasil na Bahia. De fato, não assinalou uma mudança, mas uma exceção, continuou sendo vedada a presença de mulheres armadas. Assim, de fato, a participação das mulheres no Exército brasileiro só veio a ocorrer durante a Segunda Guerra Mundial (1943), como enfermeiras, não como combatentes, mas, mesmo assim, cessado o conflito, foram condecoradas e na sua quase totalidade “licenciadas do serviço ativo”.

Só recentemente, na última década do século passado e primeiros anos do século XXI, a mulher brasileira passou a “vestir a farda”. A Escola de Administração do Exército – EsAEx com sede em Salvador/ BA (BRASIL a, 2011) matriculou a primeira turma de 49 mulheres, em 1992, através de concurso público. A Escola prepara recursos humanos para a Força Terrestre das áreas de Administração, Ciências Contábeis, Direito, Magistério, Informática, Economia, Psicologia, Veterinária, Enfermagem e Comunicação Social. Em 2010 a EsAEx foi transformada na Escola de Formação Complementar do Exército - EsFCEEx – englobando os

⁴ Alistou-se disfarçada de homem no primeiro Regimento de Artilharia, como soldado Medeiros. Quando desmascarada sofreu indiciamento e julgamento militar. Inocentada foi incorporada ao Batalhão dos Voluntários do Príncipe. Maria Quitéria de Jesus merecidamente foi designada Patronesse do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro, em 1996.

Cursos de Formação de Oficiais de Odontologia e Farmácia provenientes da Escola de Saúde do Exército (EsSEx), aos Cursos de Formação de Oficiais do Quadro Complementar. Ainda em 1996 foi instituído o Serviço Militar Feminino Voluntário para Médicas, Dentistas, Farmacêuticas, Veterinárias e Enfermeiras de nível superior

Em 1997 O Instituto Militar de Engenharia – IME no Rio de Janeiro - RJ, matriculou a primeira turma de alunas, com 10 mulheres no Quadro de Engenheiros Militares. A Escola de Saúde do Exército – EsSEx com sede no Rio de Janeiro –RJ, igualmente naquele ano (1997) matriculou e formou a primeira turma de oficiais médicas, dentistas, farmacêuticas, veterinárias e enfermeiras de nível superior, para o Quadro de Saúde do Exército.

Em 1998, foi instituído no Exército o Estágio de Serviço Técnico, para profissionais de nível superior que não fossem da área de saúde. Foram incorporadas 519 mulheres advogadas, administradoras de empresas, contadoras, professoras, analistas de sistemas, engenheiras, arquitetas, jornalistas, entre outras áreas das ciências humanas e exatas, atendendo às necessidades de Oficial Técnico Temporário (OTT) da Instituição.

A Escola de Saúde do Exército em 2001, também instituiu concurso público para o preenchimento de vagas femininas no Curso de Sargento de Saúde que passou a funcionar em 2002.

Em nosso país a primeira academia militar que admitiu mulheres em seu corpo de cadetes foi a Academia da Força Aérea- AFA (BRASIL b, 2011). Ingressam por concurso público e fazem o curso com quatro anos de duração. Além do ingresso através da Academia da Força Aérea as mulheres também podem ingressar nos cursos de adaptação para médicos, dentistas e farmacêuticos (CAMAR/CADAR/CAFAR), e no quadro de oficiais engenheiros da Aeronáutica. Cabe registrar que no ano de 2011, finalmente tivemos a primeira mulher brasileira a comandar um caça a jato, a tenente-aviadora Carla Alexandre Borges.

Em 1980 a Marinha do Brasil passou a incorporar mulheres nos serviços nas áreas de medicina, engenharia, arquitetura, construção civil, pedagogia, contabilidade, administração, direito, história, comunicação social, além de museologia, biblioteconomia, informática, economia, serviço social, psicologia, entre outras com a criação do Corpo Auxiliar, evidenciando o pioneirismo na participação de mulheres nas Forças Armadas. Mais tarde, foi ampliado para outros quadros da força. Em 2012 foi promovida a primeira mulher a Oficial General das Forças Armadas Brasileiras, a Contra Almirante Dalva Maria Carvalho Mendes, médica. Em 2014 foi admitida a primeira turma de Aspirantes femininas com 12 vagas para o oficialato. A partir de 2017 as mulheres na marinha também podem fazer parte do Corpo de Praças da Armada.

Em 2016 foi dado o primeiro passo para o ingresso de mulheres na Academia Militar das Agulhas Negras. Após um longo período de preparação para a admissão de mulheres na AMAN, que incluiu além da capacitação dos militares envolvidos na formação, medidas burocráticas, administrativas, jurídicas e obras estruturais, foram admitidas, em 2018, 34 mulheres oriundas da Escola Preparatória de Cadetes do Exército (EsPeCEX, 2017), em Campinas SP. Esta é a primeira turma mista de novos cadetes da AMAN. Elas compartilham, igualmente, com os demais cadetes dos mesmos exercícios e instruções previstos ao longo do curso. A formação tem a duração de cinco anos sendo que o primeiro ano é feito na EsPeCEX (Campinas) e dos demais na AMAN (Resende).

Assim as mulheres podem ingressar nas três forças, como praças ou como oficiais. Mesmo assim, a presença da mulher militar nos quartéis caracterizou uma mudança significativa que será examinada a seguir.

A chegada das mulheres aos quartéis

A visão inicial dos homens

A cultura militar brasileira é resultado de cinco séculos de história que caracterizaram uma verdadeira Nação Armada (Hayes, 1991). Nas primeiras milícias, no Terço de Tropa, nos engenhos e fazendas e nas Entradas e Bandeiras, de forma quase que exclusiva, o comando e a luta cabiam ao homem, restando à mulher, além da carga e da roça (costume indígena) o papel de coadjuvante. Desta forma o linguajar, a virilidade, os alojamentos, os uniformes, as práticas, os regulamentos são resultantes desta cultura que foi institucionalizada em regulamentos. Destaca-se a contribuição da própria formação realizada nas Forças Armadas. Apesar do histórico embate na definição do modelo de formação militar que gerou tanto os “Engenheiros e Bacharéis Militares” formados nas escolas, como os “Práticos Tarimbeiros” formados nas lides das campanhas do século XIX, que evoluiu para o modelo atual de formação profissional, nunca houve, nem em tempos recentes, mesmo após a inclusão da mulher nas Forças Armadas de um número considerável de países, a aceitação plena de sua presença nas escolas militares. Em essência, o sistema que formou no passado ainda é o mesmo formador dos profissionais das armas. São estes militares que receberam as mulheres em seu local de trabalho. Alguns relatos de oficiais que estavam em funções de comando em unidades que receberam as primeiras mulheres possibilitam entender parte da questão de gênero:

Falando sinceramente não entendia e não entendo a presença da mulher dentro de um

quartel, em um hospital pode ser, mas no quartel? Não aguentam correr, saltar, são cheias de frescuras, de unhas, de cabelo, para que uma mulher quer ser militar? Terminou que alguns não aguentaram e se enrolaram com elas (risos).

Quando participei do combate aos subversivos vi mulher muito brava, um perigo com uma arma na mão, mesmo assim eram exceções, nunca imaginei elas na linha de frente no nosso lado, e eu estava certo. Quando as primeiras chegaram no QG foi um aperto, não se podia falar claramente com elas, choravam por qualquer coisa, bastava uma chamada de atenção e vinha aquela chantagem, olhos cheios de lágrimas. Ainda bem que fui embora.

Apesar de presentes há mais de uma década nos quartéis elas, as mulheres de farda ainda são vistas com reserva.

Hoje existem mulheres que deixam muitos homens para trás nas corridas, na barra, são fortes mesmo, mais que muito homem metido a machão, mas, sinceramente, não consigo imaginar participar de uma operação junto com elas, não sei, não sinto a mesma confiança, se elas fossem combatentes não sei o que poderia acontecer na hora “H”.

São eficientes, muito boas de trabalho burocrático, técnico, mas ainda não assimilaram por inteiro a mística do militar, não sabem se impor para valer. Se escalo uma mulher eu tenho que colocar um Sargento bom para impor a autoridade. Quando recebem uma missão de última hora ponderam, questionam, querem explicações, mas acho que um dia vão chegar lá.

Sem possibilidade de exagero, a mulher era vista a partir de estereótipos criados e mantidos pela cultura militar. Vale ressaltar uma grande mudança a esse respeito na atualidade.

A visão das mulheres de farda

Tudo ainda é muito novo e necessita de adaptações, pois até então os militares estavam acostumados a trabalhar com homens. Quando as mulheres “vestiram a farda” afloraram questões como as identificadas na fala de uma mulher que deixou o serviço ativo:

Uma das coisas que me incomodava muito na vida militar era o fato de que mulher tinha que ser igual ao homem. Mas nós não somos homens! Isso não quer dizer que somos melhores nem piores, mas mulher é diferente sim! Por acaso homem menstrua? Amamenta? Tem uma sobrecarga maior na criação dos filhos? Tem uma voz fina na hora de comandar? Parece que o homem é o modelo ideal do exército e a mulher tem que ser bem parecida com eles para ser uma boa militar. Nós tínhamos que ter uma voz de comando grossa e não fina como a das mulheres em geral. Em minha opinião, essa suposta igualdade que eles pregam, não passa de dificuldade em lidar com as diferenças onde o modelo ideal é o homem, de preferência forte, que atire bem e corra muito. Não há muito espaço, nem valorização das diferenças, porque no fundo parece que todos têm que ser "padrão". Eu via isso como uma robotização das pessoas e uma desvalorização do feminino...

Na faculdade e no meu emprego anterior, existiam mais mulheres que homens, na EsAEx entre os alunos, tudo bem, mas quando cheguei no QG eu fui a primeira mulher fardada, era engraçado, todos me olhavam como coisa de outro mundo, mesmo existindo um bom número de funcionárias, de secretárias etc. aonde eu chegava mudavam de assunto. Foi assim por um bom tempo, mais até aí tudo bem, o problema era na hora de despachar com XXXX, estava na cara que ele se sentia desconfortável,

parecia não acreditar...tive de provar minha capacidade todos os dias, foi cansativo. Sem querer comparar, com os homens era diferente...

Observa-se nos depoimentos selecionados, existem outros que descrevem as mesmas situações, um desconforto ou desajuste na expectativa do papel da mulher fardada. Na verdade, não se podia pretender que a mulher fizesse “papel de homem” nas Forças Armadas. Certas características masculinas esperadas das mulheres de farda são incompatíveis com a igualdade dos sexos e das funções bem como com a valorização e respeito às diferenças.

Percebe-se uma tendência vocacional nova para o contexto, mas, ao mesmo tempo, desafiadora considerando as implicações decorrentes. A percepção inicial do trabalho feminino da mulher como força auxiliar (enfermeiras, médicas etc.) não constitui dado novo, porém a função da mulher militar ainda pode ser considerada de vanguarda, ou seja, inovadora. Trata-se de vencer desafios diários e assumir as escolhas, pois certamente estas terão algum tipo de impacto sobre as relações familiares.

A família das mulheres de farda⁵

Os pais das mulheres militares disseram que gostam e apoiam a carreira escolhida pelas filhas:

Penso que ela trilhou no caminho certo, pois a vida militar é muito disciplinar, tem boas oportunidades, além de apoiar "os seus - ou seja, os filhos da Pátria", pois são unidos, se visitam muito e estabelecem laços de apoio. Para minha filha, foi só ganho: posição social, salário razoável com a função, apoio de toda forma.

Se a mulher é solteira menos mal por outro lado se é casada ou convive com companheiro vai depender muito da profissão do mesmo. Caso seja também um militar menos mal, mas se tiver outra profissão pode ser mais difícil. Pode ser, pois há caso comprovado de perfeita compatibilidade, mas, nesse caso pelo menos por algum tempo, o esposo abriu mão do seu trabalho para acompanhar a mulher militar. Importante salientar que isso é raro de acontecer, mas não é impossível. Com referência às movimentações, ou seja, nas transferências de cidade das profissionais militares, percebe-se que há influência no caso do esposo (civil) também exercer alguma profissão estável (CAIRE, 2002). Nesse caso é mais compreensível, para a Força, a mulher acompanhar o marido. Mas o contrário, em tese, não se verifica, ou seja, o esposo não pode ser movimentado para acompanhar a mulher (civil) de profissão estável. A situação pode se complicar, também, nas movimentações quando a mulher militar é casada com

⁵ Foram colhidos depoimentos sobre este aspecto, porém devido ao universo pequeno, julgou-se melhor não transcrevê-los para preservar os depoentes devido a facilidade de identificação.

outro militar de patente inferior. Em certas situações afloram preconceitos e discriminações. Pode haver problemas na conciliação da vida profissional com a vida familiar em face da direta relação da mulher à família como ocorre em qualquer profissão. No entanto observa-se a tendência de casamento entre militares identificada no depoimento dos pais de mulheres de farda:

Respeitam, valorizam a mulher como profissional de destaque, pois a maioria delas, geralmente casa entre eles e isso se torna interessante.... casais com as mesmas funções, os mesmos laços de amizade, as mesmas viagens

Outro depoimento de uma mãe, feliz pela filha ter escolhido a carreira militar:

Posso dizer que sou suspeita para falar da carreira militar, pois, como esposa de militar sei bem como é. Quando minha filha resolveu seguir a a carreira do pai, na área do Direito Militar da Aeronáutica, fiquei feliz pois é uma carreira que apresenta estabilidade, ambiente solidário entre os colegas de trabalho e oportunidade de ascender profissionalmente. Por isso estou feliz pela escolha que ela fez.

A mulher na família militar

Em geral os militares historicamente casavam-se com mulheres ditas “de família”, educadas para cuidar do marido e dos filhos (D’INCAO in DEL PRIORI, 2010). As esposas dos militares largavam (e ainda largam) tudo para acompanhar os maridos. Tudo quer dizer casa, família, amigos, trabalho, estudos, em alguns casos os filhos. Enfim a mulher do militar em geral muitas vezes abdica ou adia projetos de vida para acompanhar o marido ou o companheiro principalmente do Exército que é a Força que mais transfere oficiais e praças. Antigamente se casavam mais cedo e por isso, muitas delas não concluíam os estudos e passavam a morar em lugares distantes e desprovidos de escolas ou com apenas para os níveis fundamentais por isso mesmo não conseguiam alavancar nenhuma carreira profissional, nenhum trabalho, pois os lugares eram tão precários que o próprio trabalho consistia no desbravamento da terra pelos maridos militares. Eram e algumas ainda são neste nosso país de dimensões continentais assim como nesta estrofe da poesia de Neyde Cabral (1969):

A nossa vida é um misto emocionante/
De cigano, guerreiro, bandeirante/
Sempre longe dos entes mais queridos/
Companheiras das lutas dos maridos/
A segui-los por ásperos caminhos/
Achando rosas onde houver espinhos.

Atualmente as mudanças nas relações de gênero decorrentes dos processos de individuação da vida em sociedade têm repercutido na vida familiar militar e a figura da esposa que cuida da casa, dos filhos e do marido vem dando lugar àquela que procura também algum tipo de realização pessoal como no estudo e/ou no trabalho. Em parte, isto tem acontecido

devido ao aumento da idade média dos casamentos (ARAÚJO, 2005) assim já se constrói a vida de casada a partir de uma profissão ou um nível de estudos mais elevado.

Tudo isso é bom, mas pode ser também muito complicado. Um processo de mão dupla. Por um lado, existe o desejo de se exercer uma profissão remunerada ou não, para se sentir útil ou até mesmo proporcionar melhores condições de vida e sobrevivência para si e seus familiares, pois a necessidade econômica é real. Por outro lado, há um misto de expectativas e conflitos pessoais especialmente se os filhos ainda forem pequenos porque nem sempre se pode contar com a rede familiar de apoio e assistência, moram longe de todos. Isso é difícil de ser compreendido quando não se vive ou viveu essa experiência. Além do mais é também muito difícil encontrar um emprego quando não se conhece nada nem ninguém no lugar onde passam a residir. Há inúmeras dificuldades de adaptação nas cidades aonde chegam:

Estar total ou parcialmente “deslocado” em toda parte, não estar totalmente em lugar algum (ou seja, sem restrições ou embargos, sem que alguns aspectos da pessoa “se sobressaiam” e sejam vistos por outras como estranhos), pode ser uma experiência desconfortável, por vezes perturbadora (BAUMAN, 2005. p.19).

Porém verifica-se que todas aprendem a lidar com isso, enfrentando situações das mais inusitadas como algumas relatadas a seguir:

Lembro de muitas vezes ter tido saudades da minha família, do meu emprego que deixei quando me casei, porque não era público; de viver muito a vida de quartel, porque mesmo em casa, morando em vila militar todos os assuntos giravam em torno disso.

Num misto de consciência e resignação uma opinião sincera:

Acho, não tenho a certeza, que a mais prejudicada fui eu. Abdiquei da minha vida em prol do meu marido e meus filhos. Já que não sou concursada, ficava difícil arranjar emprego. Quem iria querer empregar uma pessoa que, em algum tempo determinado, iria embora do Estado? Às vezes arrependo-me disso e outras vezes não, afinal abria mão de uma vida que era minha. Não me arrependo, principalmente, porque meus filhos são pessoas de bem. Todos formados, trabalhando. Frustei-me por não trabalhar, mas realizei-me como mãe. Comecei assim pelo casamento e, acabei gostando de mudar-me. É cansativo, mas...

Cabe ressaltar o caráter solidário da família militar. Os laços de amizade que se formam marcam profundamente a vida das famílias. Pessoas e ocasiões são lembradas com carinho e afeto. Em determinados momentos os amigos, vizinhos e colegas de quartel se apresentam e representam as próprias famílias. Vive-se numa perfeita “comunidade” de vida e de destino (BAUMAN, 2005). São milhares de “sobrinhos” e “sobrinhas” espalhados pelo mundo. Por outro lado, “com o fato de estar longe da família a gente aprende a se virar sozinha, ou seja, fica mais independente, ou amadurece”.

Todas as mulheres são unânimes quando se referem às pessoas e lugares que conheceram:

Conheci pessoas maravilhosas que eu jamais irei esquecer, conheci outros lugares e culturas...lembro de muito trabalho com mudanças, transportadoras perdendo caixotes... Também foi uma experiência enriquecedora no sentido de termos a oportunidade de conhecermos outros estados e culturas.

Com frequência foram reproduzidas situações como a narrada a seguir:

Sim, algumas vezes me senti constrangida com o fato de que certas pessoas afirmavam que eu seria uma “madame” que nada fazia, porque os soldados trabalhavam em nossas casas... que vivíamos de festas, chás e jantares. Que os militares nada faziam nos quartéis...

Quanto aos filhos e, em especial às filhas, sempre as reclamações porque não têm/tinham amigos e/ou por terem, toda hora, de deixá-los e fazerem novas amizades, porque precisam trocar de colégio e até de faculdade, tem sido um sentimento comum, como o do depoimento a seguir:

Constantes mudanças ao longo da vida, o que acarreta a inexistência de amigos de infância e adolescência com forte vínculo. Na adolescência, principalmente, isso é muito importante para a mulher, pois retira a sua referência, inclusive, de comportamento, com relação às amigas.

Algumas entendem que “o meio militar é essencialmente machista, em grau maior que o meio civil, portanto, a educação da mulher é mais repressora, especialmente com relação à sua sexualidade”. Quanto à sociabilização encontrou-se o seguinte depoimento:

A filha do militar acaba tendo que participar do círculo de amigos dentro do grupo da família militar, pelas constantes mudanças, mas nem sempre é o grupo com o qual se identifica, pois, achar o verdadeiro grupo, círculo de amigos, demanda tempo e nem sempre existe, pelas constantes mudanças.

Tem que estar sempre se adaptando ao lugar e às pessoas que conhece, e, assim, por vezes, tem que deixar suas vontades e personalidade de lado, vida de camaleão.

Em algumas ocasiões a vida social (novamente devido às mudanças), fica consideravelmente limitada ao ambiente familiar militar o que provoca para os filhos e, aqui enfocando as filhas, um “isolamento da vida usual e, quando acaba, existe um verdadeiro choque, sobretudo quando muda de meio – e passa a viver longe do antigo círculo que, de alguma forma, a isolava e protegia, mas que também tolhia”.

Perguntado a uma mãe (civil) de uma mulher militar se sentia que o ambiente é permeado por ideias patriarcalistas (de dominação das mulheres pelos homens?), obteve-se a resposta afirmativa que não havia dúvidas que estão em plano de submissão aos homens:

O homem nas forças armadas ainda representa o poderio, o controle, o modelo a ser seguido e uma coisa eu notei... as esposas deles quando não são da vida militar, são submissas às missões deles como festas, cuidar de filhos, apesar de terem vida boa, são objetos representativos, não cuidam da vida profissional, mas as que se casam com colegas, não. Participam das mesmas conversas, mas em plano de retaguarda.

Essa impressão enfatiza a visão de certa forma, preconceituosa, das pessoas que não

conhecem as dificuldades de uma vida “nômade”, de ter uma vida profissional paralela, principalmente, quando não se é concursada ou até mesmo de não trabalhar fora por opção, e, por opção, acompanhar o marido/companheiro, se ocupar de cuidar dos filhos em detrimento de qualquer outra atividade. Afinal não importa o que as mulheres fizerem serão, muitas vezes criticadas e julgadas mesmo que por outras mulheres. São imputadas responsabilidades além de submissões que, na verdade, resultam da sua inserção como esposas, além de mulheres, na estrutura social dos esposos, inúmeras vezes necessárias. Não tem como ser objeto representativo pode-se participar ou não e até apoiar ou não simplesmente.

A sociedade militar é muito hierarquizada e essa hierarquia também se estende às relações familiares. Em alguns aspectos isso não é bem compreendido, mas em determinadas ocasiões e lugares é aceitável.

Considerações finais

Se no passado as leis determinavam, por exemplo, que não tivessem direito a soldo e nem fossem arraçadas, somente na última década do século passado a mulher brasileira pôde efetivamente vestir a farda. Ainda hoje, quando se trata da movimentação de mulheres, é mais fácil que o homem consiga justificar e provocar a transferência da mulher (esposa ou companheira) que a mulher fazê-lo em relação ao homem (esposo ou companheiro). À luz dos depoimentos e das informações oficiais das Forças Singulares ficam evidentes a permanência das questões de gênero nas relações profissionais e familiares militares. Os preconceitos e discriminações do passado, ainda que minorados pelas legislações e políticas afirmativas, continuam permeando as relações sociais e influenciando as regulamentações que impedem um convívio harmonioso da mulher e do homem nas Forças Armadas.

Além da influência nas regulamentações e costumes destacam-se em relação a mulher, como esposa e filha, no plano familiar, os efeitos de uma socialização específica, entrecortada por inúmeras mudanças que terminam por impedir a construção das teias de relações (ELIAS, 1994) que sustentam a inserção na sociedade de seu tempo, vivendo-se em constante mudança de lugares, mas aprisionadas em uma única cultura.. Em relação às mulheres e farda evidenciou-se a prevalência de um modelo histórico de exclusão que evoluiu para uma inclusão parcial e atualmente pode-se dizer que caminha para a inclusão total.

Referências

ARAÚJO, Clara & SCALON, Celi (Orgs). **Gênero, família e trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto

Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL(a)- Exército Brasileiro: <<http://www.exercito.gov.br/web/ingresso/linha-do-tempo>>, acesso em 20 de maio de 2011.

BRASIL Exército Brasileiro:< <http://eb.mil.br>> acesso em 11 de fev.2020

BRASIL(b)- Força Aérea Brasileira:< <http://www.fab.mil.br/portal/capa/index.php> >, acesso em 20 de maio de 2011.

BRASIL Força Aérea Brasileira:<<http://www.fab.mil.br>> acesso 11 de fev. 2020.

BRASIL(c)- Marinha do Brasil: <<http://www.mar.mil.br/>>, acesso em 20 de maio de 2011.

BRASIL Marinha do Brasil :<http://www.marinha.mil.br/mulher-namarinha>> acesso 11 de fev.de2020. –

CAIRE, Raymond. **A mulher militar**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2002.

DEL PRIORI, Mary (Org.) & PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2010.

HAYES, Robert A. **Nação Armada – A mística militar brasileira**, tradução de Delcy A. Doubrawa, Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército, 1991.

ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed. 1994.

MEIHY, José Carlos Sebe Bom. *Manual de História Oral*. São Paulo: Edições Loyola, 1998.2. ed.

PERNIDJI, Joseph Eskenazi. & PERNIDJI, Mauricio Eskenazi. **Homens e mulheres na Guerra do Paraguai**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2010.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

A OBSOLESCÊNCIA TÉCNICA PROGRAMADA, A TECNOLOGIA E OS IMPACTOS PARA O CONSUMIDOR

Maurício Lima Tavares Gonçalves
Edinelia Maria Rodrigues de Almeida

RESUMO

Tema: a obsolescência técnica decorrente do avanço tecnológico. Analisa conseqüências que o progresso científico provoca sobre produtos, serviços no mercado de consumo, focando sobretudo obsolescência técnico-funcional. Demonstra como consumidores brasileiros podem lutar contra aspectos negativos da obsolescência técnica, como podem ser protegidos à luz da jurisprudência, direito consumerista. Metodologia: método dedutivo partindo de pesquisas bibliográficas, jurídicas, mídia. O artigo descreve formas atuais de obsolescência, enfatizando a técnico-funcional, sua relação estreita com inovação, evolução no mundo, como influencia consumidores. Apresenta principais problemas com produtos, serviços, aponta respostas eficazes que jurisprudência, direito consumerista vêm dando contra infrações nas áreas civil, administrativa, penal.

Palavras-chave: Obsolescência. Direito consumerista.

PLANNED TECHNICAL OBSOLESCENCE, TECHNOLOGY AND IMPACTS ON CONSUMER

ABSTRACT

Theme: technical obsolescence as technological advance effect. It analyses consequences scientific progress cause on product, services in consumption market, focusing mainly on technical/functional obsolescence. It demonstrates how Brazilian consumers can fight against technical obsolescence negative aspects, how consumers can be protected in light of jurisprudence, Consumers Law. Methodology: the deductive method from bibliographic, legal, media researches. The article describes current obsolescence forms, emphasizing technical/functional obsolescence, its close relationship with innovation, evolution worldwide, influences on consumers. It presents main problems with products, services and it points out effective answers jurisprudence, Consumers Law have given in civil, administrative, criminal law against infringements.

Keywords: Obsolescence. Consumers Law.

1 INTRODUÇÃO

O problema da obsolescência de produtos e serviços tem gerado conseqüências extremamente danosas para o meio-ambiente e a ecologia, o bem-estar e a satisfação dos consumidores e para suas economias e finanças.

O objetivo aqui é analisar de que maneira a obsolescência e sua estreita correlação com a tecnologia podem ser tratadas à luz da doutrina do Direito do Consumidor, a fim de minimizar males tanto de ordem ambiental e ecológica, como psicológica e comportamental, bem como econômica e financeira para o consumidor brasileiro.

Atualmente, há três formas conhecidas de obsolescência, a saber:

- a) Programada ou Planejada, com fins meramente econômicos e comerciais;
- b) Perceptiva ou Percebida, cujos objetivos são socioculturais, comportamentais, psicológicos e mercadológicos;
- c) Técnica ou Funcional que atende aos avanços tecnológicos, desenvolvimentistas.

Muitas vezes um mesmo produto ou serviço ostenta as três formas de obsolescência acima citadas, neles presentes em graus diferentes de proporcionalidade, conforme o objetivo do lançamento do produto ou serviço no mercado seja preponderantemente econômico, mercadológico ou tecnológico, respectivamente.

No entanto, este trabalho pretende focar sobre a Obsolescência Técnica ou Funcional pelo fato de ser, das formas de obsolescência, a de mais difícil tratamento à luz da tutela proporcionada ao consumidor brasileiro pela doutrina do Direito do Consumidor.

A dificuldade é decorrente da marcha inexorável do avanço tecnológico e desenvolvimentista nos tempos atuais, o que torna muitas vezes impossível detectar o dano ao consumidor embutido sob o disfarce de avanço tecnológico, o que não ocorre com as outras formas de obsolescência acima citadas, a programada e a perceptiva, cujas conseqüências danosas são mais claramente identificáveis.

Assim, este estudo pretende abarcar as interfaces da Obsolescência Funcional não só com o desenvolvimento tecnológico mas também com suas conseqüências tanto econômicas, como sociais e comportamentais, bem como também ambientais e ecológicas.

Mas sobretudo as implicações jurídicas decorrentes da Obsolescência Técnica intrinsecamente relacionada com o desenvolvimento tecnológico é o que pretende analisar este trabalho.

A metodologia empregada é a do método dedutivo a partir de pesquisas bibliográficas e midiáticas.

2 DAS FORMAS DE OBSOLESCÊNCIA

Conforme literatura existente sobre o conceito de obsolescência, Slade (2006), atualmente, há três formas conhecidas de obsolescência, a saber: a programada ou planejada, a perceptiva ou percebida e a técnica ou funcional, como descrito a seguir.

2.1 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA OU PLANEJADA

É a obsolescência praticada pelos fabricantes com o objetivo meramente econômico e comercial de implementar vendas, que são adicionalmente aceleradas pela falha prematura, propositalmente programada ou planejada de determinado componente do equipamento, cujo fornecimento no mercado é objeto de exclusividade do fabricante do equipamento, e cujo preço de venda se torna excessivamente inflado no sentido de induzir o cliente a adquirir um produto totalmente novo e descartar o produto defeituoso por inteiro. É comumente observada em impressoras, cujo reparo se torna inviável devido à falha constatada em um chip interno, por exemplo.

2.2 OBSOLESCÊNCIA PERCEPTIVA OU PERCEBIDA

Atende a objetivos puramente mercadológicos, explorando aspectos comportamentais, socioculturais, emocionais e psicológicos do mercado, cujos integrantes são condicionados, na maioria das vezes pela propaganda agressiva da mídia, a satisfazerem seus anseios de desejabilidade, necessidades de auto-afirmação ou até mesmo por modismo, através da compra do novo, do lançamento mais recente, percebido sempre como superior ao antigo. Utiliza-se da idéia que faz a população crer que a felicidade é uma consequência da posse de materiais. É o caso de muitos modelos de telefone celular, sendo o exemplo mais marcante o dos *smartphones*.

2.3 OBSOLESCÊNCIA TÉCNICA OU FUNCIONAL

Decorre do avanço natural e do progresso inerente à evolução do ser humano e seu *modus vivendi* ao longo do tempo. Assim como os antigos se valiam do arco e da flecha para guerrear, atualmente esse modo arcaico de garantir o domínio de outros povos e seus territórios se faz através de armas de fogo ultramodernas, às quais se pode chegar apenas e tão somente devido ao aparecimento de novas tecnologias, em especial a química, que possibilitou o desenvolvimento da pólvora, e a mecânica, que permitiu aos humanos a fabricação de artefatos

de guerra apoiados em descobertas no campo dos materiais. Diz-se que o arco e a flecha se tornaram tecnicamente ou funcionalmente obsoletos em face das armas de combate hoje em dia postas em prática no mundo. E este avanço tecnológico, desenvolvimentista dos apetrechos utilizados é apenas uma das facetas do chamado progresso material da humanidade em sua trajetória sobre a face da terra. Da maneira como tem ocorrido e sido observado, é reputado como gradativo e irreversível, inexorável.

3 A OBSOLESCÊNCIA TÉCNICA E FUNCIONAL ATRAVÉS DO TEMPO

Uma das vantagens de se ter mais idade é poder reunir ao longo dos anos vividos uma gama maior de experiências vivenciadas que, pelo fato de se constituírem em experimentos reais sofridos pelo próprio corpo, mente e espírito, nestes produzem marcas indeléveis que ficam perenemente gravadas, incapazes mesmo de serem esquecidas, como costuma acontecer com o texto algum dia lido de um livro, a recordação de uma cena visualmente presenciada ou até mesmo sons percebidos em um evento ou situação qualquer.

A experiência sensorial do tato parece ser de longe a mais impactante entre todas as captadas pelo ser humano no transcurso de sua vida.

Assim é que, ao fazer um retrospecto de sua vida, o ser humano pode se dar conta de quantos utensílios foram por ele utilizados e agora não o são mais, em parte pela mudança de paradigmas decorrente da filosofia norteadora do emprego das coisas e apetrechos, como também em virtude de avanços tecnológicos, frutos do desenvolvimento constante da ciência e do progresso da tecnologia.

Quem tem um certo tempo de vida com certeza se lembra de utensílios, objetos e conceitos hoje em dia considerados arcaicos como a tábua de logaritmos, a régua de cálculo, a máquina de escrever, a máquina fotográfica convencional, o mimeógrafo, a abreugrafia e muitos outros, que caíram em desuso por força do aparecimento de novas idéias, inventos e produtos de uso mais rápido, prático, de melhor resultado, mas nem sempre de custo mais barato.

No contexto histórico, para compreender em todo o seu alcance os avanços tecnológicos dos dias de hoje, é mister retroceder um pouco mais no tempo para constatar que, antes de 1968, não eram aceitas cópias de documentos feitos por fotocopiadoras, leia-se dos fabricantes Xerox®, 3M® e outros, por absoluta falta de confiabilidade na qualidade das cópias. Esta última razão combinada com a burocracia exercida autoritariamente pelas repartições públicas, bem como o receio da perda de receita proveniente da dispensa dos custosos e medievalmente demorados serviços de cópia escrita manuscrita por parte dos

escrivães dos cartórios.

No contexto político, outras razões também pesavam a favor dessa proibição, sendo a mais relevante a de que, por força do regime de governo vigente no Brasil à época, o franqueamento do uso das fotocopiadoras, aí incluídos os aparelhos de *fac simile* (fax), apresentava grave ameaça ao severo controle de informações exercido pelo Estado sobre os cidadãos e suas atividades.

De fato, aos olhos de hoje, pode-se considerar o advento das fotocopiadoras como algo comparado a uma nova invenção da imprensa. Se no século XV esta foi operada pelas mãos de Johannes Gutenberg¹, em pleno século XX os agentes foram outros: os departamentos de marketing das gigantes estrangeiras interessadas em ampliar suas fatias de mercado mundo afora, incluindo o Brasil. Com este fim, romperam-se até mesmo as pesadas barreiras às importações tão em voga no Brasil de então, aí menos pela necessidade do controle do Estado, já solapado pelos primeiros anseios de redemocratização, mais por força da carência total de dólares e reservas internacionais do País. A título de informação, à época, para importar sondas de petróleo, bens de capital imprescindíveis ao tão propalado crescimento econômico, recorria-se, em troca, ao fornecimento de cacau, café e sapatos, em autêntico escambo internacional.

Retrocedendo mais na história, a surpresa é maior ainda quando se verifica que o primeiro computador, construído e posto em funcionamento no mundo por uma empresa norte-americana em 1946, requeria um prédio de dois andares para abrigar somente o volumoso trocador de calor destinado ao arrefecimento das válvulas eletrônicas e demais equipamentos elétricos indispensáveis ao seu funcionamento, conforme Brennan (1967).

Tais elementos necessitavam ter sua temperatura estritamente controlada, sob pena da operação da máquina se tornar impraticável devido aos danos irreversíveis gerados pelo calor excessivo desenvolvido durante o funcionamento, causando a parada definitiva e a irreparável perda total do equipamento.

4 A OBSOLESCÊNCIA TÉCNICA E FUNCIONAL E A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

A Obsolescência Técnica e Funcional caminha par e passo com a inovação tecnológica. Assim, toda vez que uma nova invenção acontece, tem-se a possibilidade de serem produzidas

¹ https://pt.wikipedia.org/wiki/Johannes_Gutenberg#Biografia

uma ou mais inovações tecnológicas decorrentes daquela invenção, se atendidas as condições necessárias para tal.

A consequência imediata é que toda vez que há uma inovação tecnológica, certamente serão produzidas uma ou mais obsolescências técnicas decorrentes dessa inovação. Foi o que ocorreu com a régua de cálculo, o ábaco manual e a tábua de logaritmo, tornados obsoletos com o aparecimento das calculadoras portáteis, em especial a HP12C® da Hewlett- Packard®. Esta calculadora, sozinha, se encarregou de substituir com vantagens de custo, rapidez e desempenho departamentos técnicos e setores financeiros inteiros nas empresas e corporações, muito embora gerando em contrapartida a perda imediata de inúmeros postos de trabalho.

Dessa forma, do ponto de vista da ciência exata, observa-se que há uma correlação direta entre a variável invenção e a função inovação tecnológica, porém não biunívoca. Assim, toda vez que a inovação tecnológica é obtida, ela é decorrente de uma invenção anterior, porém nem toda invenção conduz necessariamente a uma inovação tecnológica posterior.

A inovação tecnológica pressupõe que a invenção seja patenteável nos órgãos competentes para tal.

No Brasil, os requisitos legais de patenteamento da invenção estão descritos na Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, conhecida como Lei de Patentes, mais especificamente em seu artigo 8º abaixo descrito.

“Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

Segundo a mesma Lei de Patentes, a invenção pode gerar também o Modelo de Utilidade, conforme descrito no artigo 9º., e dar origem ao Desenho Industrial, de acordo com o disposto nos artigos 95 e seguintes da mesma lei, *in verbis*:

[...]

"Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

[...]

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica."

[...]

Depreende-se do acima exposto que, para que uma invenção seja considerada como inovação tecnológica, é necessário e suficiente que apresente três condições básicas, a saber: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Para melhor compreensão do tema, é necessário tecer algumas considerações adicionais, ainda que superficiais.

Assim, a novidade traduz-se pelo fato da invenção encerrar uma idéia e conceito jamais cogitados e registrados anteriormente de forma oficial por qualquer ser humano a respeito do assunto e da proposição que definem a invenção, com destaque para os atributos que a invenção apresenta. Como ilustração, resíduos sólidos poluentes de processos de refino de petróleo e de moinha de carvão aglutinados por ligantes líquidos sem função comercial em refinarias de petróleo são prensados e transformados em briquetes para uso como combustível sólido em substituição à lenha comumente utilizada em fornos de produção de cerâmica, reduzindo assim o impacto ambiental pela redução do uso da lenha e eliminando os atributos poluidores dos resíduos pela nova destinação que lhes é dada².

Já a atividade inventiva é caracterizada por um resultado totalmente inesperado obtido com a invenção, tal que, surpreendentemente, supere a conclusão lógica que o homem médio poderia extrair como sendo a consequência natural esperada, a expectativa aguardada, a partir dos elementos que compõem o conceito da invenção. Por exemplo: placas de coletores solares dispostos ao longo do espelho d'água da represa de uma usina hidroelétrica podem gerar tanto ou mais quantidade de energia elétrica que a energia gerada a partir do simples aproveitamento hidráulico da própria usina em si.

E a atividade industrial representa a real possibilidade da inovação ser produzida de maneira econômica e tecnicamente viável em moldes industriais, tal como atualmente, por exemplo, a produção em série de telefones celulares.

No Brasil, o órgão encarregado das disposições sobre inovação tecnológica e propriedade intelectual e a guarda de toda a documentação a elas referente é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, uma autarquia federal cuja sede há muitos anos funciona na cidade do Rio de Janeiro, RJ.

Coincidentemente, o prédio de sua sede anterior³ foi por si só uma expressão concreta e autêntica da própria inovação tecnológica pois, ao tempo em que foi projetado e construído, de 1927 a 1929, era tido como o mais alto edifício de toda a América Latina a ser erguido com emprego de um conceito até então ultramoderno de projeto de engenharia estrutural: a técnica do concreto armado no uso em construções verticais de grande porte, no caso, 24 andares. Foi

² CARVALHO, Roberto. L.; ALVITE, Gerson. F., **Patente Industrial PI 0203496-4 B1 PROCESSO PARA OBTENÇÃO DE BRIQUETE DE COQUE VERDE DE PETRÓLEO E BRIQUETE ASSIM OBTIDO**, RPI nº. 2184, Rio de Janeiro, INPI, 2012.

³ Edifício do jornal A Noite, Praça Mauá, nº.1, Centro, Rio de Janeiro, RJ.

um projeto e obra dos arquitetos Joseph Gire (francês) e dos brasileiros Elisiário Bahiana⁴ que, além desta obra, inovou também nos anos 30 e 40 em outras, como o novo Viaduto do Chá⁵ em São Paulo; e Enoch da Rocha Lima⁶, este último um engenheiro construtor e mestre da arquitetura nacional, autor de livros de destaque sobre estilo arquitetônico e habitação no Brasil.

5 A OBSOLESCÊNCIA TÉCNICA E FUNCIONAL E A INFLUÊNCIA EXERCIDA SOBRE O CONSUMIDOR

A face perversa do progresso material é que, como ele se tornou a base sobre a qual se montou todo o sistema econômico hegemônico no mundo de hoje, o capitalismo, e este tem como princípio fundamental a acumulação de capital da qual herdou seu próprio nome, o progresso, para manter e sustentar o sistema capitalista e dele se nutrir numa autêntica simbiose, pressupõe uma evolução tecnológica constante própria de um utópico moto contínuo que, fisicamente falando, já se demonstrou ser termodinamicamente impossível. Como também impossível e insustentável é a evolução *ad aeternum* do mesmo capitalismo por uma razão muito simples: assim como o moto contínuo requer um movimento utópico, perfeito e naturalmente contínuo que não contemple nem perdas nem desgastes mecânicos reais, que sempre ocorrem em um movimento real qualquer, o capitalismo também sutilmente releva e mascara em sua resoluta marcha as perdas inerentes ao avanço tecnológico protagonizado pelo progresso incessante, cujo subproduto não é o desgaste mas sim o descarte de produtos, objetos, apetrechos, serviços e até mesmo pessoas, tornadas obsoletas diante daquilo que se convencionou chamar de novo, e do que se espera de todos estes entes em um futuro próximo e imediato.

E a consequência de tudo isto é um processo generalizado e irracional de descarte desenfreado de recursos, sejam materiais ou humanos, com base também em outra premissa tão inverídica como a primeira, a da não finitude dos recursos, quaisquer que sejam eles, existentes sobre a face da Terra.

Ainda no domínio da Física e da Química, pelo Princípio da Conservação da Energia, alicerçado na Lei da Conservação da Matéria enunciada por Lavoisier⁷: "Na Natureza nada se

⁴ <https://diariodorio.com/histria-do-edificio-a-noite/>

⁵ <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa285930/elisario-bahiana>

⁶ https://www.estantevirtual.com.br/busca?q=Enoch+da+Rocha+Lima&produto=0&b_order=autor&agrupar=1&f

⁷ https://www.ebiografia.com/antoine_lavoisier/

cria, nada se perde, tudo se transforma". Ora, capital é energia financeira e, como grandeza termodinâmica que também o é, não pode ser criado do nada e muito menos indefinidamente, ou seja, se a energia financeira do capital está sendo acumulada, ela está provindo de algum outro lugar, de alguma outra forma de energia, que salta aos olhos serem os recursos físicos e naturais do planeta, que são tão finitos e limitados assim como é o próprio planeta.

Daí redonda o grande dilema que o ser humano vem experimentando ao longo dos últimos séculos de sua história: como progredir, avançar, desenvolver-se sem produzir um volume tão elevado de descarte, de lixo industrial mesmo, autêntica corrosão e desgaste generalizados do planeta, sem que se necessite, como verificado nas análises de sustentabilidade ambiental, de um novo ou até mesmo mais de um novo planeta Terra, a fim de comportar e manter o atual nível de desperdício, de lixo, de resíduos não aproveitados, verdadeira corrupção geral e artificial da natureza do planeta?

Para melhor ilustrar a dimensão atual do problema e suas conseqüências, segundo o artigo veiculado na *Internet* O Capitalismo e a Sociedade de Consumo⁸: [...] "Estimativas apontam que seriam necessários quatro planetas e meio para garantir os recursos naturais para a humanidade caso todos os países mantivessem o mesmo nível de consumo dos EUA." [...]

O consumidor, protagonista e ator principal dessa constante deterioração das condições ambientais do planeta, infelizmente vem sendo compelido pelas vigorosas e eficazes estratégias das campanhas de propaganda e marketing do mercado a consumir cada vez mais, cumprindo fielmente o papel que lhe é reservado pela imediatista ideologia da sociedade industrial, seguindo unicamente o instinto consumista que lhe foi por anos a fio sedimentado e incutido na mente e por ele absorvido quase que inconscientemente.

É assim que, sob a complacência cúmplice do Estado, que vê no aumento aparente do consumo uma solução transitória para seus recorrentes problemas de arrecadação para enfrentar as crescentes necessidades requeridas pelos cidadãos, o consumidor acuado perante esquemas de propaganda massiva se vê totalmente impotente e então capitula. Desprovido de qualquer senso crítico que o impeça ou faça refrear seu instinto consumista e embalado pelo sonho delirante das maravilhas da tecnologia moderna que lhe são apresentadas pelo mercado de consumo. E isso é feito em grandes proporções, em larga escala, buscando explorar o efeito manada. Essa técnica, de uso muito freqüente no mercado financeiro, aproveita-se de situações críticas para induzir comportamentos desprovidos de racionalidade, embalados pelo mero

⁸ <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/o-capitalismo-sociedade-consumo.htm>

instinto de sobrevivência diante do pânico, da primeira ameaça ou dificuldade enfrentada, gerando venda descontrolada muitas vezes deliberada para derrubar preços de ativos. Mas aqui, em sentido contrário, é direcionada para a aquisição maciça de produtos e serviços visando alavancar explosivamente o consumo.

A sociedade industrial e os mecanismos dos mercados de consumo que lhe são adequados e propícios nada mais fazem nos dias atuais do que repetir com sua linguagem própria as máximas já previstas em 1931 (HUXLEY, 1979, p.39):

[...]

"Nos berçários, a lição de Consciência de Classe Elementar havia terminado; as vozes adaptavam a futura procura à futura oferta industrial; "Como eu adoro andar de avião", murmuravam, "como eu adoro andar de avião, como eu adoro ter roupas novas, como eu adoro..."

[...]

"Mas as roupas velhas são horríveis", continuava o murmúrio infatigável. "Nós sempre jogamos fora as roupas velhas. Mais vale acabar que conservar, mais vale acabar..."

[...]

- Por exemplo, houve o regime do consumo obrigatório...

[...]

- Cada homem, cada mulher, cada criança tinha a obrigação de consumir tanto por ano. No interesse da indústria. O único resultado... "Mais vale acabar que consertar. Quanto mais se remenda, menos se aproveita. Quanto mais se remenda..."

[...]

Ainda como influência negativa exercida sobre o consumidor, a atual filosofia consumista do mercado é transposta de seu campo original de aplicação, o embate entre consumidor e mercadoria, para o campo dos relacionamentos pessoais, como identificado mais recentemente (BAUMAN, 2008, p.32):

[...]

"É essa cláusula que põe a nu a *similaridade* sobreposta à *diferença*: no modelo de uma "relação pura", tal como nos mercados de bens, os parceiros têm o direito de tratar um ao outro como tratam os objetos de consumo. Uma vez que a permissão (e a prescrição) de rejeitar e substituir um objeto de consumo que não traz mais satisfação total seja estendida às relações de parceria, os parceiros são reduzidos ao status de objetos de consumo".

[...]

Na sociedade industrial atual, a influência que o mercado e suas estratégias consumistas exercem sobre o consumidor parece possuir uma correlação íntima e direta com o que se classificou de Paralisia da Crítica, no que tange ao desperdício (MARCUSE, 1973, p.13):

[...]

"É igualmente óbvia a necessidade de se estar preparado, de se viver à beira do abismo, de se aceitar o desafio. Nós nos submetemos à produção pacífica dos meios de destruição, à perfeição do desperdício, a ser educados para uma defesa que deforma os defensores e aquilo que estes defendem".

[...]

Entretanto, nem só sob influências consumistas nefastas e de cultura do desperdício vive o ser humano consumidor nos dias de hoje.

Assim como nem toda obsolescência que se nota ter sido produzida pelos avanços da tecnologia e do desenvolvimento científico deva ser repudiada como prejudicial para o futuro do planeta e, por conseguinte, da própria raça humana, também há ganhos indiscutíveis no que diz respeito à economia de tempo; à facilidade e praticidade proporcionada pelo uso dos novos inventos; pela redução de custos associada à maior produtividade alcançada nas atividades humanas, quando sujeitas a avaliações de rendimento operacional; sem falar no imediatismo das comunicações e informações telefônicas/telemáticas e no encurtamento das distâncias e surpreendente aproximação entre pessoas situadas em lugares os mais remotos do universo.

Tudo isto conduz a um empoderamento da pessoa humana, quando analisada sob a ótica comportamental e psicossocial, e a uma pseudo satisfação intrínseca decorrente do sentimento maior de inclusão e pertencimento que as pessoas passaram a experimentar em relação ao mundo como aldeia global, notadamente em virtude do advento dos meios de comunicação instantâneos, tais como a *Internet*.

Atualmente, o progresso tecnológico permite que todos se sintam como gente e até mesmo possam desfrutar daqueles quinze minutos de celebridade a que aludiu o ícone norte-americano da *pop art* Andy Wharo⁹, quando disse: "um dia, todos terão direito a 15 minutos de fama", ao comentar obras próprias baseadas em acidentes automobilísticos, em especial o de uma ambulância.

Em resumo, de um lado há como influências negativas sobre a massa de consumidores: a cultura do desperdício, equivalente à gradual, todavia cada vez mais acelerada produção pacífica dos meios de destruição do planeta; o descarte do produto pela rejeição associada à sua condição de obsoleto diante do surgimento do novo no mercado, o que corresponde no campo das relações humanas à rejeição das pessoas, coisificadas como *commodities* por um ávido mercado consumidor de sua mão-de-obra e atuação; a obsolescência total e geral do planeta, uma ameaça cada vez mais presente ao seu futuro, se mantidos os atuais níveis de consumo.

Como conseqüências positivas: a economia de tempo nas tarefas desempenhadas com o uso do produto novo; a facilidade e praticidade proporcionadas pelo emprego do novo; a

⁹ https://pt.wikipedia.org/wiki/Celebridade_instant%C3%A2nea

maior produtividade com ele alcançada; o encurtamento das distâncias globais; a aproximação universal das pessoas com o advento das comunicações interplanetárias e espaciais; o empoderamento e a inclusão das pessoas no mercado de consumo global.

Os humanos, cuja capacidade de imaginação e anseios são inesgotáveis, certamente vislumbrarão outras aplicações para os inventos e novos produtos que todos os dias chegam ao mercado, com toda sua carga implícita de boas e más influências, pois assim tem caminhado a humanidade em sua saga telúrica.

Todavia, nada impede que, ao longo desta irretrocedível marcha, a interação cada vez mais intensa entre as diversas atividades humanas praticadas ao redor do planeta, cada vez mais aceleradas em função da indissociável tecnologia na qual se baseiam, levem o planeta ao paradoxo previsível de sua própria obsolescência total e colapso, esgotado na totalidade de seus outrora inúmeros recursos materiais mas então extintos, o que forçaria o gênero humano a buscar novo *habitat* em outro ponto da galáxia.

Não se trata de nenhum fato inusitado. Guardadas as devidas proporções, esse problema já foi enfrentado há alguns séculos quando, analogamente, precárias condições de vida na Europa obrigaram à conquista de novas terras e ao achado de novos continentes.

Para isso, à época valeram-se de inovações tecnológicas como caravelas, instrumentos de navegação mais precisos recém-criados, como o astrolábio, e modernos sistemas e processos de navegação que permitiram a abertura de novos caminhos marítimos e comerciais, a exemplo do Caminho Marítimo para as Índias, condenando ao ostracismo, desuso e, naturalmente, à obsolescência antigos percursos mercantis, como a Rota da Seda¹⁰, a Rota das Especiarias¹¹, e outras da Antiguidade.

O que se observou no mundo de então foi a ocorrência de uma obsolescência técnica e funcional dos meios de transporte comercial e de todo seu sistema de apoio vigente, com os respectivos equipamentos dos quais fazia uso, em face do surgimento de novos e melhores conceitos, processos e tecnologias.

Como na morte, que é certa para todos, mas sempre se procura adiar estendendo-se ao máximo a duração da vida, também a obsolescência do planeta, que significaria praticamente sua morte em termos ambientais e naturais, pretende-se evitar.

Para isso, alguns instrumentos podem e devem ser utilizados, dentre os quais desponta a regulação através de normas, convenções e leis de âmbito de abrangência local e internacional,

¹⁰ https://pt.wikipedia.org/wiki/Rota_da_Seda

¹¹ https://pt.wikipedia.org/wiki/Rota_das_especiarias

a fim de reduzir o descarte acelerado, o desperdício irracional e a deterioração das condições de vida do planeta em geral.

Como toda iniciativa que pretende inibir e evitar certa atividade de caráter ilegal, as ferramentas para isso empregadas precisam atuar basicamente em duas frentes principais distintas: no fornecimento por fabricantes e fornecedores de novos produtos e serviços para o mercado de consumo e, na ponta oposta, na aquisição a cargo do consumidor dos novos produtos e serviços ofertados pelo mercado.

Não é uma tarefa fácil, devido aos diversos fatores aí envolvidos no processo de consumo. Do ponto de vista do consumidor, a liberdade de escolha, a livre expressão da vontade por parte dos consumidores, a busca necessária de novas soluções para os problemas de uso que normalmente ocorreriam em circunstâncias normais com os produtos e serviços então existentes no mercado, a adaptação aos novos conceitos e soluções que surgem em decorrência do desenvolvimento tecnológico natural da ciência, dos materiais, etc... Já da perspectiva dos fabricantes e fornecedores, as leis e máximas do mercado por eles seguidas, a necessidade de fazerem frente à concorrência, os incentivos fiscais e as metas comerciais a serem batidas a cada ano, as cotas e fatias de mercado a serem atingidas, dentre outros.

Mas, ainda assim, é no âmbito local que existem os caminhos mais propícios de atuação para coibir os efeitos indesejáveis da obsolescência sobre o consumidor, mormente a obsolescência técnica e funcional, objeto deste artigo.

Ressalte-se que, de maneira nenhuma, trata-se de interferência do Estado sobre a iniciativa privada, mas de uma atuação do Poder Público de modo a fazer prevalecer o interesse coletivo da massa de consumidores em geral sobre o imediatismo do interesse particular e privado de alguns fabricantes e fornecedores, sem falar nos reflexos ambientais sobre todo o planeta, quando se opta por implantar uma sistemática de normas cogentes coercitivas do desperdício desenfreado, do desgaste prematuro das fontes de recursos naturais, da extinção gradativa de biomas inteiros.

6 DA TUTELA JURIDICA AO CONSUMIDOR CONTRA DANOS DECORRENTES DA OBSOLESCÊNCIA TÉCNICA E FUNCIONAL

A questão a ser abordada é que, tão certo como o desgaste, o atrito, a corrosão são, todas essas, conseqüências indesejáveis para um determinado produto ou equipamento, mas de fato existem, ou irão ocorrer um dia, e seu surgimento em dado momento da vida útil dos equipamentos não pode ser negligenciado, assim também o descarte do velho e antigo face às

novas soluções surgidas no mercado não pode ser ignorado, quando muito retardado ao máximo, devido a sua total indesejabilidade.

O que precisa ser examinado com o devido cuidado é se o novo produto lançado é realmente uma imposição tecnológica decorrente de novas soluções e conceitos oriundos do desenvolvimento da ciência ou se apenas um mero disfarce para acobertar a obsolescência programada a partir de um viés técnico funcional.

Sobretudo nessa última hipótese é que residem as preocupações quanto à tutela jurídica que a legislação brasileira atual pode prestar, opondo resistência e impondo sanções à prática mercadológica mundialmente difundida da obsolescência programada tecnicamente escamoteada.

Incorrendo o fornecedor em tal prática, o direito consumerista pátrio dispõe de diversos dispositivos em que a responsabilidade objetiva e até a ilicitude podem ser enquadradas e tipificadas, a depender das circunstâncias em que se manifestarem. As ocorrências constatadas podem ser prevenidas e enfrentadas com a aplicação prática da Lei 8.078/90.

Assim é quando o produto tem sua aposentadoria mercadológica prematura decretada por similar de mesmo fabricante que o sucede após curto tempo de vida.

Não se trata de falha apresentada por nenhum componente do produto que o impeça de funcionar, mas o surgimento de um novo similar após curto espaço de tempo induz o consumidor a abreviar a expectativa legítima que alimentava em relação ao tempo de vida do produto que adquiriu, agora subitamente reduzida a zero, por razões meramente mercadológicas.

O princípio da boa-fé objetiva, que norteou o consumidor ao decidir pelo produto que comprou, foi violado e negligenciado pelo fornecedor e o consumidor experimenta um sentimento de frustração pela súbita desvalorização ocorrida com o produto comprado, após o surgimento do sucedâneo recém-lançado no mercado.

Aqui, o que está sendo infringido é a parte final do artigo 4º., III, da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor - CDC, quanto à boa-fé, um dos princípios inspiradores da Política Nacional da Relações de Consumo que a referida lei efetivou.

Também a proteção dos interesses econômicos do consumidor bem como a harmonia das relações de consumo, objetivos da citada política abarcados pelo caput do mesmo artigo 4º. supracitado, ficam prejudicados por atitude unilateral do fornecedor fundada em preocupações estritamente mercadológicas, em detrimento da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, textualmente citados na última parte do inciso III do

mesmo artigo.

Outra situação também amparada pelo CDC é quando o produto deixa de operar face ao colapso de um componente de difícil ou custosa obtenção.

Neste caso, o que se questiona é o colapso inesperado do componente, independente do tempo de uso do produto até ocorrer o colapso, o que com frequência se dá após o término do prazo de garantia.

O consumidor se depara com um vício oculto do produto que, pelo custo excessivo do componente a ser repostado para saná-lo, praticamente o obriga a descartar o produto que possui, cujo reparo se torna inviável economicamente. E a adquirir um outro, incorrendo em dano patrimonial inesperado pela perda do produto e recompra de um novo, a fim de satisfazer suas necessidades e expectativas suscitadas.

A responsabilidade civil objetiva do fornecedor deve ser argüida, tanto mais que o consumidor, face à sua vulnerabilidade, sofre dupla lesão à sua incolumidade econômica, fora outras perdas porventura daí decorrentes.

O vício insanável que provocou o dano patrimonial irreversível ao consumidor encontra acolhida no artigo 18 do CDC, §1º, I, II, III, combinado com os §3º. e §4º. do mesmo artigo.

Além disso, o consumidor teve sonogado seu direito à informação sobre as características do bem que adquiriu, uma vez que o vício oculto manifestado abreviaria a vida útil do produto, sem que disso se desse conta o consumidor quando o comprou, embora essa informação fosse de pleno conhecimento do fabricante e por ele utilizada para melhor atingir seus objetivos comerciais.

O fabricante/fornecedor e toda a cadeia de fornecimento envolvida podem ser solidariamente responsabilizados por infringir Direitos Básicos do Consumidor, em especial o que consta no artigo 6º, III, do CDC, no que tange à informação adequada e clara sobre o produto, suas características e riscos que apresentem.

A título de informação, a omissão da informação sobre o vício oculto, que em dado momento surgiria reduzindo a durabilidade do bem e causando dano ao consumidor, configura ato ilícito previsto nos artigos 186 e 187 do Código Civil, mas que foge ao escopo deste trabalho que analisa tão-somente a abordagem via CDC.

Este ponto aborda o caso que se afigura como o mais polêmico, que é o da constatação do vício oculto após expirado o prazo de garantia legal e contratual.

A jurisprudência tem firmado posição favorável aos consumidores por entender que o

defeito, que se verifica mesmo após terminada a garantia, não exime o fabricante/fornecedor da responsabilidade civil objetiva quanto à obrigação de reparar, substituir o produto, ressarcir o consumidor, enfim, cumprir as medidas dispostas no artigo 18, §§1º. a 4º., CDC. Assim:

"RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. APARELHO CELULAR MODELO IPHONE 4S. VÍCIO OCULTO. DEFEITO CONSTATADO APÓS O PRAZO DE GARANTIA. APLICAÇÃO DO ART. 26, §3º, DO CDC. DEVER DE RESTITUIR O VALOR PAGO PELO PRODUTO. (...). (Recurso Cível Nº 71005561881, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Arriada Lorea, Julgado em 08/10/2015)".

"DIREITO DO CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. CELULAR. PRAZO DE GARANTIA CONTRATUAL EXPIRADO. EFEITO SURGIDO DOIS MESES APÓS. CONCEITO DE VIDA ÚTIL E OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA. CONDICIONAMENTO DO CONserto A DEPÓSITO DE VALOR CONSIDERÁVEL. DEVER DE DEVOLUÇÃO DO PREÇO PAGO. COMPLEXIDADE DA CAUSA INEXISTENTE. (...). (Recurso Cível Nº 71006589774, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 09/03/2017)".

Sob a ótica do dano moral decorrente da verificação do vício oculto em produto fornecido, também tem se manifestado a jurisprudência:

"RECURSO DE APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO – REPARAÇÃO DE DANOS – COMPRA DE NOTEBOOK – APRESENTAÇÃO DE VÍCIO NO MESMO DIA DA COMPRA – ATO ILÍCITO E DESÍDIA CARACTERIZADA – SOLIDARIEDADE DO COMERCIANTE E FABRICANTE – DANO MATERIAL – RESTITUIÇÃO – DANO MORAL – COMPROVADO – CONDENAÇÃO – QUANTUM FIXADO MANTIDO – SENTENÇA RATIFICADA – RECURSO DESPROVIDO. “O defeito apresentado no produto, que frustra as legítimas expectativas criadas pelo consumidor quando de sua aquisição, somado à interrupção indevida do seu uso, pelos significativos transtornos que acarreta, além do sentimento de impotência e vulnerabilidade, diante da postergação injustificada de sua solução, erigem-se em causa de indenização por DANOS morais. O quantum indenizatório fixado atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.” (TJMT. Ap 180084/2016, DES. DIRCEU DOS SANTOS, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 29/03/2017, Publicado no DJE 10/04/2017)".

"RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE AR CONDICIONADO SPLIT. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALOR PAGO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VÍCIO DO PRODUTO. PRODUTO ENCAMINHADO PARA ASSISTÊNCIA TÉCNICA SEM QUE O DEFEITO TENHA SIDO SOLUCIONADO. DEVER DE RESTITUIR A QUANTIA PAGA, NOS TERMOS DO ART. 18, § 1º, II, DO CDC. (...) SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71007526544, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/03/2018)".

Há também o caso em que o produto deixa de funcionar da maneira esperada devido a um fato que provoca lesão à segurança própria do consumidor.

Normalmente quando isso acontece é por consequência de um vício de qualidade do produto ou serviço que se dá em momento imediatamente anterior ou simultaneamente ao fato lesivo, ou seja, também há uma perda material para o consumidor além do dano ou o risco à sua segurança.

O problema pode ser enfrentado responsabilizando o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, aplicando-se ao caso, em princípio, o conceito de produto defeituoso estabelecido pelo artigo 12, §1º, II, do CDC, no Capítulo IV, Seção II - Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço, sem prejuízo do ressarcimento de outras perdas decorrentes do fato.

A responsabilidade civil é objetiva e o comerciante, fornecedor do produto ou serviço defeituoso é igualmente responsabilizado, conforme artigo 13, I, II, III, da seção acima citada.

Muito se tem falado de obsolescência técnica associada a produtos de alta tecnologia como telefones celulares, *softwares*, computadores, *notebooks* e afins; ou bens duráveis de maior valor agregado como automóveis e outros tipos de veículos, como os de carga, ou aqueles *top* de linha como barcos e aviões. Mas a obsolescência técnica também está presente em itens corriqueiros do dia a dia como, por exemplo, fraldas geriátricas. Recentemente, uma multinacional¹² decidiu inovar em seus produtos, retirando repentinamente do mercado determinada linha de fraldas que foi de pronto substituída por outra, sob pretexto desta apresentar vantagens inovadoras, mas que causou reclamações de usuários duplamente vulneráveis, pois que, além de consumidores, eram já de idade avançada. Eles reportaram incômodos, alergias e outras lesões de pele ocasionadas pelos produtos recém-lançados.

¹² Novo Plenitud® Femme Noturno, marca registrada de Kimberly-Clark Brasil

O caso acima reportado é característico de aplicação do artigo 12, §1º, II, do CDC, referente aos usos e riscos que os produtos apresentaram, e artigo 13, no que tange à responsabilidade do comerciante, fornecedor sobre eles.

Passível de uso também o artigo 8º., caput, do CDC, que, em sua primeira parte, prevê a tutela do consumidor quanto aos riscos à sua saúde ou segurança acarretados pelos produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Além dos casos mais freqüentes de cunho prático e da forma como a tutela do CDC pode ser aplicada a eles, através da responsabilidade civil objetiva imputada a fabricantes, fornecedores e afins, o CDC contém uma seção inteira, a seção IV, destinada ao combate das Práticas Abusivas pelos fornecedores, destacando-se aí o artigo 39.

Dispõe também sobre a aplicação aos infratores de sanções administrativas, nos artigos 55 a 60 do Capítulo VII, e sobre infrações penais tipificadas no Título II, artigos 61 a 80.

Dessa forma, o consumidor tem a plena cobertura do CDC nas três áreas de seu interesse: civil, administrativa e penal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, o presente artigo buscou analisar a obsolescência, em particular sua manifestação em face da tecnologia. Das formas conhecidas de obsolescência, a técnica ou funcional é a que guarda maior relação com a tecnologia, pois é justamente em função desta que a obsolescência técnica ocorre, como conseqüência direta do progresso tecnológico e dos avanços da ciência. Por se tratar de uma marcha inexorável da humanidade, é praticamente impossível dissociar tecnologia e obsolescência. No entanto, algumas providências podem ser tomadas à luz do arcabouço jurídico brasileiro, em especial o Direito do Consumidor, para manter o consumidor a salvo dos reflexos e influências negativas da obsolescência técnica, minorar os danos e perdas e tutelar seus direitos diante das forças e tendências do mercado consumidor, mormente do consumismo artificial desenfreado. Mesmo quando a obsolescência técnica vem dissimulando a ferramenta mercadológica da obsolescência programada, cuja finalidade principal é propiciar ao fabricante que alcance mais facilmente as ambiciosas metas comerciais ditadas pela política industrial das empresas no mundo de hoje.

Enfim, este artigo alinha algumas situações corriqueiras com que o consumidor se depara em sua queda de braço constante com as forças do mercado e propõe soluções ao alcance do consumidor para sua defesa e proteção, utilizando recursos que o direito

consumerista brasileiro coloca cada vez mais à sua disposição, O artigo termina por enfatizar também a proteção que a jurisprudência recente tem disponibilizado a favor do consumidor para essas situações.

Fica igualmente claro que algumas questões precisam ser melhor abordadas pela legislação atual, como os temas da durabilidade dos produtos existentes no mercado e da disponibilização pelos fornecedores dos dados e informações referentes à sua vida útil, mais especificamente o tempo esperado, a fim de facilitar as decisões dos consumidores e reduzir o nível de demandas judiciais que a sua falta tem provocado, sobrecarregando o Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt, **Vida para Consumo**, A Transformação das Pessoas em Mercadoria, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008

BENJAMIN, Antonio H. V., MARQUES, Claudia L., BESSA, Leonardo R., **Manual de Direito do Consumidor**, 8ª. edição, Thomson Reuters, 2018

Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5/10/1988 Brasil, Lei 10.406/2002, Código Civil, 10/01/2002

Brasil, Lei 8.078/1990, Código de Defesa do consumidor - CDC, 11/09/1990

Brasil, Lei 9.279/1996, Lei de Patentes, 14/05/1996

Brasil, Lei 9.609/1998, Lei de Proteção da Propriedade Intelectual de Programa de Computador, 19/02/1998

BRENNAN, Jean Ford, **Prodígios da Tecnologia Moderna**, São Paulo, Cultrix, 1967

CARVALHO, Roberto L.; ALVITE, Gerson F., **Patente Industrial PI 0203496-4 B1 PROCESSO PARA OBTENÇÃO DE BRIQUETE DE COQUE VERDE DE PETRÓLEO E BRIQUETE ASSIM OBTIDO**, RPI nº. 2184, Rio de Janeiro, INPI, 2012

CAVALIERI, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, 5ª. edição, Atlas, 2019
HUXLEY, Aldous, **Admirável Mundo Novo**, 5ª. edição, Porto Alegre, Globo, 1979

MARCUSE, Herbert, **A Ideologia da Sociedade Industrial**, O Homem Unidimensional, 4ª. edição, Rio de Janeiro, Zahar, 1973

NUNES, Rizzatto, **Curso de Direito do Consumidor**, 13ª. edição, Saraiva, 2019

SLADE, Giles, **Made to Break**, Technology and Obsolescence in America, Cambridge, Harvard University Press, 2006

Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Apelação** 180084/2016, Des. Dirceu dos Santos, Terceira

Câmara de Direito Privado, Julgado em 29/03/2017, Publicado no DJE 10/04/2017

Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Sentença.** Confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso desprovido. Recurso Cível Nº 71007526544, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/03/2018

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível** Nº 71005561881, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Arriada Lorea, Julgado em 08/10/2015

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível** Nº 71006589774, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 09/03/2017

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

Caio Oliveira dos Santos

RESUMO

Atualmente, no sistema processual brasileiro, um único magistrado atua tanto no inquérito policial, como é o caso do deferimento de diligências em favor da autoridade policial, como na ação penal, ou seja, após o oferecimento da denúncia ou queixa. Ou seja, na fase da ação penal. Isso ocorre em razão da Prevenção, que determina que o mesmo magistrado que conheceu do inquérito policial permaneça a frente do processo no curso da ação penal. O presente artigo, haja vista o atual modelo processual, traz a figura do juiz das garantias e avalia de que maneira ele pode contribuir para um processo penal mais justo e efetivamente imparcial.

Palavras-chave: juiz das garantias; processo penal; imparcialidade.

THE GUARANTEE JUDGE IN CRIMINAL PROCEDURE

Abstract

Currently, no Brazilian procedural system, a single magistrate, acts as much in the police investigation, as it is the case of postponing due diligence in favor of the police authority, as after the offer of complaint or complaint. That is, in the criminal action phase. This occurs on the grounds of Prevention, which determines the same that occurred and that the police record remained in the criminal prosecution process. This article, with a view to the current procedural model, brings a figure of the Guarantee judge and available in what way he can contribute to a more just and effectively impartial criminal process.

Keywords: judge of guarantees; criminal proceedings; impartiality.

1 INTRODUÇÃO

Um dos princípios que regem o direito penal é o do direito penal mínimo, que determina que este apenas deve ser utilizado apenas como *ultima ratio* ou seja, após esgotarem-se todas as outras alternativas de controle social. Essa medida se justifica haja vista ser, o direito penal, considerado a face mais violenta do Estado.

As consequências que podem advir de um processo penal atingem gravemente direitos fundamentais do indivíduo como sua liberdade, seu patrimônio e a forma como ele é visto e aceito pela sociedade, ou seja, atinge sua honra e imagem.

Por isso, uma vez que o Estado detém a força e o poder punitivo, deve ser cauteloso e prudente, aplicando penalidades apenas quando a lei expressamente assim determinar e após o devido processo legal em que sejam asseguradas todas as garantias ao acusado, dentre as quais se destacam o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, o órgão jurisdicional deve ser independente, imparcial e previamente declarado por lei (TUCCI, 2009, P. 62). Diante disso, é questionável a atuação de um mesmo magistrado no inquérito policial e no curso da ação penal, razão pela qual o presente artigo pretende demonstrar os benefícios de uma atualização processual de modo a proporcionar à sociedade um julgamento justo e mais imparcial.

No primeiro capítulo do desenvolvimento será analisado o princípio do juiz natural, considerando que ele é um desdobramento do princípio do devido processo legal. Neste ponto pretende-se analisar também qual a relevância do terceiro imparcial em um processo penal e quais as consequências de não se observar este princípio em particular.

Será observada também a correlação entre o inquérito policial e a ação penal. Ocasão em que se pretende verificar de que maneira o magistrado atua no inquérito policial.

No último capítulo do desenvolvimento será tratado da figura do juiz das garantias e da possibilidade de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro do ponto de vista constitucional.

A escolha do tema se justifica tendo em vista a sua relevância para a sociedade e sendo, o ambiente acadêmico, um espaço de construção de ideias que, via de regra, contribui bastante para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária, pretende-se fomentar, nesse espaço, a discussão acerca do tema proposto.

2 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL ENQUANTO DECORRÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPORTÂNCIA DO TERCEIRO IMPARCIAL

A Constituição da República dispõe em seu artigo 5º inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Trata-se de um princípio bastante amplo que dá azo a todos os outros princípios constitucionais aplicáveis ao processo, como o do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e o princípio do juiz natural.

Neste último caso, a correlação é confirmada pela doutrina e pela jurisprudência pátria em diversas ocasiões, como no acórdão do Superior Tribunal de Justiça - STJ proferido em sede de Agravo Regimental no Habeas Corpus 106590/SP, cujo fragmento segue transcrito:

(...) Tão antigo como antiga é a própria legislação – não há falar em jurisdição sem falar em juiz natural - o princípio do juiz natural tem, ao fim e ao cabo, a finalidade de resguardar a legitimidade, a imparcialidade e a legalidade da jurisdição. (STJ. AgReg no HC 106590/SP. Rel. Min. Nilson Naves. Sexta Turma. J. 05.05.2009. Dje 01.06.2009)

No referido julgado, além de reconhecer a correlação entre os dois princípios, o STJ ainda destaca a finalidade do princípio do juiz natural, qual seja o de resguardar a legitimidade, a imparcialidade e a legalidade da jurisdição.

Assim, com vistas assegurar a concretização dessas finalidades é que o princípio do juiz natural possui alguns desdobramentos (GRINOVER, 2015. p. 47): A vedação de juízos ou tribunais de exceção, a exigência de investidura jurisdicional nos termos da Constituição e uma terceira acepção a qual Ada Pelegrini Grinover se refere como sendo uma moderna tendência sobre o princípio do juiz natural, que é a vedação a subtração de juiz competente do ponto de vista constitucional, conforme se depreende da transcrição à seguir:

As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem imperativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Portanto, um tribunal de exceção é aquele que não possui legitimidade para existir e atuar, pois esta atribuição não lhe foi conferida constitucionalmente. Além disso, é instituído temporariamente e manifesta-se, principalmente, em regimes de exceção.

Esses tribunais são instituídos para julgar determinadas pessoas ou crimes de natureza específica, o que fere gravemente a imparcialidade do julgador. Ademais, é juiz competente apenas quem é investido de jurisdição nos termos da Constituição da República e, uma vez pré-constituídos, não há que se falar em discricionariedade para alteração de competência.

Todas essas garantias visam assegurar que as partes integrantes de uma relação processual tenham um terceiro imparcial e desinteressado para apreciar e julgar a lide. Essa preocupação se justifica haja vista a imparcialidade ser um requisito fundamental da atuação jurisdicional do Estado.

Desde que a sociedade retirou do indivíduo a discricionariedade de aplicação da lei e centralizou este poder no Estado, dando origem a ideia de jurisdição (RIBEIRO, 2010. P. 948), a imparcialidade passou a ser imprescindível para a justa aplicação do direito. E o que se requer deste terceiro imparcial é que ele não se envolva com a causa de nenhum dos envolvidos no litígio, limitando-se a aplicação da norma ao caso concreto, visando sempre a solução do litígio de modo a promover a pacificação social.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma série de instrumentos destinados a combater a atuação do terceiro interessado no processo, Tais instrumentos incluem a suspeição e impedimentos, além de outras garantias destinadas aos magistrados, para que eles possam

exercer a jurisdição sem coação, receio ou ameaça de qualquer natureza. Essas garantias encontram-se elencadas no artigo 95 e seus incisos da Constituição da República:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (BRASIL, 1988)

Todas essas ferramentas demonstram a preocupação do legislador constitucional em proteger o exercício da jurisdição e conseqüentemente a busca da justiça. Por isso é tão preocupante que o julgador possua um pré-conceito em relação às partes que seja capaz influenciar no seu julgamento; e é também pelo mesmo motivo que é tão sério a atuação de um mesmo julgador no inquérito policial e no curso da ação penal.

Destaque-se que a imparcialidade é exigida em qualquer processo, mas sendo o direito penal a face mais violenta do Estado, expor às partes ao risco de parcialidade do julgador é muito grave.

3 CORRELAÇÃO ENTRE O INQUÉRITO POLICIAL E A AÇÃO PENAL

O inquérito policial é um procedimento que antecede a ação penal, sendo, portanto, um procedimento administrativo, cuja autoridade para condução é da polícia judiciária, conforme se denota da leitura do artigo 4º *caput* (BRASIL, 1941).

O referido dispositivo legal estabelece a competência do inquérito policial, mas o seu parágrafo único deixa claro que essa delimitação de competência não exclui as autoridades administrativas para o desempenho da mesma função.

Acerca do conceito e finalidade do inquérito policial, Guilherme Nucci leciona:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Nessa ótica, confira-se o disposto pelo art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.830/2013, cuidando da finalidade do inquérito: “a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais” (NUCCI, 2016, p. 93)

O autor destaca que o inquérito policial não integra a ação penal, mas a precede. Além disso, ressalta não possuir caráter judicial, sendo, destarte, um procedimento administrativo cuja finalidade é apurar as circunstâncias da ação penal, bem como sua materialidade e autoria,

de modo a possibilitar ou subsidiar a convicção do responsável pela denúncia ou queixa, que pode ser o Ministério Público ou um particular a depender do caso.

Vale dizer, entretanto, que a finalidade do inquérito policial não se resume a isso, visto que no decorrer do inquérito é possível proceder a colheita de provas urgentes (NUCCI, 2016, p. 93), que podem vir a perecer se não colhidas naquela ocasião.

Entretanto o inquérito policial não existe com o único objetivo de obter elementos para que se proceda a acusação do suspeito. Pelo contrário, a razão de existir do inquérito policial é investigar e obter elementos para a segurança da justiça e também do acusado, conforme leciona Nucci:

Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da Justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, por meio do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares suficientes para apontar, com relativa segurança, a ocorrência de um delito e o seu autor. (NUCCI, 2016. p. 94)

Em pese a penalização do acusado não ser o objetivo do inquérito policial, como já bem enfatizado, é indiscutível que, culpado ou inocente, integrar um dos polos de uma ação penal não é tarefa simples ou agradável. É extremamente penoso.

Por isso, a condução do inquérito policial de forma séria e responsável é tão importante e é pela mesma razão que se devem observar alguns princípios, como os constitucionais aplicáveis a administração pública, elencados no artigo 37 da Constituição da República, haja vista tratar-se de um procedimento administrativo.

Além disso, devem-se observar alguns princípios presentes no Código de Processo Penal, uma vez que o inquérito policial é um procedimento regulado pelo referido Código e, finalmente, deve-se atentar, na condução do Inquérito policial, para os princípios Constitucionais relativos aos direitos e garantias individuais, apresentados ao longo do artigo 5º da Carta Magna Brasileira.

Tudo isso com o objetivo de garantir que o inquérito atinja a sua finalidade sem ferir direitos e garantias fundamentais. O procedimento, se devidamente conduzido, pode afastar dúvida, evitar erros por parte do judiciário, trazendo mais segurança e a oportunidade de colher provas, que seriam praticamente impossíveis de se obter caso fosse esperar a ação penal.

Todavia, um ponto imprescindível no que tange ao inquérito policial, e considerando-se o objeto de estudo do presente trabalho, é a atuação do magistrado na fase inquisitorial. Para tanto, é pertinente analisar os procedimentos realizados durante o inquérito para compreender o papel que o juiz desempenha nele.

De acordo com Guilherme Nucci (2016, p. 100), o início do inquérito policial pode se dá de cinco maneiras distintas, quais sejam: de ofício, por provocação do ofendido, por delação de terceiro, por requisição da autoridade competente ou por intermédio da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Será de ofício nos casos em que a autoridade policial toma conhecimento da prática de uma infração penal que é hipótese de ação pública incondicionada e de forma proativa, ou seja, sem provocação, instaura o inquérito com o intuito de verificar se houve crime ou contravenção e qual a autoria do fato.

O inquérito será instaurado mediante provocação do ofendido sempre que o titular do bem jurídico penalmente tutelado, que o teve lesionado, procura a autoridade policial e requer sua atuação.

É possível ainda que o procedimento inquisitorial se inicie a partir da delação de terceiro sempre a infração penal seja comunicada por qualquer à autoridade policial por qualquer pessoa, que não seja o ofendido ou o ofensor.

Há também o início do inquérito sempre que uma autoridade, com competência para tanto, exige, com base na lei, que se proceda a investigação, haja vista a existência de provas suficientes para justificar a requisição.

O início do inquérito por meio da lavratura do auto de prisão em flagrante ocorre sempre que o agente for surpreendido no cometimento do ato ou imediatamente após, ou seja, em caso de flagrante delito, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Uma vez iniciado o inquérito, é necessário que ele se desenvolva com estrita observância ao que dispõe a legislação pátria. Há uma série de atos que compõem a fase instrutória do inquérito onde serão realizadas diversas diligências elencadas nos artigos 6º e 7º do CPP, que inclui, dentre outras coisas: ir ao local da infração penal; apreender itens que estejam relacionados com o ocorrido; proceder com a colheita de provas; realizar a oitiva do ofendido e do indiciado, observadas as disposições legais acerca dos procedimentos; determinar que se façam exames periciais (BRASIL, 1941).

Há ainda algumas diligências denominadas de extraordinárias (ANSELMO, 2017) e é neste ponto que se faz conveniente trazer à baila a questão da atuação do magistrado na fase inquisitória.

Ocorre que, no inquérito policial, frente a tantas diligências que podem ser necessárias, a autoridade policial pode necessitar da autorização judicial para proceder com algumas dessas diligências que de alguma forma venham a colidir com direitos individuais e que, por este motivo, exigem autorização judicial para sua realização, como é o caso da quebra de sigilos bancários, telefônicos, fiscal, colaboração premiadas, além de outros procedimentos que exigem a atuação.

Além disso, o inquérito judicial possui prazo determinado de duração que vai variar a depender da situação em que o acusado se encontre, conforme se verifica no texto legal:

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)

Portanto, estando o indiciado preso em face de flagrante, a autoridade policial deverá concluir o inquérito em 10 dias a contar da prisão. Por outro lado, se o indiciado estiver em liberdade, independentemente de ter sido em razão do pagamento de fiança, este prazo será de 30 dias. Vale dizer que, não obstante a previsão legal de prazo para conclusão, a legislação não prevê nenhum tipo de sanção em caso de descumprimento.

De qualquer forma, esta é outra situação em que o magistrado pode vir a atuar no procedimento inquisitório, ou seja, uma vez transcorrido o prazo para conclusão do inquérito, a autoridade policial pode solicitar prorrogação. Contudo, deve-se destacar que esse procedimento não se aplica no caso de indiciado preso.

Alguns doutrinadores (LOPES JR, 2008, 16) afirmam que tal atribuição – de decidir sobre a prorrogação do prazo do inquérito policial – é competência do Ministério Público e não do magistrado, haja vista ser aquele o verdadeiro destinatário do inquérito policial. Concluídas as diligências, a autoridade policial deve produzir o relatório contendo todas as informações apuradas de forma minuciosa.

Como se percebe, durante a fase inquisitória, o juiz toma conhecimento do inquérito, homologando ou não prisões em flagrantes que foram realizadas durante essa fase e atua no procedimento por meio da análise de eventual deferimento de medidas cautelares e outras diligências.

Ademais, o juiz deverá intervir sempre que houver, por parte das autoridades atuantes na fase inquisitorial, desrespeito aos direitos do investigado, de modo a assegurar o cumprimento do disposto na Constituição Federal. Destaca-se também que em razão do instituto da prevenção, este mesmo magistrado atuará durante a ação penal.

4 O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

Resta esclarecido, até o presente momento, que a ação penal é precedida de uma fase investigativa, o inquérito policial, realizada pela autoridade policial. É certo também que no decorrer da investigação há a atuação de um juiz que conhecerá do inquérito e atuará realizando alguns atos judiciais, como autorização de diligências, homologação de prisões cautelares e intervenção em eventuais excessos por parte das autoridades administrativas envolvidas no procedimento, dentre outras atribuições. Portanto, têm-se duas fases e um mesmo juiz para atuar em ambas.

Este modelo atual recebe diversas críticas da doutrina (GRINOVER, 2009. p. 132), em razão de ameaçar princípios muito relevantes para o processo, como o princípio do juiz natural, do devido processo legal e da imparcialidade. Isso por que a ação penal vai ser julgada por alguém que, mesmo competente na forma da Constituição e da legislação infraconstitucional, pode ter sido influenciado pelo procedimento investigativo em que veio a atuar e conhecer.

Basta imaginar um juiz que decretou uma prisão cautelar de determinado acusado, retroagir na fase penal julgando-o inocente. Partindo do fato de que o juiz é, antes de tudo, um ser humano e, portanto, passível de erros, é possível que este se sinta inclinado a manter a decisão inicialmente tomada por receio de reconhecer que se equivocou ao retirar a liberdade de alguém, ainda que provisoriamente.

Frise-se que não se pretende, contudo, afirmar que é isso é uma regra. Porém, deve-se ter em mente que os direitos individuais que o direito penal tutela são importantes demais para se correr o risco de deixar que a parcialidade do julgador os atinja.

Diante disso, o presente artigo trata da figura do juiz de garantias, que integraria um modelo de duas fases como atualmente existe: a fase preliminar e a fase processual. Contudo, ao invés de um mesmo juiz atuar em ambas as fases, haveria a figura do juiz de garantias cuja atuação se restringiria à fase preliminar.

Nesse ponto, convém falar um pouco sobre o instituto da prevenção, que Guilherme Nucci conceitua como sendo “o conhecimento, em primeiro lugar, por um determinado juízo, de um processo que poderia, em tese, ser cabível também a outros magistrados, fazendo com que se fixe a competência” (NUCCI, 2016. p. 190).

Portanto, uma vez que o juiz conhece do inquérito judicial, será ele competente para conduzir a eventual ação penal. Em outras palavras, torna-se prevento o juízo. A competência em razão da prevenção está prevista no artigo 69, inciso VI do CPP e conceituada no artigo 83 do mesmo dispositivo:

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Assim, não há dúvidas de que o procedimento hodiernamente adotado segue o que dispõe o Código de Processo Penal. Entretanto, deve-se ter em mente que o referido Código é datado de 1941 e que todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ter como base a Constituição da República e 1988. Assim sendo, todo o seu conteúdo normativo deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais.

O juiz das garantias dentro do processo penal teria o condão de excluir a prevenção, neste caso, sendo ele o único a atuar na fase preliminar, inquisitorial, e teria excluída a sua competência para atuar na fase processual penal. Nesse sentido:

A necessidade de se estabelecer a prevenção como critério excludor de competência, uma presunção absoluta de quebra da imparcialidade do juízo tal como a suspeição, leva à consequência do processamento da investigação preliminar sob a tutela de um juiz e a ação penal sob a competência de outro. (RIBEIRO, 2010. p. 968)

Dessa maneira, ao invés de duas fases e um único juiz, seriam duas fases e dois juízes diferentes, o que poderia evitar que o juiz leve para a fase processual impressões pré-concebidas.

Paulo Victor Freire Ribeiro (2010, p. 969) apresenta algumas considerações pertinentes acerca da implementação do procedimento com juiz de garantias. Uma seria sobre as atribuições dos dois juízes e a outra é acerca do marco de transição a competência.

Segundo o mencionado autor essas características vão variar de acordo com o ordenamento jurídico adotado em cada país. Mas ele defende a adoção de procedimentos básicos. Um desses procedimentos seria determinar o início dos autos processuais a partir do recebimento da denúncia (RIBEIRO, 2010, p. 969), ou seja, o juiz da ação penal não teria acesso aos volumes da investigação, uma vez que estes não seriam apensados aos autos.

A justificativa para isso é que no inquérito policial não há garantia do contraditório pleno e a ampla defesa é limitada. Sendo assim, o que vem para o processo deve vir amparado pelo contraditório amplo e pela plenitude de defesa, ao passo que o que vem do inquérito policial não cumpre essa exigência processual.

Ademais, uma vez que a peça acusatória é acompanhada de todo o conteúdo produzido na fase investigatória, é incoerente que o juiz que vai acompanhar o processo a receba. Em

suma, defende, o autor, que o juiz das garantias receba a peça acusatória e o juiz da ação penal não tenha acesso a ela, de modo a resguardar sua imparcialidade.

No que tange ao marco de transição, Ribeiro (2010, p. 969) defende que este seja o momento da instrução processual penal. Foi esta, inclusive, a proposta do projeto de lei 156/2009 do Senado Federal (BRASIL, 2009), que já teve sua votação encerrada na referida casa legislativa e foi encaminhada à Câmara dos Deputados, dando origem ao Projeto de Lei 8045/2010.

Assim, caberia ao juiz das garantias atuar ao longo de todo o inquérito policial, decidir pela absolvição sumária ou, convencendo-se pela materialidade do fato e existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, determinar sua citação para que responda por escrito. Portanto, o recebimento da denúncia seria o último ato praticado pelo juiz das garantias.

Por outro lado, a atuação do juiz da ação penal não seria muito diferente do que o Código prevê para a fase processual (RIBEIRO, 2010. p. 970), ou seja, procedendo a oitiva de testemunhas, ouvindo o acusado, deferir ou indeferir medidas cautelares e os pedidos de produção de provas, salientando que, no que se refere às medidas cautelares, esse deferimento só iria se basear nas provas que estivessem nos autos.

Do ponto de vista jurídico, fazendo uma análise conjunta de diversos dispositivos normativos nacionais e internacionais, como a Constituição da República (BRASIL, 1988) em seu artigo 5º inciso LIII, que veda o processo ou julgamento de qualquer pessoa senão pela autoridade competente; o inciso LIV do mesmo artigo constitucional, que dispõe sobre a exigência do devido processo legal como proteção à liberdade e patrimônio; bem como o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, 1969), pelo qual todos têm o direito a serem ouvidos e ter suas garantias observadas por um juiz pré-determinado, competente e imparcial dentro de um prazo razoável, percebe-se claramente que não há qualquer impedimento ao juiz de garantias bastando apenas que ambos os juízes, o das garantias e o da ação penal, sejam competentes, imparciais e pré-estabelecidos.

Do ponto de vista estrutural, compreende-se que a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, acarretaria a necessidade de uma série de mudanças estruturais do judiciário, como a contratação de pessoas, alteração de procedimentos, aumento do número de varas criminais, dentre outras providências que precisariam ser tomadas.

Contudo, tomando como exemplo a experiência do Chile (MORAES, 2010. p. 22), percebe-se que não é impossível adaptar o sistema judiciário brasileiro a essas mudanças, visto que no referido país, sequer havia Ministério Público e ainda assim foi possível implementar

um novo Código de Processo Penal. Certamente foi muito mais complicado do que seria no Brasil, que possui toda estrutura judiciária e do Ministério Público em pleno funcionamento.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo destinou-se ao estudo do instituto denominado juiz das garantias, que ainda não foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, mas que já foi objeto de discussão pela doutrina e pelo legislativo por intermédio do Projeto de Lei do Senado 156/2006 e Projeto de Lei 8045/2010.

Durante toda a análise acerca da possibilidade de implementação do juiz das garantias no processo penal, levou-se em consideração todos os princípios constitucionais aplicáveis ao processo, como o princípio do juiz natural, da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, o princípio da imparcialidade.

Constatou-se que na fase inquisitorial o princípio do contraditório é mitigado, assim como a ampla defesa é limitada. Outro destaque é que o sistema processual penal hodiernamente existente pressupõe a atuação de um único juiz na fase pré-processual, ou seja, durante o inquérito policial, e na fase processual.

No primeiro capítulo apresentou-se o princípio do juiz natural enquanto uma decorrente do princípio do devido processo legal. Neste ponto restou evidenciada a importância de se preservar a imparcialidade e, mais importante, constatou-se que a aplicação do princípio do juiz natural nos moldes atuais não é garantia da imparcialidade.

No segundo capítulo, buscou-se estabelecer a correlação entre o inquérito policial e ação penal, concluindo-se que, não obstante sejam hoje o segundo, muitas vezes, resultado do primeiro, possuem procedimentos diferenciados e alguns princípios constitucionais amplamente assegurados na ação penal sofrem certa limitação na fase inquisitorial. É o caso do contraditório e da ampla defesa.

No último capítulo do desenvolvimento tratou-se da figura do juiz das garantias, que ainda não é uma realidade na justiça brasileira, mas poderia vir a trazer uma maior garantia de imparcialidade para o processo penal, com atribuições diferenciadas das que teria o juiz da ação penal.

Essa inovação no processo penal poderia ainda garantir que direitos individuais fossem respeitados durante o inquérito policial, decidir sobre o deferimento de diversas diligências e medidas acautelatórias e finalizar sua atuação com o recebimento da denúncia, saindo de cena para que o juiz da ação penal assumisse.

O juiz da ação, por sua vez, inovando no processo, não teria qualquer relação com o acusado, nem teria proferido qualquer decisão ou formado juízo de valor em relação a ele. O que representa, sem sombra de dúvidas, uma maior garantia do princípio da imparcialidade.

Por fim, acerca de eventual questionamento no que tange a constitucionalidade do procedimento, verificou-se que não há qualquer ofensa à Carta Magna brasileira, uma vez que todos os princípios constitucionais seriam observados no procedimento, não representando qualquer obstáculo para sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

ANCELMO, Márcio Adriano. **Passo a passo dos atos praticados no inquérito policial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/passo-passo-atos-praticados-inquerito-civil>. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 04 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 156/2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 06 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 106590/SP**. Relator: Ministro Nilson Naves. Sexta Turma. Julgamento: 05.05.2009.
CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 07 fev. 2020.

FONSECA, Fernando da. **Teoria Geral do Processo : comentários ao CPC de 2015 parte geral**. São Paulo. Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 11-33, jan-mar 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os poderes do juiz penal na América Latina**. Revista Jurídica 379. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20379%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2020.

GRINOVER. Ada Pelegrini. **Teoria geral do processo**. Unifor. ed. 31. rev. ampl. São Paulo, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. v. I.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do "juiz das garantias"?** Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. ed. esp. p. 21-23, 2010.

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. **O juízo de garantias. Definição, regramento, competências.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. v. 105, p. 939-988. jan./dez. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SUICÍDIO ENTRE OS PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA PÚBLICA

Darick França Simões

RESUMO

A incidência de casos de mortes por suicídios entre profissionais da segurança pública é um fenômeno que converge para urgência de um processo de avaliação de riscos e da introdução de medidas protetivas, associadas às demandas geradas pelas ameaças provocadas pelas dinâmicas ocupacionais e sociais em que os agentes de segurança pública estão inseridos e às quais são expostos. Atualmente, os métodos e conteúdos acerca da saúde mental e segurança no ambiente corporativo apresentam significativo avanço, mas, embora a taxa geral de mortalidade policial tenha sido reduzida devido a melhores cuidados médicos, treinamento especial e uso de instrumentos modernos, as estatísticas revelam que, nas taxas de mortalidade, o número de suicídios passou a exceder o número de mortes no cumprimento do dever. A partir dessa perspectiva, com o objetivo de compreender os desdobramentos que envolvem o risco de suicídio, o presente trabalho é dedicado à análise da questão da morte por suicídio entre os profissionais da segurança pública.

Palavras-chave: Suicídio. Profissionais da Segurança Pública. Suicídio Policial. Saúde.

ABSTRACT

The incidence of cases of suicide deaths among public security professionals is a phenomenon that converges urgently to a process of risk assessment and the introduction of protective measures associated with the demands generated by the threats caused by the occupational and social dynamics that the security agents are inserted and exposed. At present, methods and content on mental health and safety in the corporate environment show significant progress, but although the overall rate of police mortality has been reduced due to better medical care, special training and the use of modern tools, statistics show that in death rates the number of suicides has exceeded the number of deaths in the line of duty. From this perspective, with the objective of understanding the consequences involving the risk of suicide, the present work is dedicated to the analysis of the question of death by suicide among public safety professionals.

Keywords: Suicide. Public Safety Professionals. Police Suicide. Health.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o suicídio é considerado “como um sério problema de saúde pública” (OMS, 2000, p.6), com padrões estáveis que são formados através da interação de vários fatores, que incluem aspectos fisiológicos, psicológicos e fatores ambientais, que se alimentam mutuamente. A percepção desses determinantes pode possibilitar uma prévia avaliação de risco, identificando as pessoas mais vulneráveis, para as quais o pensamento suicida, a tentativa e a crise de suicídio são mais prováveis de ocorrer.

Com cerca de 800 mil mortes a cada ano (OPAS, 2018), o suicídio é a 14ª maior causa de morte no mundo e esse número deverá aumentar em 50%, tornando-se a 12ª causa até o ano de 2030. Em muitos países, as maiores taxas de suicídio mudaram dos idosos para pessoas mais jovens e estão, agora, entre as cinco principais causas de morte para jovens adultos de ambos os sexos, em todo o mundo.

Estudos epidemiológicos dos últimos 20 anos tornaram possível identificar os fatores que podem colaborar com a redução do suicídio. No contexto social, o entendimento de tal comportamento é carregado de certas dificuldades, uma vez que é frequentemente visto por grande parte da sociedade como um problema pessoal. Essa concepção inadequada dá-se, em grande parte, devido à variedade de motivações para o suicida. Nesse sentido, a falta de conhecimento e o preconceito engendram uma grande dificuldade para avaliar o risco e prevenir o suicídio.

O comportamento suicida, cujo objetivo imediato é a morte, é uma manifestação da vontade consciente da pessoa. O suicídio é um ato de destruição de si mesmo; é um ato cômico voluntário, caracterizado pela presença de motivos, intenções, objetivos, métodos e significados. No entanto, embora o significado e o propósito de qualquer ato suicida sejam existentes, em alguns casos, eles podem ser totalmente implícitos e inconscientes.

O fenômeno do suicídio ocorre em diversas esferas da sociedade, inclusive entre os profissionais de diversas áreas, com destaque para os profissionais de segurança pública. A questão relacionada aos suicídios que acometem esses profissionais é de uma incidência altamente relevante, visto que as atividades por eles desempenhadas são complexas e de extrema importância social, o que pode levar ao desenvolvimento de diversos distúrbios, que podem ser associados às elevadas taxas de suicídio cometidas por essa classe profissional.

Nessa perspectiva, pretende-se apresentar com este trabalho algumas informações relacionadas ao suicídio entre os profissionais de segurança pública, evidenciando os profissionais que exercem a função de policiais militares, uma vez que estão, diretamente, sujeitos às determinadas consequências de fatores letais. Apresenta-se, ainda, no nível teórico, a concepção de suicídio, os requisitos para a avaliação do risco e as medidas de proteção e conscientização dos colaboradores das corporações.

2 METODOLOGIA

Este trabalho é fruto de uma pesquisa descritiva, executada como parte integrante dos períodos de investigação de materiais consultados para a elaboração da presente pesquisa, que reflete sobre o suicídio entre os profissionais de segurança pública, em especial os policiais

militares. Segundo os procedimentos de coleta e as fontes de informação, trata-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica. Trabalha-se com dados qualitativos, com base na análise das informações disponíveis. Tendo em vista a importância de uma metodologia eficaz no que tange à abordagem do processo dos acidentes e doenças causadas através da exposição de profissionais a agentes biológicos e outros, será feita a conclusão do estudo.

O passo inicial para responder à problematização tratada neste trabalho ocorreu através da realização, inicialmente, de busca bibliográfica realizada entre os meses de maio a junho de 2019, seguidas de leitura de caráter exploratório nas áreas de Segurança Pública, Suicídio, Saúde e Segurança do Trabalho, assim como leituras de obras relacionadas ao tema proposto. Considerando que o aspecto central deste trabalho consiste no estabelecimento das principais causas, métodos de avaliação de risco e formas de prevenção do suicídio realizado entre os profissionais de segurança pública em seu âmbito teórico, nossa leitura esteve direcionada para uma interpretação lógica dos materiais coletados.

3 CONCEITO DE SUICÍDIO

Informações sobre suicídios aparecem concomitantemente à civilização humana, sendo tão antiga quanto a história do homem. Na história da humanidade, o suicídio foi avaliado de maneira diferente: da condenação severa ao reconhecimento como uma maneira digna de deixar a vida: “Cada sociedade tem, a cada momento de sua história, uma aptidão definida perante o suicídio” (DURKHEIM, 1973, p.16).

Em distintas épocas históricas, diferentes avaliações morais foram dadas ao suicídio. A atitude em relação a esse ato variava de acordo com as concepções filosóficas, religiosas, jurídicas e científicas. Atualmente, o comportamento suicida pode ser entendido de diferentes formas, sejam como atos guiados pelas ideias de privar-se da vida ou para servir como um meio destrutivo de resolver uma crise pessoal em uma situação de conflito.

A palavra suicídio tem origem no latim antigo, através da união das palavras *sui* (si mesmo) e *caederes* (ato ou ação de matar), que, literalmente, se traduz como “morte voluntária”. O termo suicídio é usado pela primeira vez no trabalho do inglês Sir Thomas Brown, na obra intitulada *Relógio Médico*, publicada em 1642 (SIMÕES, 2013, p.9). Esse termo é considerado amplo e não compreende todas as esferas de um comportamento tão complexo, sendo que alguns outros termos são, também, utilizados para englobar todas as ações que o constituem, dentre esses: tentativa de suicídio, ato suicida, ideação suicida, potencial suicida, suicídio assistido (SIMÕES, 2013, p.7).

Atualmente, o suicídio é geralmente definido como um ato autodestrutivo consciente,

voluntário e auto executado, cujo objetivo imediato é a morte. Nessa perspectiva, a Organização Mundial de Saúde (OMS) propõe considerar o suicídio como o resultado de uma ação deliberadamente iniciada e realizada por uma pessoa com pleno conhecimento ou expectativa de um desfecho fatal. De acordo com Durkheim (1973, p. 11) o suicídio é considerado “[...] todo caso de morte que resulta direta ou indiretamente, de um ato positivo ou negativo, executado pela própria vítima e que ela sabia que deveria produzir esse resultado”.

O afastamento independente da vida é um processo que geralmente é dividido na fase pré-suicida e suicida em si. A primeira fase é a de preparação, a qual se pode observar em uma pessoa que, em breve, fará esse tipo de tentativa. A fase suicida incorpora todo o repertório da chamada atividade suicida e inclui pensamentos e ações planejadas que contribuirão para a efetivação do ato suicida.

No Brasil, as Diretrizes Nacionais de Prevenção do Suicídio foram instituídas no âmbito do Ministério da Saúde (MS), por meio da Portaria 1876/2006, de 14 de agosto de 2006, com o objetivo de estabelecer as diretrizes que devem determinar as exigências mínimas fundamentais, para garantir que a prevenção do problema do suicídio na esfera nacional, abrangendo todas as entidades de saúde:

Em 2006, o Ministério da Saúde publicou as Diretrizes Nacionais de Prevenção do Suicídio (Portaria 1876/2006), compilando as estratégias para prevenção do problema em âmbito nacional e envolvendo as entidades de saúde. Entre as ações relacionadas estão: o desenvolvimento de estratégias de promoção de qualidade de vida, de educação, de proteção de recuperação da saúde; a organização de linha de cuidados integrais (promoção, prevenção, tratamento e recuperação) em todos os níveis de atenção; identificação dos determinantes e condicionantes do suicídio e tentativas; e, o desenvolvimento de campanhas de informação, comunicação e de sensibilização da sociedade de que o suicídio é um problema de saúde pública que pode ser prevenido, entre outras. (BRASIL, 2006).

Internacionalmente, o assunto é tratado através do SUPRE, que consiste em um programa de prevenção ao suicídio da Organização Mundial da Saúde. O SUPRE reúne estatísticas e estudos sobre todos os continentes acerca do suicídio. Ele é uma iniciativa global da Organização Mundial de Saúde para a prevenção do suicídio, lançada em 1999, com o objetivo de aumentar o conhecimento sobre comportamentos suicidas e sobre intervenções eficazes de prevenção para tentativas de suicídio:

Em 1999 a OMS lançou o SUPRE, sua iniciativa mundial para a prevenção do suicídio. Este livreto é um de uma série de fontes preparadas como parte do SUPRE e destinado a grupos profissionais e sociais particularmente relevantes na prevenção do suicídio. Isto representa um elo numa longa e diversificada corrente envolvendo um largo espectro de pessoas e grupos, incluindo profissionais de saúde, educadores, agentes sociais, governantes, legisladores, comunicadores sociais, forças da lei, famílias e comunidades. (OMS, 2000, p.6).

De acordo com a OMS, o SUPRE é constituído de três componentes: um ensaio clínico para avaliar estratégias de tratamento para tentativas de suicídio na área de atuação dos departamentos de atendimento de emergência; uma pesquisa da comunidade, para identificar ideação suicida e comportamento nas áreas de captação; um estudo qualitativo descrevendo as características das comunidades- alvo.

3.1 DEFINIÇÕES DE COMPORTAMENTO SUICIDA

Representantes de várias escolas científicas e direções colocam diferentes significados na interpretação do suicídio. Portanto, há muitas definições de comportamento suicida. É uma crença bastante comum que o suicídio pode ser cometido apenas por um indivíduo com um psicológico doente. Essa opinião foi rigorosamente respeitada e difundida por pesquisadores franceses que consideravam o suicídio um ato cometido por uma pessoa em estado de grave transtorno mental ou sob a influência de uma doença mental. No entanto, a maioria dos especialistas sugere que o transtorno mental só pode causar suicídio em um número limitado de casos.

A esmagadora maioria dos pesquisadores de comportamento suicida concorda que o suicídio não é um fenômeno estritamente psiquiátrico. Indivíduos mentalmente saudáveis podem cometer suicídio sob a pressão de circunstâncias externas. Deve-se considerar o suicídio como o mais extremo dos pontos de uma série de formas mutuamente passageiras de autoagressão. Atualmente, quase todos os estudiosos reconhecem que o suicídio é um fenômeno biopsicossocial, ou seja, existem fatores biológicos, psicológicos e sociais que culminam no suicídio.

Em conexão com a estrutura multifatorial e a diversidade de formas de comportamento suicida, uma análise racional desse fenômeno só é possível com a consolidação dos esforços de representantes de vários campos científicos. Pesquisadores de comportamento suicida em sua maioria reconhecem que a complexidade e a diversidade de suas motivações e manifestações requerem uma abordagem interdisciplinar para o estudo desse fenômeno. A principal tarefa, aqui, deve ser o estudo das características psicológicas do sujeito como pessoa, a socialização do indivíduo, sua adaptação à realidade, suas habilidades em se comunicar com o ambiente macrossocial e maneiras de superar situações estressantes.

4 O SUICÍDIO ENTRE PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA PÚBLICA

As organizações de segurança pública são mais solicitadas para a manutenção da

ordem pública. Por outro lado, o processo de trabalho nesses domínios é afetado pela escassez de recursos humanos e de infraestrutura: “Uma das consequências da sobrecarga de trabalho é o adoecimento psíquico, que muitas vezes chegam a provocar tentativas e suicídios consumados entre esses profissionais” (MIRANDA et al, 2012, p.3).

Os suicídios cometidos por profissionais dos órgãos segurança pública são de grande preocupação. Até recentemente, por não serem notados ou monitorados, os suicídios entre esse grupo não foram considerados um fenômeno socialmente significativo e sustentável, acreditando-se, então, que os casos de suicídios cometidos por agentes da polícia eram fenômenos esporádicos, raros e individuais:

Mesmo não havendo consistência entre os achados dos estudos é provável que membros das forças policiais tenham risco mais elevado do que o encontrado na população geral. Algumas explicações possíveis, e não exclusivas, para tais achados de pesquisa incluem: conhecimento acesso a meios letais, estressores específicos da profissão e tendência para a agregação de mais indivíduos com transtornos psiquiátricos em certas categorias profissionais. (BOTEGA, 2015, p. 94).

Os policiais, em sua maioria, ingressam na carreira com altos ideais e um nobre desejo de ajudar os outros. Com o tempo, esse idealismo pode se transformar negativamente. Torna-se óbvio que o impacto de vários fatores em um agente de segurança pública no cumprimento de seus deveres profissionais leva a consequências. De acordo com Dantas et al:

[...] muitos desses profissionais, ao ingressarem na carreira, são atraídos pelo status da profissão, pela possibilidade de ascensão e “segurança” do concurso público, porém, com o decorrer do tempo, deparam-se, entre outros aspectos, com a falta de reconhecimento, a percepção de risco e risco real, as perdas de colegas e o sofrimento mental represado pela corporação. (DANTAS et al, 2010, p.67).

O problema do suicídio entre os policiais militares só recentemente tornou-se assunto de pesquisa séria, porém, ainda, com poucos trabalhos sobre o tema. O estudo desse problema pode ser ajudado pelas diversas contribuições de pesquisadores de diferentes países. Apesar das diferenças nas leis, as estruturas organizacionais, os padrões de vida, a essência do trabalho policial e as dificuldades encontradas são aproximadamente as mesmas.

Os agentes policiais padecem ao desenvolver suas atividades laborais: “Diferentes variáveis se associaram à vivência de risco nas corporações, destacando-se as condições de trabalho, em especial, o exercício de outras atividades no período legal de descanso” (DANTAS et al, 2010, p.68). Reconhece-se que o trabalho de um policial envolve tensões repetitivas, uma vez que tensão é inevitável em antecipação a situações repentinas que carregam a ameaça de morte.

Há um contraste entre o fato de que a polícia tem que tomar decisões críticas e o fato de que seus superiores hierárquicos costumam determinar seu comportamento e suas ações e

tratá-los com desdém. É aí que funciona um padrão bem conhecido: a raiva dirigida a um objeto externo interfere nas tendências autodestrutivas. Um dos fatores mais importantes de estresse para o agente de polícia pode ser o fracasso em sua carreira. Desempenhar as mesmas funções por vinte anos ou mais pode ter um efeito devastador e desmoralizante. Segundo Violanti:

O alto nível de estresse do trabalho policial é geralmente citado como um fator de contribuição principal. O limite constante com estressores inerentes ao perigo, e para os gestores de polícia, as pressões da administração, podem oprimir até mesmo a pessoa mais forte. Quando os policiais perdem a capacidade de lidar com os problemas de maneira normal, eles podem recorrer a uma solução final para aliviar as pressões de estresse. (1995, p. 20, tradução nossa).

Mesmo a vida familiar de um policial é muito determinada por sua profissão. Grande parte do estresse contribui para as constantes mudanças no tempo de trabalho da polícia (em turnos) e isso dificulta a comunicação com a família. Há uma ruptura emocional com eles. Os familiares têm a sensação de que aquela pessoa pertence ao seu trabalho e só ocasionalmente retorna para a família. As reclamações sobre isso criam dificuldades adicionais. Os agentes da polícia, frequentemente, comunicam-se com seus colegas de profissão, considerando que esses os entendem melhor por experimentarem as mesmas dificuldades.

O confronto interno aumenta o isolamento social e profissional e as falhas na carreira dos policiais são percebidas de forma mais dolorosa. Os agentes da polícia são guiados por essas normas defensivas de comportamento que aumentam a lacuna e a desconfiança mútuas entre a polícia e os cidadãos. A desconfiança por parte da sociedade é compensada por um fechamento cada vez maior em seu ambiente profissional:

Quando o policial ultrapassa o limite do sofrimento psíquico suportável, sua resposta poderá ser àquela direcionada à autodestruição. Desta forma, ele busca a solução para seus problemas e também para o fim do sofrimento que o domina por meio do ato fatal, independentemente dos fatores que desencadearam a ação. E, na maioria das vezes, o faz com o uso do meio que está à mão: sua arma de fogo. (SILVA; BUENO, 2017, p.9).

O alto estresse do trabalho policial geralmente é citado como um fator principal de contribuição. A constante exposição a estressores inerentes ao perigo da profissão, além das pressões da corporação, podem sobrecarregar até mesmo a pessoa mais forte. Quando os policiais perdem a capacidade de lidar de forma normal, eles podem se voltar para uma solução para aliviar as pressões do estresse, como consumo de drogas e álcool. Entre os fatores ocupacionais que cercam o suicídio policial, a frustração geralmente é citada como particularmente importante. Segundo Silva e Bueno:

Como a maioria das pessoas que comete suicídio, o policial normalmente comete o ato final como uma resposta inadequada a enormes problemas pessoais ou

profissionais os quais sente que não podem ser resolvidos. Porém, ao contrário da maioria das pessoas, os policiais são especialmente e emocionalmente ligados a seus papéis profissionais e reagem fortemente quando seu status está ameaçado. Assim, muitos casos de suicídio refletem o impacto cumulativo de vários fatores estressantes, muitas vezes envolvendo uma combinação de problemas de relacionamento interpessoal e do próprio trabalho. (SILVA; BUENO, 2017, p. 8-9)

O suicídio de um policial não passa despercebido. Ele toca a opinião pública, porque isso pode enfraquecer o papel da polícia como um exemplo de corporação. Para Nogueira et al (2018, p.1), “[...] pode-se afirmar que o suicídio enfraqueceria a imagem protetiva que emana da Polícia Militar fragilizando a percepção social a priori da corporação, ao demonstrar aparente fraqueza emocional e psíquica dos profissionais. ”

Embora seja dada especial atenção ao fato de que policiais são regularmente confrontados, sendo emocionalmente ofensivo durante o desempenho de suas funções, os supervisores parecem piorar a situação por falta de conhecimento, compaixão e sensibilidade em suas relações com os subordinados, enquanto os policiais relutam em buscar ajuda quando necessário, com base na premissa de que cultura policial não admite esse tipo de mazela.

4.1 ESTATÍSTICAS

O crescimento do número de suicídios entre o pessoal da polícia é influenciado por fatores estressantes que acentuam a noção deturpada da realidade, que refletem na satisfação com o trabalho policial. Para Nogueira et al: “[...] como o estresse, a saúde mental, humor, depressão, consumo de drogas e álcool. Dentre estes fatores, nas pesquisas publicadas, a depressão aparece em primeiro lugar no ranking, por serem os pensamentos de morte estar presentes nos depressivos. ” (NOGUEIRA et al, 2018, p.12).

Em alguns estados do Brasil, o problema de suicídio nessa categoria agrava-se mais, como é o caso do Rio de Janeiro, estado de maior índice de suicídio entre policiais, obtendo-se, em 2014, a taxa de 3,5 por 100.000. Logo em seguida, está o Amapá com a taxa de 3,3 por 100.000. E, ainda: “Unidades da federação com indicadores superiores a 1,5 por 100.000 incluem: Alagoas (2,3), Bahia (1,8), Pará (2,0), Paraná (1,8), São Paulo (2,2) e Sergipe (1,9). ” (MIRANDA, 2016, p.20).

De acordo Borges (2018), em reportagem no Correio 24 Horas, no estado da Bahia, o major que coordena a oficina de prevenção ao suicídio no Departamento de Promoção Social da PM afirmou que, desde 2006, as estatísticas são de uma média de cinco mortes de policias militares por suicídio anualmente. Apenas entre 2016 e 2018 esses números, segundo a Associação de Policiais e Bombeiros e de seus Familiares do Estado (Aspra), foram de 21

mortes (BORGES, 2018).

No Rio de Janeiro, através de uma entrevista realizada com 224 policiais militares, 22 afirmaram já haver tentado suicídio e 50 informaram que já haviam pensado em suicídio em alguma fase da vida (ESCÓSSIA, 2015). Entre os anos de 1995 a 2009 ocorreram 58 casos notificados de suicídio de policiais militares da ativa, sendo que, desses, três aconteceram durante o serviço e 55 em dias de folga. Além das mortes efetivas, ocorreram mais de 36 tentativas de suicídio (ESCÓSSIA, 2016). No estado de São Paulo, no ano de 2018, o número mensal de mortes de policiais por suicídio foi de quatro casos. Em um período de dois anos, houve 71 casos de suicídio entre policiais em São Paulo (STABILE, 2019).

Uma grande dificuldade, de acordo com pesquisadores, é que as corporações omitem muitos registros de suicídio cometidos pelos policiais (ESCÓSSIA, 2015). Os suicídios são, rotineiramente, classificados como acidentes ou mortes indeterminadas. Para Nogueira et al (2018, p.7), existem algumas divergências relacionadas às estatísticas de suicídio com policiais, considerando que a maior parte das informações relacionadas a esse tipo de mortes são disponibilizados pelas organizações militares que podem criar obstáculos “[...] em conceder essas informações para estudos e publicações. Fato que se torna um marco; quando se identifica que a maior parte das classificações da causa mortis, fica como acidente ou causa incerta”. (NOGUEIRA et al, 2018, p.7)

4.2 CLASSIFICAÇÃO DE RISCO

As situações de conflito mais típicas, que causaram o comportamento suicida dos policiais, podem ser divididas nos seguintes grupos principais:

- *riscos causados pelas especificidades das atividades do serviço policial e interação no coletivo do órgão de assuntos internos*: processos de desadaptação individual de natureza ideológica, biofisiológica e microsocial; falha em executar uma operação de serviço específica; conflitos interpessoais com colegas de trabalho; reações agudas e inadequadas a problemas nas relações hierárquicas com superiores e subordinados; agressividade, impulsividade, vaidade dolorosa e autoestima superestimada; acentuação de caráter.
- *Riscos causados pelas especificidades da relação pessoal familiar de um policial*: ocorrem com base nas características psicológicas individuais e na natureza negativa das relações. Frequentemente, características pessoais acentuadas sobrepõem-se a uma situação familiar disfuncional, intensificam conflitos familiares a uma situação

de rejeição mútua, provocam o desenvolvimento de conflitos intrapessoais e interpessoais e levam a um impasse sem esperança.

- *Riscos relacionados ao comportamento antissocial de um policial*: surgem com receio de possível punição por um delito, medo de responsabilidade criminal, medo de vergonha por suas ações negativas ou como uma consequência da deformação profissional (degradação).
- *Riscos causados pelo estado de saúde de um policial*: doença mental; doenças somáticas crônicas; defeitos físicos (defeitos de fala e características da aparência, percebidos como um defeito).
- *Riscos causados por dificuldades materiais e cotidianas, etc.*

4.3 AVALIAÇÃO DE RISCO

A Avaliação de risco é construída a partir da classificação de risco e os possíveis distúrbios que têm potencial para levar um policial a cometer suicídio. A corporação a qual esse agente está vinculado deve reconhecer os perigos aos quais esses trabalhadores são submetidos. Considera-se toda a informação disponível sobre o profissional. Elas devem ser refletidas na conclusão de uma verificação de desempenho sobre o fato de cometer um suicídio ou sua tentativa:

- *informações sociodemográficas sobre suicídio*: cargo, hierarquia, sobrenome, nome, patronímico, ano de nascimento, período de serviço nos órgãos internos, no cargo ocupado, dedução do perfil do serviço, estado civil, escolaridade, condições de moradia etc.; descrição do evento (hora, local, método e outras circunstâncias); motivos, causa imediata, causas e condições que contribuíram para a comissão de suicídio; o estado de saúde mental, o uso de álcool ou drogas, doenças somáticas graves; a presença de conflitos no trabalho ou na família; presença de eventos traumáticos (morte de entes queridos, trabalho em condições extremas, participação em hostilidades, uso de armas para matar etc.).
- *Características da personalidade*, contribuindo para o cometimento de suicídio.
- *Violações de legalidade*: presença de infrações, infrações disciplinares graves.

De acordo com a Secretaria Municipal de Segurança (SMS) do Rio de Janeiro:

Conhecer as situações que atuam como fatores de risco para o suicídio pode auxiliar os profissionais na identificação de situações de risco e de crise. Como consequência, compreender os momentos de crise e dos fatores de proteção permite que os profissionais apoiem a pessoa e sua rede de apoio no enfrentamento de situações de risco, potencializando o uso de seus recursos na construção do projeto terapêutico singular. (SMS/RJ, 2016, p. 20).

Além das medidas citadas, é importante que sejam considerados os principais fatores de risco que, ainda de acordo com SMS/RJ (2016, p.20), são classificados enquanto:

- Fatores Sociodemográficos: Sexo masculino; Adultos jovens (19 a 49 anos) e idosos; Estados civis: viúvo, divorciado e solteiro (principalmente entre homens); Orientação homossexual ou bissexual; Ateus, protestantes tradicionais, católicos, judeus; Grupos étnicos minoritários.
- Transtornos Mentais: Depressão, Transtorno afetivo bipolar, abuso/dependência de álcool e outras drogas, esquizofrenia, transtornos de personalidade; Morbidade psiquiátrica (ocorrência de mais de um transtorno mental ao mesmo tempo); História familiar de doença mental; Falta de tratamento ativo e continuado em saúde mental; Ideação ou plano suicida; Tentativa de suicídio pregressa; História familiar de suicídio;
- Fatores Psicossociais: Abuso físico ou sexual; Perda ou separação dos pais na infância; Instabilidade familiar; Ausência de apoio social; Isolamento social; Perda afetiva recente ou outro acontecimento estressante; Datas importantes (reações a aniversário); Violência doméstica; Desesperança, desamparo; Ansiedade intensa; Vergonha, humilhação; Baixa autoestima; Desesperança; Traços de personalidade: impulsividade, agressividade, labilidade do humor, perfeccionismo; Rigidez cognitiva, pensamento dicotômico; Pouca flexibilidade para enfrentar adversidades.
- Outros: Acesso a meios letais (armas de fogo, venenos); Doenças físicas incapacitantes, estigmatizantes, dolorosas e terminais; Estados confusionais orgânicos; Falta de adesão a tratamento, agravamento ou recorrência de doenças preexistentes; Relação terapêutica frágil ou instável.

4.4 MEDIDAS PROTETIVAS

Na maioria dos casos, os superiores hierárquicos, colegas, parentes ou amigos do agente de polícia que cometeram o suicídio, ficaram surpresos com a atitude do profissional, familiar ou amigo, como se não tivessem notado nenhum primeiro sinal de alerta ou nenhuma mudança atitude.

No entanto, há um lado positivo nessa história: o suicídio é evitável através do uso de estratégias e ferramentas para a sua prevenção. É imperativo que as corporações policiais tomem medidas para prevenir o suicídio e promover o bem-estar mental. O cuidado com a saúde mental e emocional dos policiais deve estar de acordo com isso para sua segurança e saúde física.

Para que os esforços de prevenção sejam bem-sucedidos, as corporações também devem abordar as barreiras culturais e ambientais à prevenção em todos os níveis, como, por exemplo, o estigma ainda generalizado que desestimula os agentes em risco a buscar ajuda por medo de reações negativas ou ramificações na carreira; falta de políticas abrangentes de prevenção ao suicídio e treinamento insuficiente para oficiais ou profissionais de saúde. O Governo Federal salienta ações preventivas necessárias:

Entre as ações relacionadas estão: o desenvolvimento de estratégias de promoção de qualidade de vida, de educação, de proteção de recuperação da saúde; a organização de linha de cuidados integrais (promoção, prevenção, tratamento e recuperação) em

todos os níveis de atenção; identificação dos determinantes e condicionantes do suicídio e tentativas; e, o desenvolvimento de campanhas de informação, comunicação e de sensibilização da sociedade de que o suicídio é um problema de saúde pública que pode ser prevenido, entre outras. (BRASIL, 2006).

Há muitas pessoas que têm um papel a desempenhar na prevenção do suicídio entre os policiais. As atitudes e comportamentos dos superiores, colegas, profissionais de saúde, familiares e amigos podem influenciar a saúde dos policiais. Como as causas do suicídio não são únicas e podem ser encontradas em um conjunto de fatores que poderiam ser descritos como mórbidos, sem dúvida, o índice deve ser levado em conta. Uma mudança, por mínima que seja, na roupa, no vestuário, no modo de se expressar, no humor, no modo de trabalhar de um colega, deve ser um indicador.

O indivíduo, em um determinado estágio, poderá recusar, inicialmente, qualquer comentário, demonstrando irritação, por uma possível invasão a sua esfera privada. Mas se o seu interlocutor mostra-se cuidadoso e habilidoso, ele poderá conseguir desabafar e desvendar sua aflição. Essa responsabilidade deve ser incutida em toda a esfera da corporação policial. Todos devem aprender para que se constitua, tanto na formação básica como na formação continuada dos profissionais de segurança pública, uma mentalidade preventiva:

Falar abertamente sobre o comportamento suicida, conscientizar e orientar os membros da instituição militar e seus familiares sobre fatores de riscos, fatores de proteção, sinais de risco que denunciam a necessidade de intervenção e recomendações sobre formas de ajuda, se constituem em ações importantes para a prevenção do suicídio. (CAIS, 2018, p.4).

Isto deve ser feito de modo que se vá introduzindo em todos os profissionais a relevância de saber lidar com a necessidade alheia, salientando a importância de o superior hierárquico manter um contato mais respeitoso com seu subordinado. Essa relação, por essência, fortalecerá as ligações dentro da corporação, facilitará troca de pontos de vista e abrirá o caminho à confiança. Deve-se desmistificar o estereótipo do policial imune a qualquer tipo de emoção ou sentimento, ideia construída pelo próprio agente, através do exercício de sua função. O policial, independentemente de sua constituição, está em conflito direto com a realidade deve superar seu medo, sua angústia, e construir uma melhor relação com seus colegas e superiores. O treinamento policial deve dar extrema importância para esse aspecto humano da formação:

É essencial compreender que as questões pertinentes ao suicídio passam pela incompreensão ou omissão deste problema que é relatado com desconhecimento pelos superiores do batalhão, o seja, a esfera que demanda ser estudada é o contexto familiar e individual do PM, e não as relações estabelecidas na corporação. (NOGUEIRA et al., 2018, p.10)

Ainda sobre medidas preventivas, “Instituiu-se o dia 10 de Setembro em referência ao Dia Mundial de Prevenção do Suicídio, e o termo Setembro Amarelo em alusão a ações de prevenção do Suicídio, mas os trabalhos de prevenção devem ser contínuos durante o ano inteiro.” (CAIS, 2018, p.5). Por meio dessa data, a Organização Mundial de Saúde objetiva aumentar a conscientização da população sobre a questão do suicídio.

5 CONCLUSÃO

Constata-se, a partir da análise realizada que, a cada ano, policiais militares morrem mais por suicídio do que no cumprimento do dever. Os policiais correm maior risco de suicídio devido à experiência de fatores de risco, como exposição à violência, mortes ou outros estressores relacionados ao trabalho; à depressão, ansiedade ou outra doença mental; ao abuso de substâncias; ao abuso doméstico; ao acesso a meios para matar a si mesmo (por exemplo, armas de fogo) e aos problemas de saúde física.

A natureza da atividade exercida pelos policiais faz com que eles sejam impactados pelo que veem e experienciam todos os dias. Incidentes específicos encontrados no trabalho podem deixar os policiais sentindo uma variedade de emoções, pensamentos e sensações físicas. No momento em que o peso das experiências se tornarem um fardo, deve ser normal procurar ajuda. Como é verdade, ao lidar com qualquer problema, o primeiro e mais importante passo é reconhecer que o problema existe. Com relação ao suicídio policial, esse fato não pode mais ser ignorado.

O suicídio é uma ação que deixa os sobreviventes abalados e em busca de respostas que talvez nunca sejam encontradas. O suicídio policial pode devastar a moral de agências inteiras e deixar indivíduos oficiais com sentimentos intensos de culpa, remorso e desilusão. Por sua própria natureza, o suicídio é um ato de desespero. As corporações policiais devem garantir que esses outros caminhos estejam disponíveis; devem estar na vanguarda de desenvolvimento e implementação de programas de intervenção suicida.

Os efeitos destrutivos consequentes dos suicídios ressaltam a necessidade de prevenir essa ação entre os profissionais de segurança pública. Não só um esforço efetivo de intervenção pode salvar vidas de agentes da polícia, mas também pode salvaguardar as corporações dos efeitos devastadores do suicídio. As instituições devem ir além, para desenvolver contramedidas suicidas. Felizmente, a relutância dos oficiais em buscar ajuda está sendo diminuída por programas de aconselhamento estabelecidos em muitos departamentos. Para oficiais individuais, esses programas ajudaram a remover o estigma de admitir que eles podem possuir problemas.

REFERÊNCIAS

BORGES, Thais. Tropa em choque: em três anos, pelo menos 21 PMs cometeram suicídio no estado. **Correio 24 Horas**. Salvador, 2018. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/xxx/>>. Acesso em 17 jun. 2018.

BOTEGA, Neury J. **Crise suicida: avaliação e manejo**. Porto Alegre: Artmed, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Institui Diretrizes Nacionais para Prevenção do Suicídio. **Portaria nº 1.876, de 14 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1876_14_08_2006.html>. Acesso em 15 dez. 2016

BRASIL. Ministério da Saúde do Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. **Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde** / Ministério da Saúde do Brasil, Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil; organizado por Elizabeth Costa Dias; colaboradores Idelberto Muniz Almeida *et al.* – Brasília: Ministério da Saúde do Brasil, 2001.

BRASIL. Dispõe sobre a lista de doenças relacionadas ao trabalho a ser adotada como referência dos agravos originados no processo de trabalho no Sistema Único de Saúde, para uso clínico e epidemiológico. **Portaria do Ministério da Saúde n. 1.339/GM**, de 18 de novembro de 1999. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1999/prt1339_18_11_1999.html>. Acesso em 17 jun. 2019.

CAIS - Centro de assistência integral à saúde. **Prevenção ao suicídio: Orientação para policiais militares e familiares**. Polícia militar do Piauí, Diretoria de saúde. Teresina, 2018. Disponível em: <http://www.pm.pi.gov.br/download/201809/PM20_d85563afc0.pdf>. Acesso em 20 jun. 2019

DANTAS, M. A. et al. Avaliação de estresse em policiais militares. **Psicol. teor. prat.** v. 12, n. 3, p. 66-77, São Paulo, 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872010000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19 jun. 2019

DURKHEIM, Émile. **O Suicídio**. Lisboa/São Paulo: Editoral Presença/Martins Fontes, 1973 (1897).

ESCÓSSIA, Fernanda da. **Pesquisas mostram avanço de suicídio entre policiais brasileiros**. BBC BRASIL. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150730_suicidio_policiais_fe_ab>. Acesso em 17 jun. 2019.

ESCÓSSIA, Fernanda da. **Por que os policiais se matam: pesquisa traz números e relatos de suicídios de PMs?** BBC Brasil. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160322_policiais_suicidios_fe_if>. Acesso em 20 jun. 2019.

MIRANDA, Dayse. **Por que os policiais se matam?** Diagnóstico e prevenção do

comportamento suicida na polícia militar do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Mórula Editorial, 2016.

NOGUEIRA, Juan; MARTINS, Wendel. **Saúde ocupacional e segurança pública**. Goiás, 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1089>>. Acesso em 19 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE(OMS). **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas**. Tradução Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE(OMS). **Prevenção do suicídio: Um manual para profissionais da saúde em atenção primária**. Transtornos mentais e comportamentais, Departamento de saúde mental. Genebra, 2000. Disponível em: <https://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/en/suicideprev_phc_port.pdf>. Acesso em 19 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE(OMS). **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Brasília, 2002.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE(OMS). “Informe sobre la salud en el mundo”. In: **Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas**. Genebra, 2001.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. Folha informativa – Suicídio. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5671:folha-informativa-suicidio&Itemid=839>. Acesso em 21 de jun. 2019.

RIO DE JANEIRO. Avaliação do Risco de Suicídio e sua Prevenção. **Secretária Municipal de Saúde, Série F. Comunicação e Educação em Saúde**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://subpav.org/download/prot/Guia_Suicidio.pdf>. Acesso em 20 jun. 2019.

RODRIGUES, Lucas; SOUZA, Adailma; SAMARIDI, Isadora. **A saúde mental do policial militar: A forma com que o seu desgaste mental pode prejudicá-lo**. Goiás, 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1361>>. Acesso em 18 jun. 2019

SILVA, Antônio; BUENO, Helen. **O suicídio entre policiais militares na polícia militar do Paraná: Esforços para prevenção**. Revista de ciências policiais da APMG, v. 1, n. 1, p. 5-23. São José dos Pinhais, 2017. Disponível em: <http://www.pmpr.pr.gov.br/arquivos/File/APMG/01_O_suicidio_entre_policiais_militares_na_policia_militar_do_Parana.pdf>. Acesso em 20 jun. 2019.

STABILE, Arthur. **Suicídio de policiais em SP aumenta 73% de 2017 para 2018, segundo Ouvidoria**. Ponte. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://ponte.org/suicidio-de-policiais-em-sp-aumenta-73-de-2017-para-2018-segundo-ouvidoria-das-policias/>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

VIOLANTI, John M. The mystery within: understanding police suicide. **FBI Law Enforcement Bulletin**. February, 1995, p. 19-23. Disponível em: <<http://www.aele.org/law/2007FPMAY/fbi-1995-02.pdf>>. Acesso em 21 jun. 2019.

TRANSCONSTITUCIONALISMO: UM PASSO PARA UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL

Emanuelle Almeida Evangelista
Yuri Castro Carneiro

Resumo

Analisando a interpessoalidade relacional e, em uma perspectiva macro, Inter Estados, é de elementar constatação a influência exercida pela globalização nos mais diversos segmentos, ditando, por vezes, a resolução de conflitos nacionais e internacionais. Levando em consideração que a maior parte dos vínculos que podemos qualificar como salutares podem apresentar consideráveis consequências jurídicas, é importante observar que estas, provavelmente, terão repercussão extranacional, repercutindo em países diferentes, com ordenamentos jurídicos distintos e posições diversas a respeito de mesmo fato. Deste modo, pretende-se, através de uma análise histórico-dogmática, compreender as facetas deste instituto no que tange as transformações normativas pós modernas.

Palavras-chave: Globalização, ordenamento, princípios.

Transconstitutionalism: a step towards a global Constitution

Abstract

Analyzing the relational interpersonal and, in a macro perspective, Inter States, it is of elementary verification the influence exerted by globalization in the most diverse segments, dictating the resolution of national and international conflicts. Taking into account that most of the essential legal ties can have considerable consequences, it is important to note that these will probably have an extra-national repercussion, with repercussions in different countries, with different legal systems and different positions regarding the same fact. In this way, it is intended, through a historical-dogmatic analysis, to understand the facets of this institute with regard to postmodern normative transformations.

Keyword: Globalization, organization, principles.

1 INTRODUÇÃO

A pós modernidade – período histórico no qual estamos inseridos – detém características bem definidas. No entanto, a que possui maior relevância para a contextualização do presente artigo é a globalização e a conseqüente integração entre povos, instituições e países.

Gilmar Mendes define a constituição em dois sentidos, quais sejam, material, como “Conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos órgãos do Estado, disciplinando interação e controle entre esses órgãos.” (MENDES, 2016, p. 55) e formal, “documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaborada por processo constituinte específico.” (MENDES, 2016, p. 55).

Temos, portanto, um documento que representa a autoridade máxima presente no ordenamento jurídico, sendo este, também, o direcionador das relações humanas naquele território que delimita, a máxima interferência nas condições interpessoais de relacionamento, além de instrumento de organização do convívio entre todas as outras instituições agregadas nesse arranjo jurídico.

Quanto à constituição e o seu processo de elaboração, é necessário compreender que todo texto constitucional é resultado direto de valores sociais estabelecidos antes de sua existência, tendo em vista que podemos regulamentar e indicar caminhos apenas acerca do que já temos fixado em nosso interior.

Por conseguinte, somente tratamos de regras que já estão presentes e disseminadas sobre aquela conjuntura social. Regras e valores estes que, como Durkheim nos induz a enxergar, agem como fato social perante a nós, sendo exteriores, coercitivos, gerais e, conseqüentemente, introduzindo-os no texto constitucional.

Outra justificativa a funcionar como elemento de confirmação de um ponto de extrema importância que será exposto ao decorrer deste presente texto – a presença de valoração moral diretamente ligada ao ordenamento jurídico – é a ideia de Superestrutura de Marx, que declara o direito como exteriorização de um projeto de dominação e controle, pois seria a justificativa lógica para a manutenção e desenvolvimento de determinados sistemas, nesse caso em específico, a ordem capitalista e seu aparato normativo.

O objetivo de esclarecer a predominância de fatores tão subjetivos na criação das nossas normas e princípios regulamentadores é justamente entender que não deveríamos nos submeter a tal subjetividade, na medida em que é inviável deduzirmos da lógica positivista métodos científicos para prever e organizar os modos de relacionamento e as melhores soluções para os problemas.

Destarte, em contraposição ao supratranscrito, o intuito da argumentação hodierna seria deduzir - através de lógica e racionalidade - o que deve ser pregado como fundamental em todo ordenamento jurídico, não apenas de maneira nacional, mas global, buscando compreender e detalhar como o transconstitucionalismo vem ajudando essa esfera teórica da quimera jurídica a tornar-se mais palpável.

2 O TRANSCONSTITUCIONALISMO E SUAS CARACTERÍSTICAS

O transconstitucionalismo é uma tese do professor da Universidade de Brasília, Marcelo Neves, a qual surge no fim do século XX, tratando sobre problemas de natureza constitucional concomitantemente relevantes para diferentes ordens jurídicas, lidando com problemas de

direitos humanos fundamentais que ultrapassam as fronteiras do texto constitucional de certo país, ou até mesmo transnacionais, como por exemplo, os tribunais do esporte, que ao seu turno, enfrentam essas colisões.

O Autor supracitado articula que tais conflitos possam ser solucionados mediante diálogo entre essas ordens jurídicas e não condições vinculantes ou ligadas à hierarquia, pois não haveria como tratarmos de hierarquia nesse plano, mas sim de determinado aprendizado constitucional.

Ao abordarmos a tese transconstitucionalista é de substancial importância compreender os motivos do seu nascimento, para que, então, possam ser vislumbrados seus possíveis desdobramentos. A modernidade que nos é oferecida, desde o período do surgimento do transconstitucionalismo até aqui, muito influencia no desenvolvimento da presente tese. O aumento contínuo do fluxo de relações extranacionais; troca de informações a nível mundial; informações midiáticas internacionais; todos trazem à tona o que talvez seja a maior característica do século XXI: a globalização. E também, portanto, a globalização do próprio direito constitucional, sendo mais facilmente influenciado e modificado através das interferências externas.

Além disso, pelo fato do texto constitucional ser mais facilmente identificado por grande parcela da população mundial, e ter seu objetivo reconhecido como de valor moral positivo, que é o de regulação de diversos ordenamentos, inicia-se um fenômeno que Marcelo Neves classifica como inflação constitucional, deixando o termo vago, e aumentando seu uso em diversas instituições reguladoras, detentoras, também, de poder político e influência internacional.

É a partir desse aumento de instituições com teor constitucional, aliado à globalização, que Marcelo Neves observa surgir o aumento de relações transversais entre diversos sistemas jurídicos que buscam solucionar os mesmos transtornos constitucionais simultaneamente. Sendo assim, ao começar a olhar as decisões internacionais, supranacionais, mesmo que apenas para confirmar as próprias teses, o direito constitucional que antes encontrava-se preso ao Estado nacional dele se liberta, funcionando, agora, como ponte de transição entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais, conceito retirado da “razão transversal” de Wolfgang Welsch (1996; 2002, pp. 295-318). Consoante Marcelo Neves (2014, p. 208.):

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas.

Pluralidade de ordem jurídicas; possibilidade de um diálogo constitucional; avanço normativo e principiológico através dos contrastes enfrentados; mudança da identidade constitucional; rearticulação a partir das situações-problema aqui enfrentadas, transformam a essência da Carta Magna em questão, e têm o poder de alterar os caminhos que serão tomados em novas decisões constitucionais, se enfrentados estes mesmos embates.

Segundo Marcelo Neves (2014, p. 211):

Daí por que, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas-hidra constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Para entendermos a importância do que foi apontado preliminarmente, é necessário explicar a analogia que Marcelo Neves traz ao comparar os problemas de ordem constitucional com o mito de Hércules x Hidra, “Onde recorre à narrativa referente ao segundo trabalho de Hércules, entre os doze realizados a serviço do seu primo Euristeu, rei de Micenas, em que aquele teve de enfrentar a Hidra de Lerna” (NEVES, 2012, p.3), colocando Hércules – o herói, o principal da resolução do conflito – como a regra, a melhor tomada de decisão quando exposto a alguma situação de embate com os princípios que lhe rodeiam, estes princípios representados pela Hidra, como o próprio explicou numa entrevista recente, e sendo esta relação entre princípios e regras a principal abordagem deste artigo.

Ao contrário dos autores que procuram ver nos princípios o fechamento da cadeia argumentativa, isto é, o caráter hercúleo, discorremos que este se encontra nas regras, visto que apenas elas têm a coesão adequada para findar a referida cadeia argumentativa. Os princípios se mostram de maneira a enriquecê-la, de modo a promover uma verdadeira adequação social do direito.

Nesse sentido, a relação entre princípios e regras é uma relação produtiva que leva ao processamento permanente do paradoxo da justiça, no qual implica a conexão entre consistência jurídica e adequação social do direito. Como superar este paradoxo é exatamente, em cada caso, com a articulação com princípios e regras. O processo de aplicação do direito figura-se, de certa forma, como análogo à situação em apreço, de maneira que o juiz articula-se, é provocado pela Hidra dos princípios, no entanto necessita libertar-se deste para encontrar a regra adequada a fim de atribuir solução ao caso concreto.

O manejo entre princípios e regras, que Marcelo Neves diz que seria realizada pelo *juiz Iolau* – um juiz prudente, que permeia entre os princípios e as regras com o intuito de solucionar adequadamente os conflitos (NEVES, 2013) - é a própria função do transconstitucionalismo,

e enquanto o caráter hercúleo das regras tentaria, com todas as forças, dissipar o conflito com a Hidra dos princípios, o magistrado subsumiria suas atividades a cicatrizar e cessar a regeneração das feridas causadas no ordenamento, fazendo com que as regras pudessem ser aplicadas perfeitamente, mediante sua interdependência axiológica com os princípios.

Nesse ínterim, de acordo com Marcelo Neves (2014, p. 213):

Isso significa que as colisões não são enfrentadas na mera fragmentação, mas nas pontes transversais entre as unidades constitutivas de ordem diferenciada de comunicação.

O transconstitucionalismo não trata necessariamente da construção de um diálogo através dessas pontes para soluções através de consenso, mas, antes, para a percepção de que as normas devem absorver o dissenso, até porque, é muito mais importante do ponto de vista transconstitucional o aprendizado recíproco durante o conflito.

2.1 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDEM NORMATIVA ESTATAL E EXTRAESTATAL

O embate mais paradoxal discutido na tese de Marcelo Neves, e que traz a maior responsabilidade sobre o debate do referido tema, é uma situação-problema entre essas ordens normativas distintas, de modo que o autor faz referência ao caso de uma tribo indígena dos Suruahá no Estado do Amazonas.

Esse tipo de coletividade extraestatal, não compatibiliza com os valores constitucionais do Estado pós moderno por não dispor de regras secundárias de organização, de limitações de poder ou defesa e garantia de direitos fundamentais, o que não as enquadra em nosso modelo reflexivo constitucional e, portanto, inviabiliza um transconstitucionalismo bilateral. Fazendo parte tão somente dessa unilateralidade constitucional que deve ser capaz de tolerar os valores antropológicos previamente presentes no ordenamento em questão, tendo em vista que a simples imposição unilateral seria de uma afronta aos conceitos da tese, além de se envolver em conversações constitucionais que, de certa forma, também entram em contraste com o transconstitucionalismo, ao passo em que abre diálogo com quem está à margem de um padrão constitucional.

O caso dos índios Suruahá trouxe à tona uma grande polêmica dentro do direito transconstitucional, um conflito entre direito à autonomia cultural e direito à vida, pois conforme o direito consuetudinário dos Suruahá, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral. Foi proposto acerca desse tema o Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, pelo deputado federal Henrique Afonso – Ac, como uma

tentativa de criminalizar este tipo de prática e, apesar de não ter obtido sucesso, de acordo com Marcelo Neves (2014, p. 213):

O contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de “diálogo” e colisão transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas. Pois essa postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente.

O maior problema sobre a autonomia cultural dessas comunidades é tentar lidar de maneira razoável com seus frequentes abusos a esses direitos individuais e a preservação das tradições de um povo, ondem tentam achar, de maneira equivocada, qual seria a linha tênue que poderia reger as duas espécies normativas sem tantos conflitos. Até onde seria adequado aturar essas atitudes?

3 RELATIVISMO ÉTICO X UNIVERSALISMO MORAL

Ao abordar o caso da tribo indígena e do conflito entre ordens constitucionais analisados anteriormente, Marcelo Neves tenta não se prender ao conflito entre relativismo ético e universalismo moral, pois constata ser necessário o convívio de ordens jurídicas, ainda que com perspectivas históricas diferentes, objetivando construir relações menos conflituosas com a ordem indígena, por exemplo, o que devemos discordar formalmente.

Ao excluir a universalidade da ética, relativizando-a e tentando propor uma uniformidade moral através da conversação jurídica com autoridades normativas distintas, Marcelo Neves deixa em aberto o fato de culturas particulares irem de encontro a direitos e garantias fundamentais, o que deve, sim, ser amplamente combatido.

Apesar das primeiras constituições terem sido as de “João Sem Terra” na Inglaterra, e também de grande relevância a Constituição da Ilha de Córsega – citada por Rousseau em sua obra *O contrato social* – a grande fundamentação dos princípios liberais de preservação dos direitos individuais tem suas raízes impregnadas na Revolução Francesa de 1789, esta funcionando como parâmetro para as constituições democráticas pós modernas. E se uma das maiores conquistas da humanidade em termos de defesa dos direitos do indivíduo tem suas raízes fincadas numa constituição, além de não haver justificativas éticas para ir de encontro a tais garantias, também não há fundamentação histórica coerente que justifique a preservação de ordens normativas que violem esses preceitos.

A crítica feita à possibilidade de garantir a jurisdição ou foro étnico para que cada ordem normativa não constitucional, indígena, por exemplo, resolva seus próprios conflitos

existe porquê a capacidade de autonomia do outro deve existir e não questiona-se tal fato, mas o que afetar a autonomia do outro não pode ser considerado constitucional ou passível de diálogo.

A relatividade dos valores morais de determinadas sociedades dentro do que podemos entender como princípios constitucionais não deve ser aceito, porquanto infringe as deduções lógicas sobre direitos naturais realizadas através da ética argumentativa de Hans Herman Hoppe.

Ao argumentarmos, nós exercemos três dos nossos direitos naturais, um não configura necessariamente o que poderíamos considerar algo a ser violado, pois trata de axioma da ação, seria a obrigatoriedade de qualquer ação buscar a felicidade. Entretanto, considera dedutivo outros dois, o direito natural a propriedade e a liberdade, pois seria argumentando, como seres qualificados racionalmente para tal, que consolidaríamos tais direitos, sendo impossível argumentar contra eles sem utiliza-los previamente (HOPPE, 2013).

Portanto, sendo esses os dois únicos direitos naturais estabelecidos racionalmente e sendo conseqüentemente universais, devem ser apenas baseados neles qualquer tipo de aparato normativo que tenha o objetivo de regular as ações dentro de qualquer conjuntura social. Ao estabelecer direitos novos, direitos que não são naturais, e isso serve para qualquer texto constitucional, temos duas opções como consequência direta dessa ação. Pode, por exemplo, de maneira expressa violar o direito à liberdade e propriedade ao mesmo tempo, criminalizando o uso de maconha ou de exercício de determinada profissão por considerar tais atos como contrários a expressão de valores morais daquela sociedade, entretanto, sem prévio consentimento do restringido, esse tipo de atitude nada mais é do que uma clara violação de garantias previstas pelo simples fato de vivermos, sendo contrário a ética filosófica da vida tais normas, e portanto impossíveis de defender a sua existência sem entrar em contradição semântica.

4 CONSTITUIÇÃO GLOBAL E SEUS FINS

Como já supra aludido, a necessidade de princípios universais para regulamentar o convívio em sociedade é latente do ponto de vista filosófico e deve utilizar-se do transconstitucionalismo como primeiro passo, a integração entre ordens normativas distintas é o início da conscientização popular sobre como nenhuma parte micro da comunidade global está perfeitamente apta a gerir todos os problemas existentes.

E assim, Habermas destaca “que numa sociedade pluralista a cultura política precisa

“desacoplar-se do plano das subculturas e de suas identidades, cunhadas de uma maneira anterior à política” (HABERMAS, 2002, p.135). Além de Habermas e Kant, que ainda trataremos aqui, quem também nos fala sobre a ideia de uma constituição global é José Gomes Canotilho, e é dele que retiramos os três traços caracterizadores desse “projeto”. De acordo com José Canotilho (2017, p.95) “O sustentáculo do sistema jurídico político em relações entre Estado/povo, emergência, através das declarações de um *jus cogens* internacional, a dignidade humana fixada como pressuposto de todos os constitucionalismos. Assim, compreende a transformação do Direito Internacional como um “parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional” (CANOTILHO, 2008, p.1370-1371).

O processo que pode nos levar à instauração de uma constituição global sinaliza a reconstrução do direito, e o remodelamento das instituições para se adaptarem às características do *jus cogen* internacional, ultrapassando os limites conceituais traçados pelas constituições estatais para alcançar também o direito internacional.

Assim, Kant desenvolveu a ideia do direito cosmopolita à luz dos conceitos do direito racional, estabelecendo: “(a) a cessação e proibição definitiva e perpétua da guerra entre as nações (fim imediato), a qual exige a (b) forma jurídica de uma aliança entre as nações (verdadeiro objetivo) para a (c) efetivação da ideia de condição cosmopolita alicerçada na finalidade da natureza (solução histórico-filosófica do problema)” (HABERMAS, 2007, p.194).

Destarte, pretende-se propor um sistema misto entre Habermas e Kant, Habermas entende que a compreensão republicana de constituição oferece a vantagem de proporcionar uma base de legitimação que supera certa tensão jurídica causada por micro sistemas isolados, porém para Habermas a tensão seria justificado pelo modelo liberal das constituições pós modernas, e baseio-me no oposto, apenas o modelo Kantiano de racionalidade através dos institutos liberais poderiam garantir a preservação dos direitos e garantias fundamentais já conhecidos, através sempre da manutenção dos direitos naturais, consolidando os princípios éticos universais e realizando a transição entre os diálogos transconstitucionais e a fixação da normatização global.

5 CONCLUSÃO

A pós modernidade e o subsequente globalismo que envolve as relações interpessoais é o fator preponderante para a alteração, ou ao menos o pensamento sobre as possíveis

alterações que podem ser feitas no ordenamento jurídico nacional para que sejam integradas de maneira bilateral nos ordenamentos jurídicos internacionais, não de maneira expressa, com normas sendo integradas, mas com diálogo sobre os princípios e a tentativa de anular a maior parte dos dissensos constitucionais, tudo isso através do transconstitucionalismo.

Entretanto, não consideramos plausível que apenas o já referido movimento seja suficiente para melhor aproveitamento dos textos normativos a nível mundial, e é por isso que o movimento deve fazer parte de um processo de transição para uma constituição global regada com princípios universais, será o transconstitucionalismo, experiência prática que tem o papel de introduzir a sociedade nas discussões extranacionais dos conflitos constitucionais e entender a gravidade das lesões aos direitos e garantias fundamentais.

Isto posto, segundo Habermas, para que a comunidade cosmopolita seja socialmente integrada basta que os cidadãos do mundo expressem de forma unânime “la indignación moral ante las masivas violaciones de los derechos humanos y las vulneraciones evidentes de la prohibición de las agresiones militares” (HABERMAS, 2009b, p.139), o que seria o objetivo momentaneamente ideal no que tange a respeito das liberdades e direitos individuais.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim . Direito Constitucional. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Cfr. entrevista in Crítica Constitucional, 11 de abril de 2013, disponível em <http://www.criticaconstitucional.com/entrevista-marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules/>, último acesso em 6.10.2018

Entre a hidra e a hércules. <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>> Acesso em: 8 out. 2018.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

NEVES, Marcelo. (Não)Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>> Acesso em: 7 out. 2018.

DELAÇÃO PREMIADA E A FACETA IMORAL DO ESTADO: A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE TORTURA.

Igor Oliveira Arcanjo da Silva

RESUMO

Debruçando-se criticamente ao instituto da delação premiada, o presente trabalho aponta o desrespeito aos princípios constitucionais e éticos que são suprimidos pelo Estado ao buscar, ardilosamente, a delação premiada. Então, somado a um espetáculo midiático, os Sujeitos Estatais, num verdadeiro conluio, aproveitam-se da decretação prisional preventiva do acusado/investigado sob o argumento de medida de segurança à ordem pública, para então, submeter o pretense delator a um estado crítico de vulnerabilidade com a finalidade de obtenção da delação premiada. Para tanto, serão evidenciadas as diversas facetas imorais do Estado, que sucumbe o seu dever de salvaguardar os princípios éticos e legais, executando, assim, a conduta do crime de tortura, ilícito tão grave que está elencado no rol dos crimes hediondos e que, por isso, deve ser combatido veementemente.

Palavras-chave: Delação premiada. Prisão para delatar. Vulnerabilidade do delator. Crime de tortura.

Abstract

Critically addressing the institute of award winning, the present work points to the disrespect for the constitutional and ethical principles that are suppressed by the State in its cunning pursuit of award winning. Then, added to a media spectacle, the State Subjects, in a true collusion, take advantage of the pre-trial detention of the accused / investigated on the grounds of security measure to public order, to then submit the alleged whistleblower to a critical state of vulnerability for the purpose of obtaining the award. To this end, the various immoral facets of the State, which succumbs to its duty to safeguard ethical and legal principles, will be highlighted, thus executing the conduct of the crime of torture, so serious that it is listed in the list of heinous crimes and that, therefore it must be fought vehemently.

Keywords: Awarded delegation. Prison to report. Whistleblower vulnerability. Torture crime.

1 INTRODUÇÃO

Indiscutível é que a nossa Constituição Federal é uma das mais democráticas do mundo. Nosso ordenamento jurídico, que está submetido às diretrizes da nossa Lei Maior, abarca princípios e direitos que buscam viabilizar um maior respeito às relações humanas.

Por essa razão, não há a compatibilidade de leis que confrontem a CF, que, possuindo resquícios autoritários e atitudes opressoras, vai de encontro ao que dispõe a nova perspectiva e sistemática legislativa pós-Constituição.

A prisão preventiva, medida cautelar excepcional, deve estar sempre pautada no crivo da proporcionalidade e da razoabilidade. Porém, diante da indiscutível banalização dessa prisão

cautelar, vê-se que a sua razão de ser está irrefutavelmente desvirtuada. Prende-se por diversos motivos, mas, muitas vezes, sem a observância dos pressupostos e das garantias inerentes à sua finalidade processual.

Nesse rumo, foi criada pelos operadores do direito a nova “modalidade” de prisão eivada de amorfismo e ilicitude: a “prisão para delatar”. Conforme a Lei de Organizações Criminosas, foi estabelecida a Delação Premiada, um instituto que não é tão inovador, mas que foi reformulado e adequado para o atual cenário criminológico. A partir dessa nova roupagem da colaboração premiada, deparamo-nos com o caos processual e a insegurança jurídica atual, visto que tal instituto não se aplica ao sistema Civil Law do direito brasileiro, pois desrespeita os fundamentos basilares do nosso ordenamento jurídico, a exemplo da indisponibilidade da ação penal e do direito ao silêncio.

Assim, estamos diante de um verdadeiro confronto entre a americanização do processo penal – eis que a delação é uma criação do sistema norte-americano – e a nossa linha democrática, que não permite a realização da negociação ampla, descrita na Lei nº 12.850/2013.

Com isso, o presente trabalho traz uma discussão acerca da (i)licitude da utilização da desvirtuada decretação da prisão preventiva para a obtenção da delação premiada, tendo em vista a vulnerabilidade do acusado, a qual atinge, frontalmente, preceitos jurídicos e éticos, imputando a essa conduta opressora o crime de tortura nos termos da Lei nº 9.455/97, crime esse constante no rol de hediondos em face da sua gravidade.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E SEUS PRINCÍPIOS BASILARES

O Processo Penal, sob a ótica de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, deve ser compreendido de modo a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto¹. Assim, o Processo Penal é o instrumento para fazer valer o poder punitivo estatal, possuindo suas regras e seus procedimentos que levam a essa finalidade. Além de ser instrumento, o Processo Penal atua como um limitador de arbitrariedades, que, nas palavras de Aury Lopes Jr., funciona como um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da Constituição².

O Direito Processual Penal Brasileiro fundamenta-se no sistema acusatório. A partir

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 2014. Salvador: JusPodvm, p.40.

² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

dessa senda, torna-se evidente a existência da separação de funções entre os sujeitos processuais, sendo eles o Juiz e as Partes, cada um com sua função específica de acusar, defender e julgar, apenas.

Tal separação entre os sujeitos processuais, precisamente entre o acusar e o julgar, como aduz Aury Lopes, resta evidente quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalecendo-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegurando-se a imparcialidade do julgador³. Tal separação de funções deve se manter ao longo de todo o processo para a garantia da imparcialidade e a efetivação do contraditório.

Portanto, no sistema acusatório, é fundamental o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, da imparcialidade. Tal sistema processual foi adotado pela Constituição de 1988, que define um processo penal acusatório, apesar de que o CPP traz, em seu bojo, numerosos dispositivos inquisitórios, a exemplo da decretação da prisão preventiva de ofício e da possibilidade de instauração do inquérito policial mediante requisição de Autoridade Judiciária, conforme Arts. 311 e 5º do CPP, respectivamente.

Para atingir sua finalidade, o Processo Penal Brasileiro abarca, em sua estrutura, princípios que norteiam seus procedimentos e, principalmente, limitam eventuais excessos.

Entre eles, devemos enaltecer os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade.

2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Esse princípio está insculpido no Art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Nele consta que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Para Paulo Rangel, a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição a eles que não esteja prevista em lei⁴. Para tanto, cita o brilhante jurista Ruy Barbosa, que dizia: “*não há pena sem processo, nem processo senão pela justiça*”⁵.

Ou seja, pelo presente princípio, devem-se respeitar todas as garantias legais e constitucionais antes de restringir algum direito fundamental da pessoa. Para qualquer sanção, é necessário um regular processo que a legitime. Ainda nas palavras de Paulo Rangel, “o devido

³ Ibid., p. 43.

⁴ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

⁵ Ibid., p. 4.

processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual”⁶. Ele justifica tal assertiva aduzindo que sem o devido processo legal não pode haver contraditório, ou seja, o processamento exige o respeito às regras do jogo.

2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Princípio inserido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal é também chamado de princípio da não-culpabilidade. Por isso, entendemos que a pessoa acusada de um crime só pode ser considerada culpada depois de esgotados todos os recursos, resultando, assim, no trânsito em julgado.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar sustentam que o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado⁷. Também insculpido na Convenção Americana de Direito Humanos, temos, naquele ordenamento, que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumida inocente, enquanto não for comprovada a sua culpa”⁸. Tamanha é a sua importância, que o princípio em análise está presente em diferentes ordenamentos jurídicos mundo afora.

Brilhantemente, Aury Lopes ensina que esse princípio possui duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Internamente, ele determina que a carga da prova seja inteiramente do acusador (provar a culpa do acusado) e que a dúvida conduz, inexoravelmente, à absolvição, além das severas restrições ao uso indiscriminado das prisões cautelares, enquanto, na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência visa coibir a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do processo judicial, além da estigmatização precoce do réu⁹, o que deve ser combatido, conforme o presente princípio.

2.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Insculpido na Constituição da República e na Convenção Americana de Direitos Humanos, o princípio em tela trata do direito de defesa propriamente dito. Tal princípio está intrinsecamente ligado ao Princípio do Devido Processo Legal.

Nas lições de Paulo Rangel, o contraditório é o direito que oportuniza ao acusado desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público¹⁰. Tal afirmação demonstra a essência

⁶ Ibid., p. 5.

⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 2014. Salvador: JusPodvm, p.61.

⁸ CIDH. COSTA RICA, 1969.

⁹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. Ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96 e s.

¹⁰ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

do direito de defesa.

Nucci aduz que esse princípio quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova feita no processo por uma das partes tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado¹¹.

Portanto tal princípio constitui-se como o verdadeiro requisito de validade do processo. Tanto que, havendo prejuízo ao acusado ao longo do processo, há a possibilidade de enquadramento de nulidade absoluta, devendo, na sua íntegra, retornar ao procedimento que deu causa ao referido prejuízo. Eugênio Pacelli qualifica tal princípio como um dos mais caros do processo penal¹².

2.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Já o princípio da Ampla Defesa, considerado por muitos juristas um desdobramento do Princípio do Contraditório, nada mais é que o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação (Nucci, p.35). Ele é tão importante, que está insculpido em nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV.

Tal princípio possibilita ao acusado uma vasta produção probatória, desde que requisitada ao Juiz, visto que há uma inquestionável diferença no aparato institucional da acusação (Ministério Público e Polícia Judiciária). Como exemplo desse tratamento diferenciado ao acusado, citamos a possibilidade do ajuizamento da revisão criminal e o direito de silêncio, que não poderá ser interpretado ao seu prejuízo.

Vale ressaltar que o presente princípio exige que todo acusado possua defesa técnica, sendo ela exercida por advogado constituído ou dativo. Caso a defesa não demonstre o seu preparo e sua eficiência, é possibilitada ao Magistrado do processo a intimação do acusado para que constitua um novo defensor ou, caso isso não ocorra, a nomeação de um dativo para tanto, o que demonstra a tamanha importância deste princípio.

2.5 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Conforme dispõe o sistema acusatório, deve existir a divisão das funções das partes

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pg. 37.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 14. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: 2011. p. 40.

processuais, cabendo ao Juiz a única função de julgar, como o verdadeiro garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

Desse modo, cabe ao Juiz verificar a legalidade dos atos processuais, analisando de forma justa e imparcial as provas produzidas com a finalidade de julgar o processo da forma mais sensata. Quanto à imparcialidade do magistrado, Nucci aduz que a maior preocupação desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura¹³.

Aury Lopes Jr. aprofunda o entendimento desse princípio sustentando que, quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia¹⁴. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo é o fator legitimante da atuação estatal.

Ou seja, faz-se imperiosa a atuação imparcial do magistrado, visto que, na maioria das vezes, o resultado do processo porá em risco a liberdade de um ser humano.

3 ASPECTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um tipo de prisão cautelar entre as elencadas no Código de Processo Penal. Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Alencar, prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento¹⁵.

A partir disso, mencionamos a existência da prisão-pena, que é fruto de uma decisão condenatória transitada em julgado, e a prisão processual, objeto do presente estudo, que nada mais é, conceituada por Paulo Rangel, do que a privação da liberdade, antes da sentença proferida no processo, e que tem como escopo resguardar o processo de conhecimento¹⁶.

Entre as prisões cautelares, temos, em especial, a prisão preventiva, cuja decretação poderá ocorrer até o trânsito em julgado da sentença, seja em sede de inquérito policial, seja no transcorrer do processo penal.

Conforme os art. 311 e 312 do Código Processual Penal, a prisão preventiva somente poderá ser decretada por um juiz, tendo como fundamento a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou o asseguramento da

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pg. 38.

¹⁴ LOPES Jr., Aury. Prisões cautelares. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Sataiva, 2013, p. 86.

¹⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 2014. Salvador: JusPodvm, p. 701.

¹⁶ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 752.

aplicação da lei penal, sempre que houver prova da existência de um crime e de indícios da sua autoria¹⁷.

Seguindo os dispositivos do mencionado código (art. 313), temos que será cabível a prisão preventiva em crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; em caso de reincidência, se houver crime de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência ou quando houver dúvida acerca da identidade civil da pessoa ou quando ela se negar a fornecer, o que ensejaria sua liberdade após a sua identificação.

Como constante em nossa Legislação Brasileira, a prisão preventiva somente poderá ser decretada por uma autoridade judiciária. Nesse caso, ela se materializa através do mandado de prisão, conforme preceitua o art. 285 do CPP, devendo ser observadas algumas formalidades fundamentais: lavratura por escrivão e assinada pela autoridade; qualificação do sujeito; e a infração penal que motivou a prisão.

Fernando da Costa Tourinho Filho cita a tamanha importância do respeito aos itens acima indicados do referido art. 285. Aduz que o cumprimento de uma ordem de prisão em que ausentes estejam as formalidades citadas poderá sujeitar a autoridade que a fez expedir e o próprio executor às sanções do art. 4º, a, da Lei nº 4.898/65 – Lei de Abuso de Autoridade¹⁸.

Portanto deve-se atentar para a possibilidade da decretação e para as formalidades dela, para que o ato do executor e da autoridade que a expedir não seja enquadrado como crime de abuso de autoridade.

3.1 VEDAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA PENA

Infelizmente, em nosso ordenamento jurídico, não existe um prazo estabelecido para que perdure a prisão preventiva. Tanto é assim, que um dos princípios da presente prisão cautelar é o da provisoriedade. Aury Lopes Jr. sustenta que toda prisão cautelar deve ser temporária, de breve duração, até porque é apenas tutela de uma situação fática e não pode assumir contornos de pena antecipada¹⁹.

Como dito, não há previsão legal que estabeleça um prazo de duração da prisão cautelar, restando aos juízes ou tribunais decidirem o tempo de duração dela, desde que exista o *periculum libertatis*. Porém é imperioso destacar que deve existir uma linha de

¹⁷ BRASIL. Código de processo penal, 1941.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal., volume 3. 34. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 554.

¹⁹ LOPES Jr., Aury. Prisões cautelares. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

proporcionalidade e razoabilidade para que a manutenção da prisão seja acertada e não acabe colidindo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar da triste inexistência de prazo para a imposição dessa custódia cautelar, com um olhar justo e visionário o legislador do Novo Código de Processo Penal (PLS 156/09) elencou prazos previamente definidos nos termos do Artigo 556²⁰. O referido PLS demonstra o avanço legal que busca balancear, de forma justa, a indiscriminada prisão preventiva do nosso “atual” Código Processual, que é da década de 1940.

Enquanto não há estipulação de um prazo para a prisão preventiva, o que é reprovável, Guilherme de Souza Nucci pontifica que deve haver uma justa medida da razoabilidade e da proporcionalidade. Por um lado, ele ilustra que um processo de crime e réu únicos, em vara sem excesso de processos, deve ter um trâmite célere, seguindo-se os prazos legais, sob pena de gerar constrangimento ilegal no tocante à razoável duração da prisão cautelar. Por outro lado, vários delitos, com numerosos corréus, em vara sobrecarregada de feitos, podem provocar extensa duração da prisão provisória, embora nos limites da razoabilidade²¹.

Nucci ainda exemplifica, quanto à proporcionalidade, que um réu primário, respondendo por roubo simples, sujeito a uma pena mínima potencial de quatro anos, com possível regime aberto ou semiaberto, não deve ser recolhido cautelarmente, pois tal ato configura-se desproporcional. Assim, unindo-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem-se o quadro ideal para controlar a duração da prisão cautelar²².

Desse modo, resta claro que a decretação da prisão preventiva deve estar pautada na proporcionalidade e razoabilidade, impedindo que haja uma antecipação da pena, visto que a provisoriedade da medida cautelar e a vedação da punição prematura do processado vão de encontro ao que dispõe o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme dispõe o art. 312 do diploma processual penal, os requisitos ou pressupostos da Prisão Preventiva são a prova da existência do crime e o indício suficiente da autoria. Desse modo, para que haja a decretação dessa extrema medida cautelar, devem estar presentes ambos os pressupostos.

²⁰ DOS SANTOS, Gabriel Ferreira. A prisão preventiva no novo Código de Processo Penal. Disponível em <<http://estadodedireito.com.br/prisao-preventiva-no-novo-codigo-de-processo-penal/>>. Acesso em 06 de setembro de 2019

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 551.

²² Ibid., p. 552.

Nas lições de Fernando da Costa Tourinho Filho, a lei exige a prova da existência do crime. Não basta mera suspeita. É preciso que haja prova da materialidade delitiva²³. Ele aduz ainda que, ao lado da prova da existência do crime, exige a lei “indícios suficientes da autoria” como condição indispensável para a decretação da medida excepcional²⁴.

A partir dessa análise, Aury Lopes ensina que os requisitos da prisão preventiva são denominados de *fumus commissi delicti*; e que os fundamentos para tal é o chamado *periculum libertatis*. Em suas obras, o referido autor intitula o *fumus commissi delicti* como “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”²⁵.

Aduz ele ainda que a fumaça da existência de um crime (*fumus commissi delicti*) não significa um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável²⁶. Ou seja, não é preciso ter certeza sobre a autoria do crime, mas é necessário um juízo de probabilidade de que a decretação recaia sobre um ato criminoso proporcional para tanto e de que a autoria do sujeito seja visível.

Já para a fundamentação da preventiva, temos o chamado *periculum libertatis*, o qual conceitua como o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo²⁷. As fundamentações para tal imposição cautelar estão elencadas no art. 312 do CPP.

Assim, resta claro que a decretação da medida excepcional precisa estar calcada nas possibilidades do art. 312 do Código Instrumental Penal, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Para tanto, para tal imposição extremada devem estar presentes os seus requisitos - a provável autoria do crime e a existência de um ato criminoso.

4 A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA X A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

Como é sabido, a prisão preventiva é uma medida excepcional. Para tanto, há de ser mencionado o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, aqui anteriormente tratado, o qual está insculpido no art. 5º, inciso LVII da CF. Desse modo, qualquer decretação prisional iria de encontro à incriminação prematura do acusado.

Como já explicitado antes, para que haja a decretação da medida excepcional, há a necessidade de fundamentação. No caso de ser decretada a prisão preventiva sob o argumento da garantia da ordem pública, Aury Lopes Jr. preceitua que a utilização da mencionada

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 685.

²⁴ Ibid., p. 685.

²⁵ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 647.

²⁶ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 648.

²⁷ Ibid., p. 651.

justificativa é vaga, indeterminada. Aduz ele que é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”²⁸.

Infelizmente, tal justificativa é recorrente para a imposição de tal medida excepcional. Ainda nas palavras de Aury Lopes, há aqueles que justificam a prisão preventiva em nome da “credibilidade da justiça” (pois deixar solto o autor de um delito grave geraria um descrédito das instituições) e ainda o risco de reiteração de condutas criminosas²⁹.

A garantia da ordem pública, no entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal³⁰.

Portanto, envolvendo a comunidade em geral, seja por comoção, seja por reiteradas práticas criminosas, é evidente a intenção de demonstrar a credibilidade do Poder Judiciário, sendo comum a utilização da medida extremada da prisão preventiva como garantia da ordem pública em face da sua vagueza, possibilitando esse frágil enquadramento.

Porém, nas palavras de Aury Lopes Jr., há de se deixar claro que “as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento-processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado”³¹. Vê-se então que o instituto prisional nada mais é que uma medida cautelar que se destina a servir ao processo de conhecimento, e não uma sanção pela prática criminosa ou uma antecipação da pena.

Para tanto, o Código de Processo Penal elenca diversas medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, justamente para que o “mal-maior” não seja decretado ao imputado. Conforme o Art. 319 do CPP, são medidas cautelares diversas da prisão o comparecimento periódico em juízo; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; a proibição de contato com determinada pessoa; a proibição de ausentar-se da comarca; o recolhimento domiciliar no período noturno; a suspensão do exercício de função ou atividade; a internação provisória do inimputável ou semi-imputável; o arbitramento de fiança; o monitoramento

²⁸ Ibid., p. 651.

²⁹ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 651.

³⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 2014. Salvador: JusPodvum, p.733.

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. 2.ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 90.

eletrônico; a entrega do passaporte.

Ou seja, por ser a prisão preventiva a medida extrema ou excepcional, há a possibilidade, antes de ser atingida, de serem decretadas as medidas cautelares diversas da prisão, eis que a quantidade de opções supriria eventual cárcere desproporcional, como já dito, à última alternativa cautelar.

5 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Inserida no ordenamento pátrio, em momento de fortalecimento e disseminação das organizações criminosas, a colaboração premiada incorpora a tentativa de possibilitar ao Estado um maior controle e aprofundamento à repressão criminal, o que fica evidente com a Lei nº 12.850/13 – Lei de Crimes Organizados.

Nas palavras de Paulo Quezado e Jamile Virginio, “a delação consiste numa redução da pena ou, em determinados casos, quando o auxílio for considerado de grande monta, até mesmo no perdão judicial para o colaborador que preencha os requisitos legais, apenas sendo concedido tal benefício, por lógica, ao fim do processo criminal, em sede de sentença de mérito, posto que seja exigível profunda análise do alegado pelo delator” (2009, p. 18).

Assim, há um fomento estatal para que o imputado contribua para a investigação ou o processamento da ação penal, tendo como moeda de troca um benefício de atenuação da pena, ou até mesmo o perdão judicial. Tal instituto evidencia a isenção do Estado Acusador para a busca de provas, permitindo que o Acusado colabore com todas as informações em torno das ações criminosas, ofício exclusivo da Acusação. Então propõe eventuais benefícios e dá prosseguimento às próximas delações com o fito de atingir toda a “teia” criminosa.

Apesar da impossibilidade da utilização única dos meios de provas obtidos das colaborações realizadas, todo o ciclo de condenações está, justamente, fundamentado nas provas obtidas em cadeia pós- delação.

Jacinto Coutinho afirma que:

“Ora, se o Estado é incapaz de arrecadar de maneira eficaz os meios de prova suficientes para processar e, se for o caso, condenar os criminosos, nada mais razoável – e inteligente, pelo menos aparentemente – que lançar mão de uma vigilância interna (nas empresas e órgãos), de modo a que seus membros se denunciem mutuamente em hipóteses desviantes ou criminosas”.

Portanto ver-se-á que o instituto da colaboração premiada sucumbe diversos princípios constitucionais, deixando evidente uma faceta imoral do Estado, que tanto persegue a moralidade de seus cidadãos – demonstrando a flagrante inconstitucionalidade dela.

5.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Desde os primórdios existem princípios éticos dissipados nas sociedades em geral, especialmente o repúdio à traição. Quanto a essa, vê-se o desprezo unânime das pessoas quando se deparam com um traidor.

Historicamente, temos o exemplo de Judas Iscariotes, que foi responsável pela entrega de Jesus Cristo aos soldados romanos. Em virtude desse ato, até os dias atuais é comum existirem eventos tradicionais para a “queima do Judas”, justamente em repúdio ao lamentável episódio.

Na história brasileira temos também exemplos de delações ocorridas ao longo do seu desenvolvimento, a exemplo de Tiradentes, que foi delatado pelo Coronel Joaquim Silvério à Coroa Portuguesa, além das delações que também terminaram em morte dos líderes da Conjuração Baiana³².

O instituto da colaboração premiada teve sua primeira aparição no Brasil, em 1603, nas Ordenações Filipinas. Tal ordenamento jurídico vigorou até a edição do Código Criminal de 1830, que previa a concessão de favores legais àqueles que, em determinados casos, denunciassem comparsas³³.

Hoje, disciplinada pela Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), o instituto da colaboração premiada foi aperfeiçoado em suas nuances, desde a sua criação e ao longo do seu desenvolvimento. Na mencionada lei, que traz diversos outros meios de obtenção de prova, inscritas do art. 4º ao 7º, que tratam da colaboração premiada, os referidos dispositivos carregam à sua aplicação diversas regras, diversos procedimentos e também direitos para o colaborador, contendo estruturas processuais particulares na mencionada Lei.

5.2 A AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como trazido à baila anteriormente, o processo penal brasileiro é baseado no sistema acusatório, advindo do Civil Law. Tal direito nasceu a partir de miscelâneas do Direito Civil Romano, do Direito Canônico, entre outros que fincam sua essência na supremacia do texto constitucional e o seu controle de constitucionalidade, estando o Poder Judiciário restrito à interpretação e aplicação da Constituição e das leis³⁴.

Heron Godilho Santana aduz que o Brasil segue a linha do sistema Romano-Germânico,

³² QUEZADO, Paulo; VIRGINIO, Jamile. Delação premiada – Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2009, p. 35-37.

³³ MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio Cesar OG. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 2ª ed. Leme: Jhmizuno Editora Distribuidora, 2016, p.15-17.

³⁴ DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p.196-202

fundado na tradição iluminista, que opera com códigos legais legitimados pelo Poder Legislativo, com ênfase em processos inquisitivos de aferição da verdade real ou material³⁵. Ou seja, segue uma hierarquia de leis que vinculam os atos e procedimentos jurídicos às suas determinações.

Já o sistema americano está filiado ao Common Law, que privilegia a participação popular na administração da justiça e concentra sua legitimação em processos de negociação consensual da verdade³⁶. Seus julgamentos são pautados nos princípios/costumes, desempenhando um papel fundamental de estabilidade, visto que são respeitados. Além do mais, tal sistema possui um caráter discricionário amplo do Ministério Público, possibilitando flexibilizar a aplicação de penas (*plea bargain*) e, inclusive, acusações (*Overcharging*).

Um exemplo de instituto da Justiça Penal Negociada é o chamado *plea bargain*, um modelo que prevê acordos a portas fechadas entre o Ministério Público e o acusado. O intuito desse modelo é que o réu seja convencido a confessar o crime, muitas vezes mesmo sem ter cometido, em troca de benefícios, para que o processo não se arraste e cause-lhe todo o transtorno do peso de uma acusação.

Em verdade, o caráter distintivo da família Romano-Germânica, quando comparado com o Common Law, é que, na primeira, a legislação é a principal fonte jurídica, lugar ocupado, na segunda, pelos costumes e precedentes judiciais, de modo que as leis são utilizadas excepcionalmente para os casos por ela regulados, não sendo permitida a interpretação analógica³⁷.

Em razão dessas gritantes diferenças entre sistemas, não há como mesclar institutos americanos processuais de cunho negocial para o nosso processo penal. Exemplo disso é que o poder discricionário do Ministério Público Americano é amplo, podendo não mover ações ou desistir daquelas já existentes; enquanto o Ministério Público Brasileiro está submetido ao Princípio da Obrigatoriedade e da Legalidade, não podendo abrir mão da propositura de uma ação penal.

Com esse entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski decidiu fundamentando que o nosso sistema, de matriz romano-germânico, não comporta e não recepciona esse poder

³⁵ GORDILHO, Heron Santana. **Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA**. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo. 2009, Disponível em: https://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2187.pdf. Acesso em: 03/04/2019.

³⁶ Op. citada

³⁷ Op. citada

negocia, nem esse superministério Público do modelo anglo-saxão³⁸.

Diante dessa perspectiva, vê-se que a delação é fruto de uma concepção de processo e, principalmente, de um jogo, pois está fundada na barganha e no acordo, próprios do sistema americano, que admitem a condenação de acusados com lastro apenas no reconhecimento pessoal da sua alegada responsabilidade criminal³⁹. Contudo tal procedimento é incompatível com o que preceitua o Direito Processual Brasileiro. Como exemplo, nos termos do art. 226 do CPP e entendimentos jurisprudenciais, o reconhecimento de pessoa deve ser realizado como determina a lei e não pode ser considerado como única fonte de prova.

Infelizmente, essa miscelânea processual está indo de encontro aos princípios processuais fundamentais, como o princípio da legalidade, da paridade de armas e o da não autoincriminação. Como aduz Jacinto Coutinho, está se operando uma americanização à brasileira. Quando se pensa na delação premiada norte-americana, dentro do sistema processual penal do *Common Law* deles, percebe-se logo que no Brasil se promoveu uma farsa⁴⁰, visto que são gritantes as incompatibilidades entre os sistemas jurídicos.

5.3 O DILEMA DO PRISIONEIRO

O dilema do prisioneiro foi criado por Merrill Flood e Melvin Dresher, em 1950, com repercussão em diversos campos do conhecimento, também no direito processual, especialmente no regime de delações premiadas, já que o manejo de prisões cautelares procura colocar os investigados/acusados em situação de “déficit” de informações⁴¹. Ressaltando, também, a indiscutível vulnerabilidade da pessoa que está presa.

O dilema em tela coloca dois presos em situações iguais e com propostas bastante tentadoras. A estratégia dominante pode ser a menos eficiente, cuja circunstância induz o jogador a buscar o resultado individual mais favorável, quando, na verdade, a cooperação traria um benefício melhor para ambos.

O jogo consiste em propor a dois investigados/acusados presos no mesmo contexto processual, em situação simétrica (não podem se comunicar ou não possuem mecanismos de forçar a cooperação entre si), um acordo por meio do qual se um prisioneiro confessar e o outro

³⁸ STF, Pet. 7.256/DF, Rel. Ricardo Lewandowski; 14/11/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347761>>. Acesso em: 13/04/2019.

³⁹ DA CRUZ, Flávio Antônio. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>>. Acesso em: 08/04/2019.

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda, LOPES JR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite: a controversa justiça negocial manda n Brasil**. Florianópolis: Emais, 2018, p. 27.

⁴¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction. Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2017, p. 63.

não, o que confessou será posto em liberdade, enquanto o que ficou calado receberá 12 (doze) anos de prisão. Se os dois confessarem, a pena será para ambos de 10 (dez) anos. Já se permanecerem calados, a pena para os dois será de 2 (dois) anos.⁴²

Vê-se então que existem duas situações: confessar ou cooperar. Para quem confessar, 0 ou 10 anos de prisão, enquanto para quem cooperar, 12 anos ou 2 anos de prisão. As decisões individuais contribuirão diretamente para o resultado de ambos, positiva ou negativamente.

Tal jogo induz, justamente, à confissão, visto que possibilita a saída imediata de quem confessar. Mas a esperteza e a ganância dos jogadores trariam maior prejuízo do que benefício (10 anos de prisão para os dois ou 12 anos para apenas um), enquanto a cooperação de ambos deixaria os jogadores com uma pena razoavelmente melhor (apenas 2 anos de prisão).

Ou seja, a cooperação entre os agentes levaria a um resultado individual melhor do que uma estratégia individual dominante (sensata num primeiro instante), mas posteriormente prejudicial. Por isso, em face das relações humanas passadas e da possibilidade de novas interações futuras, há a necessidade de estipular táticas na execução das diversas escolhas.

Em processos com o envolvimento de organizações criminosas e delação/colaboração premiada, com diversos potenciais acusados e muita informação a ser descoberta, assim como o uso das prisões cautelares e da mídia, com vazamentos táticos de prova, a matriz do dilema do prisioneiro poderá auxiliar⁴³. Como a delação premiada se finca nas informações valiosas, caso haja demora em delatar, as informações não terão valor, necessitando então de um estabelecimento de estratégias favoráveis ao jogador.

Por isso, antes de qualquer iniciativa do investigado/acusado, é necessário examinar com cautela os termos da acusação, suas provas e a estratégia para a obtenção do melhor resultado, podendo a almejada colaboração mais prejudicar do que beneficiar o delator.

5.4 A CONTRIBUIÇÃO DA MÍDIA: O ESPETÁCULO DO PROCESSO PENAL

Incontestável é a força que a mídia possui na manipulação da sociedade. As notícias, quando veiculadas, sempre amenizam ou potencializam a realidade do fato noticiado. A frequência, a duração e, muitas vezes, a distorção da verdade demonstram que o intuito principal da imprensa é ter audiência.

Tanto que muitos dos crimes, quando veiculados pela mídia, ficam dependentes de

⁴² DAVIS, Morton David. Teoria dos Jogos: uma introdução não-técnica. Trad. Leonidas Hegenberg e Otanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973, p.107.

⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction. Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2017, p. 65.

como será a aceitação da população, principalmente nos casos de grande repercussão, nos quais fatos e suposições são impulsionados pela mídia. A potencialização e o exagero estabelecem a noção de que é necessário prender o acusado⁴⁴.

Existe também uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão⁴⁵.

Infelizmente, a devida aplicação da lei, muitas vezes, não ocorre, justamente, por conta do “clamor social”. Juízes ficam submetidos ao desejo do povo e decretam prisões arbitrárias apenas para dar satisfação ao sentimento de confiança dos cidadãos no Poder Judiciário e no ordenamento jurídico. Nesse momento, o Poder Judiciário sucumbe aos clamores populares e, sob o pálio da ponderação, adota medida de eficiência na sanção estatal, que, todavia, restringe de modo injustificado uma garantia fundamental de toda a sociedade⁴⁶.

Por isso, há essa instabilidade jurídica. Muitos dos direitos fundamentais são relativizados em proveito de outros de menor importância, quando, por obrigação do Poder Judiciário, deveriam ser preservados. Não há valoração do fato, há o clamor público impulsionando as decisões judiciais, imputando ao Magistrado a impossível missão de reduzir a criminalidade e a impunidade desta maneira: prender para mostrar sua atuação.

6 INTERESSE ESTATAL X INDUZIMENTO À DELAÇÃO

É óbvio que a delação premiada é favorável ao interesse público. Tal instituto permite que a Acusação se exima de investigar e constituir provas suficientes, para propor acordos que nortearão suas futuras investigações e servirão como meio de prova para acusar e sancionar os demais partícipes das ações criminosas.

O fundamento invocado, para sua adoção, é a confessada falência do Estado para combater a dita “criminalidade organizada”, que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos, do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da

⁴⁴ CALLEGARI, André Luiz. Preventivas indevidas ferem o Código de Processo Penal. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-set-11/callegari-preventivas-indevidas-ferem-codigo-processo-penal>>. Acessado em 13/04/2019.

⁴⁵ LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110.

⁴⁶ KOLLER, Carlos Eduardo; RUTHES, Igor Fernando. Operações midiáticas e Processo Penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal. Disponível em <<https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/466/0>>. Acessado em 14/04/2019.

delinquência massificada⁴⁷.

Portanto, para evitar sucumbir diante de buscas vagas e, muitas vezes, sem êxito, o Estado recorre ao instituto da Colaboração Premiada, deixando de lado o seu respeitoso múnus de fazer valer o direito e as leis, passando a recorrer às inditas supressões de preceitos fundamentais do processo penal.

6.1 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA ÉTICA DO ESTADO

Vale a pergunta: pode-se negociar tudo? O estado, na condição de criador, respeitador e fiscalizador dos princípios penais, com a delação premiada, vem flexibilizando direitos intangíveis, que jamais poderiam ser fracionados.

É legítimo que o estado negocie com o crime? Com o advento da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), vê-se que tal negociação é possível, porém vale o questionamento: a forma para atingi-la é ética?

Exemplo disso são os acordos de colaborações, que, verdadeiramente, abandonam noções básicas, como a obrigatoriedade da ação penal, limite mínimo e máximo de pena dos tipos penais e as regras de fixação de regime prisional⁴⁸. Resta indubitável que, para atingir o êxito das delações, o Estado também é capaz de suprimir princípios processuais e ordenamentos jurídicos.

Cezar Bittencourt critica, com veemência, a atitude do Estado quando estimula a deslealdade e a traição entre parceiros, somente para a obtenção de vantagens pessoais. Compactuar com o crime faz do Estado também criminoso. Em suas palavras, aduz que:

“Quando se constata que em uma única "operação" ("lava jato") mais de 87 "delações premiadas" já ocorreram, alguma coisa não vai bem! Todos querem ser delatores! Delatado também virou delator. Delação premiada virou baixaria, ato de vingança, *ultima ratio* de denunciados ou investigados. Enfim, os ditos delatores dizem qualquer coisa que interesse aos investigadores para se beneficiar das “benesses dos acusadores”, os quais passaram a dispor, sem limites, da ação penal, que é indisponível!”⁴⁹.

Provavelmente, buscando uma forma de contrabalancear as numerosas arbitrariedades deste transplante legal, na delação premiada, o Estado estabeleceu o método *Discovery* para

⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antiatico>>. Acessado em 17/04/2019.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda, LOPES JR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite: a controversa justiça negocial manda n Brazil**. Florianópolis: Emais, 2018, p. 32.

⁴⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antiatico>>. Acessado em: 24/04/2019

nortear as propostas de colaboração. Implementou-se um mecanismo de transparência negocial, possibilitando-se ao colaborador um panorama das investigações, de modo a ter uma noção real de quanto suas informações valem⁵⁰. Tal mecanismo visa proteger a lealdade processual e a boa-fé objetiva. Eis que a utilização de “blefes” e “jogadas desleais” denegririam ainda mais a figura do Estado ao usufruir tais manobras abusivas e antiéticas.

Portanto resta evidente a responsabilidade do Estado de promover a ética, mas o fomento à colaboração premiada põe em xeque a sua condição de garantidor de direitos, igualando-o, com isso, às organizações criminosas, pois, mesmo possibilitando o réu ou o investigado a ter conhecimento de todas as provas e indícios que baseiam a sua acusação, é inegável que tal instituto ainda é severamente censurável.

6.2 A PRISÃO COMO INSTRUMENTO DE TORTURA

Em nossa farta legislação, possuímos o ordenamento jurídico que criminaliza a decretação da prisão ilegal, o qual está incluído no rol da lei que tratam dos crimes considerados “gravíssimos”: a Lei de Crimes Hediondos, que estatui que é crime hediondo a prática da tortura, que está tipificada como crime na Lei nº 9.455/97.

Na Lei de Tortura, a mencionada Lei nº 9.455/97, determina o Art. 1º que constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa⁵¹.

A indubitável correlação entre a tortura e a decretação da prisão se faz presente em acordos de colaboração, que são realizados, justamente, quando o investigado/processado está preso, ou seja, em flagrante estado de vulnerabilidade. Porém, diferente do que estabelece o Artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas⁵², exige-se que os acordos celebrados em sede de colaboração premiada devam ser celebrados voluntariamente, ou seja, sem nenhum tipo de pressão física ou psicológica.

A partir dessa senda, verificando a possibilidade de o acusado/indiciado possuir informações que poderão beneficiar a acusação, busca-se a forma mais nefasta para a obtenção destas informações, operando, conseqüentemente, o Direito Penal do Inimigo. Aplicar medidas extremas a fim de estancar qualquer perspectiva de contrariedade à persecução criminal, nas

⁵⁰ MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. O método Discovery e a busca da paridade negocial. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opiniao-metodo-discovery-busca-paridade-negocial> > Acesso em: 26 de Agosto de 2019.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 9455/1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm > Acesso em: 19 de Agosto de 2019.

⁵² BRASIL. Lei nº 12.850/13.

palavras de Günther Jakobs, é o Direito Penal do Inimigo, é a busca da eliminação de um perigo⁵³.

A referida conduta criminosa, a tortura, se adequa perfeitamente aos casos articulados como “prisão para delatar”, visto que a prisão preventiva do acusado é um verdadeiro instrumento de tortura psicológica, uma vez que o referido está vulnerável a aceitar propostas desprezíveis. Em entrevista à Revista Veja, Guilherme Mariz, renomado advogado criminalista, aponta a pequena diferença entre a prisão para delação e a tortura: “Na tortura, você fala mais rápido porque apanha. Na prisão preventiva, ainda demora um pouco mais. Prender para delatar é uma verdadeira agressão aos direitos do cidadão”⁵⁴.

Obviamente, submeter alguém à atmosfera prisional é algo nefasto, ainda mais na condição de pretense delator. Em razão disso, é flagrante a instrumentalização da prisão preventiva como meio de tortura, perfazendo tal tormento a conduta tipificada no crime de tortura, visto que não há “vontade” em fornecer a informação, e sim uma coação para a obtenção dos dados com relação ao crime através deste lamentável procedimento inquisitorial.

6.2 DESVIRTUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA X FINALIDADE ÚNICA DE OBTENÇÃO DE EVENTUAL DELAÇÃO

O instituto da delação premiada tem sido objeto de intensas discussões no cenário jurídico brasileiro. Como já dito, não estando presentes os requisitos da prisão preventiva, em tese, não haverá a possibilidade de decretá-la. Porém, não delatar se transformou em intransigência e a Acusação, com a benevolência do Judiciário, se aproveita do requerimento prisional e o utiliza, fazendo o uso de prisões infundadas com a finalidade de forçar/induzir o acusado a “delatar”.

Cria-se uma suposta periculosidade do possível delator, juntamente com a gravidade da ação delituosa, transparecendo que há um fundamento legítimo para o aprisionamento cautelar, que, muitas vezes, conflita até com o que determina a lei, sob o frágil e descabido argumento de execução por medida de segurança.

Assim, sem nenhum constrangimento, o julgador arvora-se em legislador e estipula uma nova hipótese de fundamentação da segregação cautelar: a prisão preventiva, que serve para a obtenção da delação premiada. Ou seja, a prisão não é exceção, a prisão não tem requisitos

⁵³ JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo: noções e críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, p.49.

⁵⁴ VENAGLIA, Guilherme. Mariz. Prisão preventiva para obter delação é pior que tortura, 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/mariz-prisao-preventiva-para-obter-delacao-e-pior-que-tortura/>>. Acesso em: 10/08/2019.

constitucionais, não. A prisão, agora, é para o acusado “abrir o bico”⁵⁵. Como já dito, tal ação se aplica, perfeitamente, à conduta descrita no art. 1º da Lei de Tortura, que é constranger alguém com emprego de grave ameaça, causando-lhe sofrimento mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

O desvirtuamento da prisão preventiva, instrumento cautelar para utilização extremada, fere, contundentemente, o que preceitua o ordenamento jurídico. Aliás, para fins de delação premiada, nem sequer possui previsão legal. Por isso, impõe-se um controle minucioso para combater tal inditosa finalidade, que fere frontalmente o Estado Democrático de Direito.

A busca da prova não pode estar pautada neste abuso, pois a condição de preso somente estimula o réu a confessar ou colaborar com as autoridades de investigação, mesmo ausente a liberdade volitiva do delator. Por isso, não possuindo escolha, o delator quebra o silêncio comum de toda organização criminosa, protagonizando uma dupla traição: a do pacto social, como cidadão, e a do pacto criminoso, traindo os corréus⁵⁶, incorrendo na possibilidade de sofrer as conhecidas sanções da sociedades do crime.

Desse modo, indiscutivelmente, a “prisão para delatar” extrapola os limites legais para a decretação da prisão preventiva. Eis que se trata de ilegal desvirtuação dessa prisão cautelar, pois tem a finalidade única de colher uma colaboração que nada tem de espontânea, pressuposto do instituto da delação premiada. Para ter justificada a sua imposição, a medida se apega a uma infundada periculosidade do investigado/acusado, tentando, de alguma forma, justificar o injustificável.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apontado no breve estudo realizado, o instituto da delação premiada, que vem sendo adotado consideravelmente após sua regulamentação na Lei de Organizações Criminosas, por não ser compatível com os ordenamentos jurídicos brasileiros tem sua aplicação prejudicada. É notória a supressão de garantias fundamentais de direitos e também a sua flagrante violação de preceitos éticos.

A regulamentação de tal instituto jurídico, que tem raízes do *Common Law*, é tão descabida, que vai de encontro ao que determina a Constituição, juntamente com a legislação

⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. “O passarinho para cantar precisa estar preso” Viva a inquisição!. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-presoviva-inquisic>>. Acesso em 21/08/19.

⁵⁶ SALGADO, Daniel de Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros; CARDOSO, Natália Angélica Chaves. Sistema de justiça criminal. Brasília: ESMPU, 2018, p.320.

penal e processual penal. A sua aplicação, realizada por determinados operadores do direito, flexibiliza o inflexível e piora mais ainda a malfadada lei, extrapolando, por exemplo, regimes e limites legais da pena – uma flagrante inconstitucionalidade.

Como exposto ao longo do presente estudo, a decretação da preventiva, que atualmente se encontra banalizada, somada à busca desleal do Estado em promover justiça e o sensacionalismo midiático, ambas se utilizando de métodos ardilosos, vem tangenciando a razão de ser do devido processo legal.

O “processo penal midiático” dá um novo rumo à persecução penal, que evidencia até que ponto os sujeitos processuais estão dispostos a dispor do que a lei determina, somente para atingir um benefício particular, seja ele uma acusação robusta, seja uma pena mais branda, perfazendo um verdadeiro jogo processual. E, a partir disso, deixa-se de lado os direitos fundamentais, taxados como indisponíveis pela Constituição, em desfavor de frágeis miscelâneas legislativas.

Desta senda, deparamo-nos com os acordos de delação premiada, que, covardemente, põe em xeque a qual o limite que o Estado pode chegar para acusar, processar, prender e julgar pessoas, exterminando princípios e direitos que ele próprio deveria resguardar. Principalmente quando o seu objetivo é a obtenção da colaboração premiada, que deveria ser voluntária, mas, com a utilização descabida da decretação prisional, resta evidente a coação aplicada a essa finalidade.

Criou-se a “prisão para delatar”, colidindo com os preceitos legais e éticos, que, ao executá-la, adequa-se, perfeitamente, à conduta do crime de tortura, uma vez que prender com o fim de atingir a colaboração premiada é constranger alguém, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão – ou seja, torturar para a obtenção da delação premiada.

Em razão disso, torna-se imperioso um combate implacável a tais aberrações jurídicas, pois utilizar-se da condição estatal para praticar esta maléfica ação amolda-se mais a uma conduta criminosa do que a um ato legal. Assim, deve o próprio Estado impor práticas éticas para a persecução penal, coibindo que os investigados/processados sejam postos em situação de vulnerabilidade, extirpando suas garantias constitucionais a fim de delatar.

Com este mesmo entendimento, recentemente, o Ministro do STF, Gilmar Mendes proferiu em seu voto, ao julgar o Habeas Corpus nº 166.373/PR, que “as revelações do The Intercept vieram a demonstrar que se usavam as prisões provisórias como nítido elemento de tortura. Custa-me dizer isso no Plenário, mas quem defende tortura não pode ter assento nesta

Corte”⁵⁷, demonstrando evidente o repúdio do referido Ministro ao tratar dessa nefasta prática verdadeiramente criminosa.

De igual modo, o Ministro do STJ, Nefi Cordeiro corroborou a tese de que há tortura quando se decreta a prisão com o objetivo de obter a delação premiada. Nas palavras do Ministro, "a prisão preventiva fora das hipóteses legais, especialmente quando utilizada como incentivo à colaboração, é tortura. O Estado não pode fazer tortura para obter colaboração"⁵⁸. Resta indubitável que os sujeitos do Estado não podem estar imunes à lei, principalmente quando se locupletam de manobras ardilosas para atingir um objetivo particular.

Portanto é indiscutível que o órgão acusador goza de um aparato investigativo bastante eficaz, deixando clara a possibilidade de produzir provas através de diversos meios. Ceder à “facilidade” da colaboração premiada, desrespeitando as regras do jogo, o torna também criminoso, visto que os complexos e diversificados níveis de negociações utilizados são flagrantemente ilegais. Então, a única esperança para um processo penal justo é que o próprio Estado, através de um núcleo especializado, apure e criminalize, nos termos da Lei nº 9.455/97, a prática da tortura explícita a fim de expurgar dos procedimentos de colaboração a decretação da prisão preventiva com essa malévola finalidade para a obtenção da delação premiada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Código de processo penal, 941.

BRASIL. Lei nº 9455/1997.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Rideel, 2003.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico>>. Acessado em 17/04/2019.

CALLEGARI, André Luiz. Preventivas indevidas ferem o Código de Processo Penal. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-set-11/callegari-preventivas-indevidas>>.

⁵⁷ STF, Pet. 166.373/PR, Rel. Gilmar Mendes; 03/10/2019.

⁵⁸ 58 Prisão como incentivo à delação é tortura. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-out-11/prisao-incentivo-delacao-tortura-afirma-nefi-cordeiro>>. Acessado em 17/10/2019.

ferem-codigo-processo-penal>. Acessado em 13/04/2019.

COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. Delação Premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil /Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa. _ Florianópolis: EMais, 2018.

DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

DAVIS, Morton David. Teoria dos Jogos: uma introdução não técnica. Trad. Leonidas Hegenberg e Otanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973.

DA CRUZ, Flávio Antônio. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>>. Acesso em: 08/04/2019.

GORDILHO, Heron Santana. Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA. 2009. Disponível em: <https://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2187.pdf>. Acesso em: 03/04/2019.

JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo: noções e críticas. / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

KOLLER, Carlos Eduardo; RUTHES, Igor Fernando. Operações midiáticas e Processo Penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal. Disponível em <<https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/466/0>>. Acessado em 14/04/2019.

LOPES Jr., Aury. Prisões Cautelares. / Aury Lopes Jr. – 4. Ed. Rev., Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. O método Discovery e a busca da paridade negocial. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opiniao-metodo-discovery-busca-paridade-negocial>> Acesso em: 26 de Agosto de 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction. Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio Cesar OG. Delação premiada: aspectos jurídicos. 2ª ed. Leme: Jhmizuno Editora Distribuidora, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal /Guilherme de Souza Nucci. – 11. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Prisão como incentivo à delação é tortura. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-out-11/prisao-incentivo-delacao-tortura-afirma-nefi-cordeiro>>. Acessado em 17/10/2019.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo pena / Eugênio Pacelli de Oliveira – 17. Ed. ver. E ampl. Atual. – São Paulo: Atlas, 2013.

QUEZADO, Paulo; VIRGINIO, Jamile. Delação premiada – Fortaleza: Gráfica e Editora

Fortaleza, 2009.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal / Paulo Rangel. 21. Ed – São Paulo: Atlas, 2013.

SALGADO, Daniel de Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros; CARDOSO, Natália Angélica Chaves. Sistema de justiça criminal. Brasília: ESMPU, 2018.

STF, Pet. 7.256/DF, Rel. Ricardo Lewandowski; 14/11/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347761>>. Acesso em: 13/04/2019.

STF, Pet. 166.373/PR, Rel. Gilmar Mendes; 03/10/2019.

STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. “O passarinho para cantar precisa estar preso” Viva a inquisição!. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-presos-viva-inquisic>>. Acesso em 21/08/19.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal – 9. Ed. Rev. Amp. e Atual. – Salvador: Editora JusPodium, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo penal, volume 3 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 16. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, volume 3 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 34. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

VENAGLIA, Guilherme. Mariz. Prisão preventiva para obter delação é pior que tortura, 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/mariz-prisao-preventiva-para-obter-delacao-e-pior-que-tortura/>>. Acesso em: 10/08/2019.

A RESPONSABILIDADE PENAL EM FACE DA INTERVENÇÃO MÉDICA ARBITRÁRIA

Kelly de Oliveira Peixoto

RESUMO

A intervenção do Direito Penal na relação entre o médico e o paciente é permeada por circunstâncias que tornam complexas as formas de delimitação do fenômeno criminoso. É nesse sentido que o presente trabalho apresenta como objetivo principal analisar criticamente uma dessas circunstâncias: o direcionamento do direito penal em face da relevância da manifestação da vontade do paciente, como expressão de sua autonomia, em relação à intervenção médica arbitrária, não consentida. A estudo é atual, porquanto o tema representa ponto de pauta na dogmática penal, na política criminal e na criminologia, bem como se justifica pela necessidade de trilhar um caminho racional para decisões que orientem o fato punível à necessidade de proteção aos bens expostos na relação entre o médico e o paciente. O desenvolvimento se faz a partir de um método dedutivo, jurídico- descritivo, com a apreensão de dados na doutrina especializada e na jurisprudência específica sobre o tema, com a finalidade de criticar a imputação da responsabilidade penal nos casos em que a intervenção médica se conforma como fato social contrário à manifestação da vontade do paciente submetido a tal intervenção.

Palavras-chave: consentimento, relação médica e paciente, intervenção médica.

ABSTRACT

The intervention of Criminal Law in the relationship between the doctor and the patient is permeated by circumstances that make complex the forms of delimitation of the criminal phenomenon. It is in this sense that the main objective of this study is to critically analyze one of these circumstances: the directing of criminal law in the face of the relevance of the manifestation of the patient's will, as an expression of his autonomy, in relation to arbitrary medical intervention, not consented. The study is current, since the subject represents a point of reference in criminal dogmatics, criminal politics and criminology, as well as being justified by the need to follow a rational path for decisions that guide the punishable fact to the need to protect the assets exposed in the relation between the doctor and the patient. The development is based on a deductive, legal-descriptive method, with the seizure of data in the specialized doctrine and the specific jurisprudence on the subject, with the purpose of criticizing the imputation of the criminal responsibility in the cases in which the medical intervention conforms as a social fact contrary to the manifestation of the will of the patient submitted to such intervention.

Keywords: consent, medical and patient relationship, medical intervention.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos espaços sociais ao exercício da liberdade depende de uma análise racional dos instrumentos postos ao controle e, conseqüentemente, à manifestação da autonomia pelo sistema social. Nesse sentido, para o desenvolvimento humano em sociedade

é necessário a difusão de instrumentos, institucionalizados ou não de controle: dentre os institucionalizados está o direito penal.

É essencial, nesse sentido, expor que o controle exercido pelo direito penal requer um fundamento. Se o sistema jurídico penal opera através da criação de núcleos de proibição, que restringe o espaço social de ação, a sua existência só será legítima se a restrição for necessária para proteção de um bem maior, superior, imprescindível ao ser humano em sociedade.

Nesse sentido, o direito penal reduz os espaços sociais a partir da proibição para garantir liberdade através da proteção de bens, bens jurídicos, que são considerados essenciais ao livre desenvolvimento humano em sociedade. A liberdade, que decorre da autonomia enquanto conteúdo da dignidade humana, é um desses bens, protegido a partir da proibição de fatos que se conformem como constrangimentos ilegais.

Em face desse contexto, a priori, cabe analisar se: um paciente sofrendo de anemia falciforme¹, apresentando agravamento do seu estado de saúde em consequência dessa moléstia, precisando com urgência de transfusão sanguínea, recusa o referido tratamento médico invocando princípios religiosos.

Nesse contexto, deve prevalecer o respeito à autonomia do paciente que recusa o tratamento médico mesmo sabendo que não irá sobreviver ou a intervenção média, ainda que contra a vontade do paciente? É possível imputar a responsabilidade penal ao médico que desrespeitar a vontade do paciente mesmo nos casos de iminente perigo de morte?

Essas são questões iniciais que, não exaurem, mas norteia o problema a ser atacado neste estudo. Cumpre ressaltar que a legislação brasileira, em âmbito civil, permite que o paciente aceite ou recuse qualquer procedimento terapêutico, a permissividade do consentimento ao tratamento médico tem fundamento na autonomia da pessoa capaz, que decorre do postulado da dignidade da pessoa humana².

A autonomia da pessoa capaz no ordenamento jurídico-penal brasileiro, no entanto, especialmente no âmbito da tutela penal dos bens jurídicos individuais, fica no segundo plano em face da necessidade de preservação da norma penal que tem caráter eminentemente

¹ Conforme o Ministério da Saúde, Anemia falciforme é uma doença hereditária (passa dos pais para os filhos) caracterizada pela alteração dos glóbulos vermelhos do sangue, tornando-os parecidos com uma foice, daí o nome falciforme. Essas células têm sua membrana alterada e rompem-se mais facilmente, causando anemia. A hemoglobina, que transporta o oxigênio e dá a cor aos glóbulos vermelhos, é essencial para a saúde de todos os órgãos do corpo.

² O ordenamento jurídico brasileiro não preceitua que a recusa ou cometimento seja oriundo de motivação específica. Dessa forma, quando o paciente recusar o tratamento médico não deve ser avaliado a sua motivação.

público³. Em face desse contraste, existem relações entre médico e paciente em que se demonstra a contradição entre o respeito à autonomia do paciente e a preservação da tutela penal do bem jurídico que tem caráter público. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva estudar a garantia do exercício autonomia do paciente, como protagonista da relação, em face da intervenção médica, ressaltando a necessidade de crítica quanto ao paternalismo penal.

Na hipótese, tem-se a necessidade de abordar a possibilidade da imputação da responsabilidade penal ao médico que atuar de modo arbitrário. A partir do método dedutivo, em uma perspectiva jurídico exploratória, a pesquisa se constituiu com a pesquisa bibliográfica a partir da doutrina especializada, livros, artigos, revistas jurídicas, bem como pela exploração da jurisprudência sobre tema.

Sob esse enfoque, o primeiro capítulo aborda historicamente o forte prestígio do médico no passado o qual tinha poder incontestável na relação médica, dentro desta abordagem analisa-se uma visão não mais paternalistas considerando o paciente como protagonista da relação médica. O segundo capítulo aborda a colisão jurídica da norma vigente do artigo 146 do código penal consentindo tratamentos médico sem permissão do paciente nos casos de risco de morte e o Código Civil no artigo 15 que determina que ninguém pode ser submetido a tratamento médico sem o consentimento do paciente. Ante a posição técnica adotada pela comunidade jurídica brasileira o último capítulo a ponta a ilegalidade da ação arbitrária e a responsabilidade penal para os médicos que praticarem tal conduta.

Diante do exposto, a análise de tais questões pode ampliar a racionalidade e a compreensão sobre as circunstâncias que permeiam a relação entre a recusa ao tratamento médico, mesmo nos casos de risco de morte, e a conduta contrária à autonomia do paciente, que pode configurar em privação de direito constitucional. O que pode indicar que o tratamento médico arbitrário gera uma lesividade que incide diretamente na garantia da autonomia individual prerrogativa reconhecida na sociedade democrática brasileira o que deveria assim resultar em responsabilidade penal.

2 RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA EM FACE DO PRESTÍGIO DO MÉDICO NO BRASIL

A atividade médica é observada, historicamente, como essencial ao desenvolvimento humano, uma vez que se dispõe como instrumento à proteção da integridade física, da saúde e

³ Nesse sentido, para afirmação dessa circunstância é interessante destacar que nos casos de lesão corporal a autonomia do indivíduo é subjugada quando o médico precisa intervir ainda que a sua vontade venha se configurar em sentido diverso.

da vida. Nesse sentido, faz-se necessário compor uma abordagem crítica sobre a relação entre o médico e o paciente, especialmente no âmbito dos fatos que se manifestam como lesão a esse paciente: uma lesão arbitrária que decorre do interesse na possível cura da patologia ainda que contrária à manifestação da autonomia daquela pessoa que se tem como objeto da intervenção.

A medicina é uma profissão de reconhecida tradição. Há muito tempo que ser médico significa prestígio, status e destaque social, tanto para o núcleo familiar como para a sociedade em geral (MACHADO, 1995). Dessa forma é possível compreender que, no decorrer do tempo médico desempenhou uma função de assistência e consolação tornando a figura do médico como profissional paternal na relação entre médico e paciente por conta do destaque social.

Ao longo da história, o médico adquiriu um vasto, sólido e complexo conhecimento empírico e científico, transformando sua prática num sofisticado e complexo ato técnico-científico. A ideia do expert tornou-se, no caso da medicina, uma realidade incontestável (MACHADO, 1995). Ademais convém deliberar que, tradicionalmente em ato solene na formação médica é realizado juramento de Hipócrates⁴ no qual juram praticar a medicina honestamente. Hipócrates é considerado por muitos filósofos uma das figuras mais importantes da história da Medicina e atualmente considerado "pai da medicina" na descrição do juramento é possível perceber que a função do médico é afastar, remover o mal o dano do paciente essa função é baseada principalmente em promover o bem acima de qualquer coisa.

Neste sentido é interessante verificar o que estatui o Código de Ética Médica no âmbito dos fundamentos da conduta profissional médico, assim prescreve: “Artigo 1º - A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa.” in verbis “Artigo 30 - O alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional.”

Atualmente além da função de promover o bem, o médico deve esclarecer como esse “bem” será provido, ou seja, quais procedimentos serão utilizados no tratamento médico do paciente. "O modelo participativo pode ser considerado como o ideal do ponto de vista ético,

⁴ Segundo, Wilson A. Ribeiro Jr., no final do século V a.c., porém, os médicos se empenhavam energeticamente em desvincular a medicina da filosofia e em reconhecê-la como uma [TÉXVT], uma "arte", autônoma (CH, Da arte; Irwin, 1989). É possível que um desses médicos pioneiros tenha sido Hipócrates de Cós. Suas opiniões eram, certamente, inovadoras, e se sua competência se resumiu apenas à divulgação ou transmissão desses conceitos, não se sabe. Assim se formou, provavelmente, o núcleo inicial do Corpus hippocraticum (C H), a famosa coleção hipocrática.

RIBEIRO JR., WA. Hipócrates de Cós. In: CAIRUS, HF., and RIBEIRO JR., WA. Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

no qual o médico informa, orienta e aconselha o paciente, através do encorajamento, à tomada de decisões livre e consciente". (UGARTE; CIOLY, 2014).

Por isso, médico tem o dever de informar e indagar ao paciente o seu consentimento, essa nova postura decorre do afastamento da figura do médico como o protagonista na relação entre médico e paciente. Ultimamente, centraliza-se a imagem do paciente como figurante principal assim, os métodos usados nos procedimentos médicos devem ser cordialmente discutidos para o consentimento ou recusa do método que será aplicado no paciente.

No entanto há conflito existente quando o paciente decide não consenti e essa recusa pode vim adiar a sua morte ou salvar a sua vida, essa desarmonia decorre da escolha entre prevalecer à autonomia da vontade da pessoa e o dever do médico de intervir para salvar a vida do paciente.

É importante considerar o conceito do Direito Penal Público conforme (ESTEVÃO; GONÇALVES, 2016, p. 40) , cuida-se do ramo do direito penal público, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípio e regras), destinadas a proteger a tais valores, mediante a imposição de penas de medidas de segurança.

Deste modo discorrendo sobre a importância dos bens (valores) fundamentais é importante frisar que a vida assim como a integridade física é considerada como fundamentais o que os tornam indisponíveis, ou seja, o individuo não pode dispor deles, pois, o direito penal os protege.

A partir dessa ideia para (ESTEVÃO; GONÇALVES, 2016, p. 147) , No final do século XVII, com o arvorecer do iluminismo, diversas concepções filosóficas e jurídico-penais foram reformuladas, num misto de humanização e racionalização. No seio desse novo pensar, surge a teoria do bem jurídico , colocando-o no centro de radiação do Direito Penal.

Na perspectiva de Roxin, ao tratar do bem jurídico, é individual indisponível, que torna o consentimento totalmente ineficaz. Fundamenta a indisponibilidade na impossibilidade de irrevogabilidade do consentimento, ou de reparação dos efeitos do mesmo em caso de vícios na manifestação do titular do bem, sendo que a indisponibilidade é uma forma de proteção do titular do bem, até de suas próprias ações; considera, igualmente, que devem ser criados tabus sobre a indisponibilidade da vida, que é um bem supremo. (ROXIN. Op cit. p. 529 apud COSTA 2016).

Deve-se acrescentar que a percepção acerca do bem jurídico nem sempre foi à mesma, ao transcorrer do tempo várias teorias nasceram a fim de explicar a interação do bem jurídico e o individuo.

As conjunturas das discussões doutrinárias acerca do posicionamento da disposição do bem é antiga, a posição dos finalistas liberais encontrar registros em documentos antigos, a exemplo do *digesto* que, no Livro 47, recepciona opinião de Ulpiano no sentido de que aquelas ações praticadas de acordo com a vontade do lesionado não poderia ser considerado como um injusto. A frase *nulla iniuria est, quae in violentem fiat* (o ato praticado em consonância com a vontade do lesado, não constitui injusto) transformou-se, de acordo com Roxin, na máxima jurídica *violentem non fit iniuria* (diante daquele que consente, não é injusto) (MINAHIM, 2015).

Ainda, Cláudio Brandão “lembra que no Direito Romano reconhecia-se a plena eficácia do consentimento como causa para exclusão de ilicitude, mesmo que a vida e integridade física fossem os bens jurídicos violados”. (MINAHIM, 2015, p. 67).

No ponto de vista liberal, alguns penalistas divergem da indisponibilidade, existe o entendimento que a dispensa do bem jurídico pode ocorrer desde que não afete a terceiros. Para Schunemann, expoente do direito penal liberal, não paternalista, o indivíduo, enquanto não afete a outra pessoa, tem a mais ampla liberdade de disposição de bens jurídicos que lhe digam respeito. Merece ponderação, porém, essa posição na medida em que traz a lume o problema da preservação de direitos e garantias cuja estabilidade não pode ser afetada por ações contingenciais de cada qual, devendo ser resguardados enquanto expressão de valor coletivo. (MINAHIM, 2015, p. 64).

No que toca a umas das funções do bem jurídico deve-se destacar a “função axiológica: serve de limites à seleção de tipos incriminadores, à medida que delimita quais valores são aptos a merecer a tutela penal”. (ESTEVÃO; GONÇALVES, 2016, p. 147).

Nesse diapasão, o sistema normativo brasileiro não permite que o indivíduo decline o bem tutelado como mais relevante isso porque, o bem jurídico vida não pode ser objeto de consentimento. Isso é o que se percebe, por exemplo, quando se toma em consideração a decisão prolatada no Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul

Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares.

O caso em tela trata-se de um paciente em iminente perigo de morte, Testemunha de Jeová, que recusava transfusão de sangue por preceitos religiosos. Salienta-se que o paciente mesmo estando em situação de risco demonstrou sua livre manifestação de vontade em não aceitar o tratamento imposto pela equipe médica. No entanto, a determinação proferida da justiça foi clara em ordenar que se fosse realizado à transfusão de sangue.

A decisão da magistrada é fundamentada no art. 146 do Código Penal brasileiro:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. §. 3º,I: Não se compreendem na disposição deste artigo a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

Desse modo, o médico na situação em que o enfermo está seriamente lesionado atua para salva-lo, assim, entre a liberdade de autodeterminação e a vida prevalece à vida. A decisão supracitada no exemplo dado descreve que carece a necessidade da autorização judicial para realizar o tratamento médico arbitrário, pois se trata do dever médico salvar a vida do paciente dispensando assim consentimento do mesmo.

A intervenção médica arbitrária tem relação com premissas que decorrem de searas transversais ao direito penal, como os princípios da biótica. Esses princípios norteiam a relação entre o médico e o paciente. Em apertada síntese uns dos conceitos que define Bioética é: (“ética da vida”) é que esta é a ciência “que tem como objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificar os valores de referência racionalmente proponíveis, denunciar os riscos das possíveis aplicações”. (JUNQUEIRA, 2011) .

Ao reforçar a posição de salvaguardar a vida do paciente faz-se necessário perceber a regulação principiológica da bioética. Nesse contexto, um dos princípios que norteiam à atuação médica em situações de risco a integridade física e a vida é o princípio da beneficência, que propõe assegurar em primeiro plano o bem estar da paciente.

Nesse diapasão (SGRECCIA, 2002, p. 167) leciona que o princípio de benefício seria posto no vértice, como referência última, e corresponderia ao fim primário da medicina, numa visão naturalista, que é o de promover o bem, em relação ao paciente ou à sociedade, e de evitar o mal. Acrescenta ainda que, o termo benefício seria mais adequado que o de simples benevolência, pois ressaltaria a necessidade de fazer efetivamente o bem e não simplesmente de querer fazê-lo ou de desejar fazê-lo.

Ainda no campo da bioética conforme, (CLOTET, 2003, p. 62) o princípio da não maleficência, está associado “à máxima primum non nocere- acima de tudo, não cause danos”. A conduta do médico é pautada no dever de afastar o mal atual ou iminente sempre salvaguardando a vida, mesmo que isso signifique sacrificar, a decisão do paciente. Destarte, refugiará o princípio da beneficência, posto que estaria realizando todos os meios necessários para o bem do enfermo e nunca para praticar o mal.

Para a Bioética, é fundamental o respeito à vida humana. Mas o que designamos vida humana? Segundo os principais livros de Embriologia, a vida humana inicia-se no exato momento da fecundação, quando o gameta masculino e o gameta feminino se juntam para formar um novo código genético. Esse código genético não é igual ao do pai nem ao da mãe, mas que é composto de 23 cromossomos do pai e de 23 cromossomos da mãe. Sendo assim, nesse momento, inicia-se uma nova vida, com patrimônio genético próprio, e, a partir desse momento, essa vida deverá ser respeitada (JUNQUEIRA).

Ademais os artigos do de Ética Médica e a Constituição Federativa Brasileira também resguarda o dever salvaguardar a vida mesmo sem o consentimento do paciente. Assim, o médico que não agir na forma específica em lei está cometendo ato ilícito e, dessa forma, está obrigado a fazer o necessário para salvar a vida do paciente. A fulgor das regras constitucionais, legais e regulamentares do ordenamento jurídico brasileiro, assiste razão o médico que faz de tudo para resguardar a vida do paciente, pois esses profissionais estão exercendo o exercício regular de direito.

Neste caso, o médico deve agir porque está amparado pelo exercício regular de seus direitos e no cumprimento do dever legal como determina a Resolução CFM nº 1.021, de 26 de setembro de 1980, ou seja, o médico, ao adquirir o seu título profissional possui o direito de realizar todos os atos essenciais ao seu ofício para alcançar objetivo supremo que é proteger o bem jurídico vida, ainda que para isto tenha que suprimir a vontade do paciente.

Em tal caso, é permissível que o médico aplique procedimentos terapêuticos sem o consentimento do paciente, isto posto, o paciente será submetido ao que a equipe médica considerar melhor mesmo que isso seja oposto à vontade do paciente. A vista disso a falta de permissividade do paciente de conferir aos médicos a faculdade de perpetrar ação médica não ira interferir na decisão final do médico.

Por outra vertente os julgados internacionais decidem em respeitar a autonomia da vontade do paciente. No () Uruguai, uma paciente com forte trauma torácico em iminente perigo de morte decorrente de grave acidente deveria ser submetida à transfusão de sangue, no entanto houve recusa por ser Testemunha de Jeová, é importante dizer que o paciente estava consciente e em pleno gozo das faculdades mentais. Os médicos esclareceram a paciente e seus familiares que a recusa do tratamento desencadearia na sua morte, mesmo assim a paciente manteve sua convicção religiosa e conseqüentemente recusou a transfusão de sangue. A Justiça uruguaia ordenou que a equipe médica respeitasse as convicções religiosas da paciente impedindo a intervenção médica arbitrária.

⁵Na Inglaterra () , ocorreu um incidente envolvendo um paciente de 15 (quinze) anos

⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. HABEAS CORPUS Nº 268.459 - SP (2013/0106116-5) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. HABEAS CORPUS n. 68.459. 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO VICENTE

de idade, também Testemunha de Jeová, que sofreu um grave acidente acometendo-lhe em lesões abdominais e nas pernas, havendo necessidade de transfusão sanguínea o qual foi recusado pelo paciente e por sua família. Os médicos informaram ao paciente e aos familiares que a recusa da transfusão poderia ocasionar a morte do adolescente, entretanto, o paciente e a família permaneceram convictos em não aceitar tratamento no qual o desejo e da família foi respeitado.

() “O porta- voz do hospital em que o paciente foi atendido disse que não poderia comentar sobre o caso de forma individual, mas descreveu a questão como uma área extraordinariamente complexa. Não há direito automático de anular os desejos dos pais ou de um menor”⁶.

Nos casos internacionais supracitados percebe-se que o consentimento do paciente na relação médica tem uma grande relevância e isso independe do estado de gravidade que o paciente está. Dessa forma, fica evidenciado o limite do médico em face do paciente, essa restrição quebra a figura do poder soberano de agir do médico.

É imperioso haver uma relação de cuidado com o paciente, não de um modo simplificado, mas de uma maneira em que exista singularidade dos sujeitos que possibilite a criação de arranjos mais potentes na busca da integralidade do cuidado da pessoa como todo inclusive na forma psíquica devendo estabelecer uma abertura dos profissionais de saúde em relação à opinião dos adoecidos, pois no plano terapêutico é algo indispensável à finalidade do tratamento é o bem estar do paciente e por vezes o bem estar do paciente é não se submeter a tratamento imposto pela equipe medica.

Mesmo sendo a autonomia individual fundamento de garantia Constitucional, é importante frisar que o exercício da manifestação de vontade do paciente não deve ser posto de forma viciosa. Assim é imprescindível que a decisão do paciente seja colocada com total consciência o mecanismo mais apropriado para uma livre manifestação de vontade afastada de vícios.

Nesse sentido, vale considerar as Diretivas Antecipadas de vontade, que resultam da Resolução n. 1995, de 9 de agosto de 2012. O conceito das diretivas está disposto no Art. 1º como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de

⁶ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. HABEAS CORPUS Nº 268.459 - SP (2013/0106116-5) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. HABEAS CORPUS n. 68.459. 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO VICENTE

expressar, livre e autonomamente, sua vontade. É interessante considerar o entendimento da Dr^a Roxana Borges,

() O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio.

O exercício de autodeterminação significa não submeter a nenhum doente procedimento terapêutico sem o seu consentimento cercear o poder de escolha do paciente é por um freio no exercício da autonomia mesmo nos casos de risco de morte. A liberdade deve ser encarada tão importante quanto à vida.

3 RESPEITO À AUTONOMIA OU FRUSTRAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL

O presente capítulo tem o objetivo de analisar, a partir de um viés sistemático, a correlação entre a normativa civil de proteção à autonomia, especialmente a destinada à proteção da autonomia, no âmbito dos direitos de personalidade, e a sistemática penal, especialmente no âmbito da proibição do constrangimento ilegal.

Especificamente para esta pesquisa, observa-se no ordenamento jurídico brasileiro dois dispositivos normativos que têm em seus núcleos a projeção da autonomia como conteúdo central. O artigo 146 do Código Penal proíbe o constrangimento ilegal, no entanto traz como causa excludente da ilicitude a intervenção médica não assentida, sem permissão do paciente, nos casos de risco de morte. Essa norma deve se adequar ao disposto no atual Código Civil, que no artigo 15, determina que ninguém pode ser submetido a tratamento médico sem o consentimento do paciente.

A regra contida no artigo 15 do Código Civil 2002, assim redigida: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. O artigo está inserido no capítulo II do Título I do Código Civil de 2002, que tratam dos direitos da personalidade descritos nos arts. 11 a 21.

Segundo,(GAGLIANO; FILHO, 2010, p. 182) conceituam-se direitos da personalidade como aqueles que tem por objeto os atributos físicos psíquicos e morais da pessoa em si e em sua próprias projeções sociais. Sob um enfoque mais atual conforme(SANTOS, 2014) o Código Civil brasileiro de 2002, bem como as demais normas infraconstitucionais assumiram, na sociedade pós-moderna a posição guardiões da personalidade que abrange aqueles direitos vinculados ao conjunto de característica da pessoa na sua parte mais intrínseca, como a vida,

a intimidade, a imagem, a honra, entre outro.

Ainda nessa linha de pensamento é importante frisar a que a tutela do exercício da autonomia é oriunda do princípio da dignidade da pessoa humana que está inserida no âmbito do direito a personalidade conforme (GONÇALVES, 2011, p. 183), destinam-se os direito da personalidade resguardar a dignidade (SANTOS, 2014) ainda acrescenta que essa segurança é imprescindível, entre outras razões, pelos progressos científicos e técnicos no mundo contemporâneo.

Os direitos da personalidade detêm elementos que os caracterizam, Intransmissíveis irrenunciáveis, absolutos, ilimitado, imprescritível, impenhorável, inexpropriáveis e vitalícios conforme (GONÇALVES, 2011, p. 186). Assim não cabe alienação, dispensa e transmissão, ou seja, o titular não pode privar-se de seus direitos da personalidade, pois se constitui como direito adquirido desde seu nascimento.

Conforme aludido dispositivo legal, o Código Civil, editado em 2002, aferiu efetividade o princípio da autonomia da vontade do paciente, permitindo que os pacientes opinem e decidam acerca do tratamento que lhe será acometido pondo visivelmente o limite nas decisões do medico. Conforme, (GAGLIANO; FILHO, 2010, p. 183) a tese dominante acerca do direito da personalidade trata-se do poder que o homem exerce sobre a sua própria pessoa.

Fazendo alusão ao respeito do exercício da autônima cabe ressaltar que a norma vigente está evoluindo no que diz respeito à disposição do próprio corpo é interessante analisar a pratica esportiva no âmbito profissional onde os praticantes assumem o risco de sofrer lesão a integridade física e até mesmo perder a sua vida. Nesse sentido não existe crime, pois se trata de adequação social, diante disso(GAGLIANO; FILHO, 2010, p. 202) o direito penal autoriza a prática dessas atividades a luz do princípio da adequação social, reservando o seu aparato sancionatório apenas para aquelas situações em que houver excesso ou a atuação dolosa grave.

Nessa mesma linha de pensamento merece ponderação analisar as profissões que trazem risco a integridade física e a vida a exemplo: removedores de minas, correspondentes de guerra, dublê de cinema, eletricista (de alta tensão), mergulhador etc. (GAGLIANO; FILHO, 2010, p. 203) Nesses casos, embora a prática seja lícita e autorizada, compete ao responsável pela atividade tomar todas as providências tendentes a evitar ou Minimizar as possibilidades de dano. Com adoção de todos os mecanismos de segurança previsto na legislação, respondendo, porém, independentemente de culpa, pelas lesões causadas.

Assim sendo, se o individuo tem capacidade de determinar seus próprios passos, ou seja, de assumir o risco de lesão à integridade física ou até mesmo perder a vida no âmbito

profissional quais fundamentos o Estado detém para suprimir no âmbito da relação médica? Em situações que o paciente dispõe de lucidez para explicar seus desejos, tem-se como um dos direitos do paciente a recusa a tratamento médico ou intervenção cirúrgica mesmo com risco de vida o artigo 15 do código civil visa assegurar ao paciente liberdade de manifestação de vontade.

Ainda sob a temática do cometimento cabe lembra a previsão legal disposta no artigo 6,II, do código de defesa do consumidor onde determina o dever da informação. Conforme (GONÇALVES, 2011, p. 197) o direito a informação é infestável de qualquer tomador de serviço e o paciente desempenha papel de consumidor assim o paciente ou alguém que lhe seja próximo deve ser sempre informado sobre os procedimentos que sofrerá, com todas as montagens com todas as suas vantagens e vicissitude.

É relevante trazer a construção de entendimento acerca do artigo. 15 segundo (SANTOS, 2014) há uma vedação legal quanto aos atos de constrangimento, decorrente de tratamento médico ou intervenção cirúrgica, que gerem risco de vida. Aqui, o que está abarcado pela disposição é a proteção à saúde da pessoa, englobando também o direito à liberdade e à autonomia da vontade do paciente.

É importante frisar que as questões supracitadas não se tratam de autolesão que nem se configura como proibição penal salvo, nos casos em que o agente tem finalidade de obter vantagem indevida. O tema é pautado no exercício da autonomia no poder da recusa mesmo que desencadeei em lesão ou morte.

Em situações que envolvem menores de dezoito anos assim como o absolutamente incapaz previsto no (artigo 5, inciso I, do Código Civil), por força da norma, para todos os atos da vida civil, será representada pelos representantes legais (artigo 384, V , do Código Civil). Dessa forma cabe a esses decidir acerca do procedimento terapêutico médicos por outra vertente a jurisprudência Brasileira tem entendido que os médicos deve salvaguardar a vida vejamos:

() PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO FONOAUDIOLÓGICO A MENOR COM LÁBIO LEPORINO. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90

O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

Por entender o ordenamento jurídico brasileiro que o direito da criança e do adolescente tem caráter de indisponibilidade em função do bem comum maior a proteger, derivado da

própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Convém ressaltar que, a autonomia da vontade não viciada é fundamental o grande dilema de aplicar a manifestação de vontade dos responsáveis é saber se esse realmente o desejo do paciente em questão. Assim por se aplicar de desejo de manifestação alheio deve se aplicar todos os requisitos para salvaguardar a vida do paciente.

Atualmente os Tribunais do Brasil vêm enfrentando a questão jurídica aqui discutida com cautela, pois, existe uma colisão dos artigos 146 do código penal e o artigo 15 do código civil duas normas incompatíveis essa oposição é denominada de antinomia jurídica. O ordenamento jurídico como sistêmica única, não permite contradições das leis dessa forma o direito não tolera antinomias. Diante disso faz-se necessário encontrar uma possível solução para essa colisão. A propósito, é interessante conferir a decisão proferida pelo:

Tribunal Estado do Rio Grande do Sul (TJRS. APELAÇÃO CÍVEL. Nº 70054988266). Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento.

É importante transcrever o trecho do voto acima referido, da lavra do eminente Desembargador. Irineu Mariani:

“[...] A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento. Não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento, embora haja o dever estatal de que os melhores tratamentos médicos estejam à sua disposição, é também defendido por Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Acrescenta que o desrespeito pelo médico à liberdade do paciente, devidamente esclarecido, em relação à recusa do tratamento, pode caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, conforme o caso. O paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai se submeter ao tratamento ou, tendo esse já iniciado, se vai continuar com ele”.

Julgados como esses têm como fundamentado princípios basilares constitucionais como a razoabilidade e proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e da legalidade. O caso em epigrafe se implanta no denominado biodireito, tratando da ortotanásia, regulamentado pela resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina que determina: “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

Assim a referida decisão teve como base as condições psíquicas do paciente, se a opção

foi feita de forma previa, isto é, antes da etapa crítica. É importante enfatizar, que a norma legal permite, expressamente, a legitimidade de uma intervenção médica ou cirúrgica, qualquer que seja sua especialidade, justificada no risco de afetar a integridade ou a vida do paciente. O proceder que determina a atuação do tratamento clínico utilizado pela equipe medica inclusive o dever ético dos médicos decorre de regulação específica como já citado. Conforme se percebe, a legislação penal brasileira propõe, explicitamente, o dever do médico de proceder à intervenção médica sempre que a vida do paciente estiver correndo perigo.

Por outra vertente não se deve deslembrar dos direitos da personalidade conforme (SANTOS, 2014) não existem mais espaços para arbitrariedade e privilégios às classes dominantes. O interesse público é posto como linha demarcatória da utilidade do patrimônio individual, assim como da autonomia da vontade empregada nas relações privadas. Quando a pessoa detém capacidade plena de consentir deve prevalecer o artigo 15 do código civil a recusa é um direito instituído mesmo que a decisão do paciente ocasione lesão à integridade física ou a sua morte não deve o Estado nem os médicos agir arbitrariamente.

Abordando o tema no penal enfatiza-se que o código penal Brasileiro é oriundo do Decreto – Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, ainda em eficácia, embora constantemente seja modificado por leis posteriores à sua publicação. Nesse sentido, é importante destacar que a proibição do constrangimento ilegal não teve sua gênese na versão original do Código Penal, com a seguinte redação: “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.”

A intenção do legislador é proteger a liberdade pessoal (física ou psíquica), ou seja, o livre-arbítrio e, conseqüentemente, a autodeterminação. O objeto jurídico da proteção penal no crime de constrangimento ilegal é a liberdade, e o núcleo da conduta proibida equivale a coagir alguém, especificamente a fazer ou deixar de fazer algo que não está proibido em lei. Reside na conduta de subtrair do indivíduo a sua liberdade e capacidade de autodeterminação. Nesse aspecto, é importante salientar que o artigo 146 é amparado pela Constitucional Federal:

“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: [...], II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Dessa forma o artigo 146 do código penal tem uma correlação lógica com o direito fundamental da liberdade. O fundamento jurídico do constrangimento ilegal é a proteção do livre-arbítrio trazendo ao indivíduo a permissividade de agir de forma livre vedando apenas o

que está previsto em lei, respeitando o princípio da legalidade. A disposição da proteção penal a partir da proibição do constrangimento ilegal no âmbito da relação entre o médico e o paciente, infere-se que o paciente não deve ser obrigado a se submeter a tratamento médico no qual ele não consente.

No entanto estão excluídos de praticar o crime do artigo 146 do código penal os médicos que submeter pacientes em iminente perigo de vida a procedimento no qual o paciente não concorda. Assim, mesmo sem o consentimento do indivíduo ou de seu representante legal é permitida intervenção médica ou cirúrgica, pois, se trata de hipótese de estado de necessidade de terceiro, capitulado pelo Código Penal como excludente da ilicitude. O próprio artigo esclarece que determinados fatos não se compreendem como conduta típica, dessa forma a intervenção médica ou cirúrgica não se encontram abarcados no âmbito da tipicidade.

Nesse panorama a lição de (COELHO, 2015) uns dos poucos autores que aponta os enfrentamentos dos dispositivos do artigo 15 do código civil e o 146 do código penal diz, “Trata-se o artigo 15 do Código Civil a pessoa que não queira submeter-se a uma intervenção eletiva, cirúrgica, que possa causar risco de vida, preferindo tratamento clínico caso esse seja possível para realizar-se”. No entanto nos estreitos lindes do caso como já posto aqui o artigo 15 vai além da possível causa de risco de vida no processo cirúrgico trata-se, porém do exercício do respeito a recusa do procedimento médico o qual o paciente não deseja até porque por mais ínfima que seja o processo cirúrgico sempre haverá risco de vida.

Ainda na lição de (COELHO, 2015) , o artigo 146 do Código Penal descreve” o poder médico para intervir quando o risco de morte é iminente e não está o paciente diante de uma situação em que a Intervenção é que possa gerar risco de vida”. Assim, permissividade posta aqui é para afastar o risco de o paciente perder a vida e a intervenção não trás perigo para o indivíduo.

Por outra vertente (NUCCI, 2009, p. 683) leciona, seja razão da pessoa já que a vida é bem indisponível, a lei fornece autorização para que o médico promova a operação ainda que a contragosto não se trata de constrangimento ilegal, tendo em vista a ausência de tipicidade. Ainda acrescenta, não houvesse tal dispositivo, ainda assim o médico poderia agir pelo estado de necessidade, que exclui a antijuridicidade.

A profissão médica detêm regalias no ordenamento jurídico como nenhuma outra atividade laborativa conforme (BITENCOURT, 2004) as intervenções médicas e cirúrgicas constituem, em regra, exercício regular de direito. Assim a intervenção médica ou cirúrgica justificada por iminente risco de vida ou a coerção exercida para impedir o suicídio independe de consentimento de quem quer e seja. No que diz respeito ao fundamento da previsão legal

trata-se do estado de necessidade de terceiro, mas a existência da previsão em si constitui causa da adequação típica.

Nessa ordem de ideias é importante frisar que no passado qual foi consagrado o código penal o prestígio da profissão médica estava em ascensão à reputação social dos médicos resultava em poder soberano, a classe médica era inatingível se tinham a visão totalmente paternalista. Nesse panorama, nada mais apropriado, portanto que a intervenção médica fosse ponderada como exercício regular de um direito ou como estado de necessidade, excludentes de ilicitude objetivas, em nome das quais era aceitável justificar a evasão à integridade física do indivíduo.

Dessa forma as condutas médicas que eram anteriormente socialmente abrigadas porque tinham como fim cura ou o tratamento, advieram a demandar inquirições sobre a probabilidade de a conduta terapêutica apresentar tipicidade ou vir a ser justificadas pelo direito. No entanto o direito penal não deve ficar estagnado nos séculos anteriores. Tendo em vista que a sociedade moderna se desenvolve a norma vigente deve acompanhar a mutação do modo como se estabelece a relação ente médico e paciente. É evidente que o artigo 146 do código penal de 1940 fazia sentido no século passado, porém hoje a figura do médico não é a mesma. O paciente tem prerrogativa assegurada constitucionalmente e deve ser respeitada.

Essa pesquisa trás elementos que se percebe que o artigo 146 do código penal esta controversa a realidade da sociedade moderna o código penal necessita de uma reforma a fim de unificar a legislação penal brasileira com as demais normais vigentes a possibilidade da exclusão da permissividade da intervenção médica arbitrária nos casos em iminente perigo de morte excluíram o crime da omissão médica, ou seja, quando o médico estiver na condição de garantidor o crime de omissão está descrito do artigo 13 do código penal que trata as causas de ação e omissão quais resultem crimes no §2, B , (BITENCOURT, 2004, p. 204) afirma que na condição de garantidor esses tem uma especial relação de proteção com bem juridicamente tutelado. São a garantia de que um resultado lesivo não ocorrerá pondo em risco ou lesionar o interesse tutelado pelo direito.

A vista disso, o artigo 146 está obsoleto e deve ser atualizado visando assegurar a liberdade da manifestação de vontade pois o exercício da autonomia é um bem jurídico positivado constitucionalmente em nível fundamental assim como a vida. Diante disso, as intervenções médicas e cirúrgicas sem o consentimento do paciente, quando o paciente é capaz de consentir de forma não viciosa deve ser considerado como constrangimento ilegal.

Se o médico realiza a intervenção sem o consentimento do paciente há constrangimento ilegal. Porém se presente o do estado de necessidade e a impossibilidade de consentimento

não haverá crime. Deve se descaracterizar a ideia que se presume que o mal causado a violação da liberdade, é menor que aquele que pretende evitar, a morte.

Ação arbitrária do Estado e da clássica médica ainda se faz presente na sociedade atual. Essa atitude decorre da falta de preocupação de se fazer prevalecer o exercício da autonomia do paciente na relação médica. É inegável que a intenção dos médicos ao atuar de modo adverso ao que o paciente quer é salvar a sua vida. Entretanto, hoje a sociedade moderna vive abarcada de novos direitos e deveres fundamentais da pessoa os quais devem ser respeitados. Presentemente já é admitido no ordenamento jurídico brasileiro a ortotanásia como já posto no capítulo anterior. Essa permissividade limita o Estado abafar a vontade do paciente, mesmo que seja com o alvo digno de salvar a vida da pessoa.

A capacidade de discernir deve ser posta na relação médica como algo fundamental no momento em que a pessoa expressa sua manifestação de vontade de forma não viciada de forma verbal e ou por escrito estando paciente ciente do que irá ocorrer mediante a recusa não cabe ao médico nem ao Estado intervir de modo adverso. Porém é fundamental preponderar o estado de necessidade, ou seja, existem algumas circunstâncias que os pacientes não terão a capacidade de discernir isso é não poderá escolher o procedimento médico que lhe será submetido a exemplo pessoas com deficiência mental, menores de dezoito anos, pessoas com enfermidade que cause dor intensa a ponto de criar obstáculos na validade da vontade. Nesses casos prevalece o bem estar do paciente.

Diante do exposto, o que existe no ordenamento jurídico é uma sobreposição de norma onde uma protege a liberdade e a outra a subjuga, como já visto a autonomia decorre da dignidade da pessoa humana a qual é posta na constituição federal como fundamental assim a mesma deve ser respeitada não se deve permitir a insurgência estatal em situações que somente cabe ao individuo decidir a capacidade de autodeterminação deve ser posta como preceito fundamental na relação médica e no descumprimento ser aplicado ao médico o crime de constrangimento ilegal descartando a hipótese de excludente de ilicitude preceituada pelo referido artigo.

4 CONCLUSÃO

O tema abordado nesse artigo de pesquisa nos provê elementos capazes de promover discussões e apontar caminhos na mudança de inúmeros paradigmas, entre eles o de que o médico não deve ser responsabilizado pela intervenção arbitrária no qual é descrito no artigo 146, II do código penal como atípico. A intervenção médica arbitrária é o ato de constranger a alguém a se submeter a procedimento no qual ele não concorda. Os resultados obtidos nessa

pesquisa reforçam a importância da segurança do exercício da autonomia na relação médica mesmo nos casos em que o paciente possa morrer e necessidade de reforma na norma penal no qual ainda considera legal constranger o paciente para salvaguarda a sua vida.

O Estado assim como os médicos deve incorporar o paciente como o protagonista na relação médica não mais com a visão do médico como soberano, resultado do respeito ao exercício da autonomia da pessoa será assistência plena ao doente. O paciente é um componente de suma importância dentro do conceito de qualidade da assistência médica, tornando-se imprescindível o respeito à decisão do paciente.

Convém ponderar que a presente pesquisa não banaliza vida, ou seja, situações em que o paciente não tem capacidade de discernir por encontrar-se em alguma situação incapacitante ou não pode manifestar a sua vontade deve o médico usar todos os mecanismos para salvar o paciente até porque o paciente não teria como dispor da prerrogativa da recusa.

Os estudos realizados apontam que a legitimidade do agir de forma diversa do que paciente deseja decorre do código penal de 1940 onde o prestígio da profissão médica estava em ascensão à reputação social dos médicos resultava em poder soberano, a classe médica era inatingível se tinham a visão totalmente paternalista. Porém a sociedade moderna se desenvolve e a norma vigente deve acompanhar a mutação do modo como se estabelece a relação ente médico e paciente.

No que se refere à pesquisa, acreditamos que a capacidade de discernir do paciente deve ser posta na relação médica como algo fundamental no momento em que a doente expressa sua manifestação de vontade plena não viciada de forma verbal e ou por escrito estando ciente do que irá ocorrer mediante a recusa do procedimento não cabe ao médico nem ao Estado intervir de modo adverso. Assim atuar de forma arbitrária em procedimentos médicos mesmo com a intenção de salvaguardar a vida do paciente deve se configurar como crime de constrangimento ilegal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal parte especial 2**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal parte especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. HABEAS CORPUS Nº 268.459 - SP (2013/0106116-5) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. HABEAS CORPUS n. 68.459. 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO VICENTE. . Recusa a transfusão de sangue. SÃO PAULO.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue.. Apelação Cível n. 70020868162. 29 agosto 2007. Quinta Câmara Cível. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR.

CLOTET, Joaquim. **BIOÉTICA uma aproximação**. Porto Alegre: Suliani Editografia, 2003. 246 p.

COELHO, Yuri Carneiro. **curso de direito penal didático** . São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A disponibilidade do bem jurídicopenal e o consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-disponibilidade-do-bem-juridico-penal-e-o-consentimento-do-ofendido-na-teoria-do-delito,55491.html>>. Acesso em: 19 out. 2018.

ESTEVÃO, André ; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **direito penal parte geral esquematizado**. 5. ed. São Paulo: saraiva, 2016.

FARIAS, Angela Simões. Bem jurídico e exclusão da antijuricidade aplicada a integridade física e á saúde . **revista acadêmica**, v. 83, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil parte geral**. 12. ed. São Paulo: saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro parte geral**. 9. ed. São Paulo: saraiva, 2011.

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. Bioética: conceito, fundamentação e princípios. **unifesp**. 2011. Disponível em: <http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_bioetica/Aula01.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

_____. **Biótica**. **unifesp**. Disponível em: <https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade18/unidade18.pdf .>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MACHADO, Maria Helena. Características sociológicas da profissão médica. **SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros**. Rio de Janeiro, 1995. Disponível em: <<<http://books.scielo.org>>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora . **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. São Paulo: saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrine; FABBRINE, Renato N.. **manual de direto penal parte especial**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de souza. **código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2009.

Primeira Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013) Pesquisar no Jusbrasil. Apelação n. 70054988266. 20 novembro 2013. Primeira Câmara Cível. . APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.. Porto Alegre.

SANTOS, Marcelo Pereira dos . Os direitos da pessoa humana na concepção civil constitucional: uma releitura da tutela da personalidade . **Rev. Col. Bras. Cir.**, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b465588866e56400>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, v. 1, 2002. 686 p.

UGARTE, Odilene Nogueira; CIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso. **Rev. Col. Bras. Cir.**. Rio de Janeiro, 2014.

VENOSA, Silvio De Salvo. **DIREITO CIVIL**.. 11. ed. São Paulo: Atlas , 2011.

WILLEMANN, Flavio de Araujo. recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do estado de proteger a vida humana : o caso de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. **EMERJ**, v. 13, n. 50, 2010.

IMPACTO AMBIENTAL E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Leidiane Lins de Paula

Resumo

O presente trabalho argumenta sobre o Impacto ambiental e a política nacional do meio ambiente, busca dar ênfase aos impactos ambientais mostrando seus aspectos jurídicos, bem como suas consequências tanto para a atual quanto para a futura geração, demonstrando o aumento destes impactos ao longo dos anos, e quais as políticas e princípios adotados pelo nosso país no que tange ao meio ambiente trazendo à tona o desenvolvimento sustentável com um dever do Poder Público e de toda sociedade brasileira.

Palavras chave: Educação ambiental; Impacto Ambiental; Desenvolvimento Sustentável; Consequências jurídicas; Meio Ambiente.

ENVIRONMENTAL IMPACT AND ITS LEGAL ASPECTS

Abstract

The present paper argues about the Environmental Impact and the National Environmental Policy, seeks to emphasize environmental impacts by showing their legal aspects, as well as their consequences for the current and future generation, demonstrating the increase of these impacts over the years, and what are the policies and principles adopted by our country regarding the environment bringing out sustainable development with a duty of the Government and the entire Brazilian society.

Keywords: Environmental Education; Environmental impact; Sustainable development; legal consequences; Environment.

1 INTRODUÇÃO

A Política Nacional do Meio Ambiente elenca uma série de mecanismos de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, entretanto, devido a lentidão na efetividade de tais medidas, acaba por não ter o aproveitamento necessário no tocante as mudanças climáticas.

A preservação do meio ambiente na atualidade vem se tornando um desafio diário, principalmente no atual cenário mundial. As mudanças climáticas que afetam o planeta no decorrer dos anos são apavorantes, devendo ser tratadas como um sinal de alerta para que haja uma conscientização de toda a população mundial no que diz respeito ao meio ambiente, para

garantir o presente da atual e o futuro das próximas gerações de forma saudável.

Desta forma, o método utilizado para a pesquisa deste trabalho, será o método indutivo, com o aproveitamento das doutrinas e legislações brasileiras, além do apoio de jurisprudências e artigos publicados na internet.

Neste contexto de paradoxo entre a preservação e proteção do meio ambiente este trabalho possui como objetivo principal evidenciar o impacto ambiental sob a ótica da educação e da conscientização, apresentando os princípios basilares em relação ao meio ambiente e a qual a política nacional para o ramo adotados pelo Brasil. (LEIDIANE LINS 2019).

2 IMPACTO AMBIENTAL AO REDOR DO MUNDO

Com o surgimento de descobertas científicas referentes ao meio ambiente no início do século XX, notadamente o buraco da camada de ozônio, criou-se uma preocupação fazendo surgir uma consciência ambiental em todo o planeta. Muitos eventos catastróficos ambientais em especial no Japão, Estados Unidos e Europa, causados pela intervenção do homem no meio ambiente foram um dos fatores influenciadores para a elaboração de princípios ambientais e a mobilização ao redor do mundo com a situação do planeta.

As tragédias ambientais decorrentes da atividade humana colocaram sob uma nova perspectiva as ameaças que os recursos ambientais vêm sofrendo ao longo dos séculos, surgindo vários movimentos populares em defesa do meio ambiente, organizações não governamentais, GREENPEACE e WWF por exemplo, a fim de alertar a população mundial sobre os problemas do planeta e a importância da preservação ambiental.

Diante de toda a pressão sobre os governos, 113 países se reuniram para discutir os principais pontos e questões ambientais na época, este encontro foi promovido pela ONU e ocorreu em Estocolmo na Suécia no ano de 1972 e é considerado a “virada” inicial no intuito do estabelecimento das normas de proteção ambiental.

De acordo com José Afonso da Silva, (33. SILVA)

[...] a Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados.

(...)

O que é importante - escrevemos de outra feita - é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. 33 (SILVA, 2003, p. 69)¹.

¹ SILVA, 2003, p. 69.

O destaque para que a Conferência de Estocolmo seja tida como um marco de discussões ambientais se dá devido à inserção do tema meio ambiente na agenda internacional e foi através dela que resultou um dos programas mais importantes de conservação ambiental, bem como do uso consciente e eficiente dos recursos naturais. Assim surgiu o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), inspirando a criação de órgãos ambientais em diversos países, no Brasil, por exemplo, foi instituído a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA – por meio de um Decreto 73.030/73.

A preservação do meio ambiente é uma tarefa extremamente complexa e urgente, que deve ser de interesse da população mundial, o aumento do aquecimento global fica a cada dia mais evidente, as mudanças climáticas que o planeta vem sofrendo, já são realidade em todo nosso continente, inclusive as camadas de gelo do Ártico já estão 40% mais finas e toda sua área sofreu pelo menos uma redução de 15%. O derretimento das geleiras causou e ainda causa impactos inimagináveis, somente no período de 2003 a 2009, o degelo fez com que houvesse um aumento de 1/3 dos níveis dos oceanos, somente nas geleiras que estão fora das calotas glaciares da Groenlândia e da Antártica perderam uma média de 260 bilhões de toneladas de gelo por ano durante o período de 7 anos avaliado pelo estudo.²

Na América do Sul a situação não está diferente, o Glaciar Viedma, localizado no sul da Argentina, foi reduzido entre 10% e 20% de sua extensão nos últimos 20 anos; por sua vez as geleiras da Patagônia estão ameaçadas de desaparecer entre 20 a 30 anos, na Cordilheira dos Andes em 30 anos já se perdeu 70% de todo o seu volume, o Peru chegou a perder o Glaciar Broggi em 2005 na Cordilheira Blanca devido ao aumento do aquecimento global, chegou ao ponto da UNESCO alertar sobre a possibilidade da perda de tesouros arqueológicos.

Um exemplo do que vem acontecendo com o Brasil são as queimadas na Floresta Amazônica, segundo dados do INPE o número de focos de queimadas na Amazônia, entre janeiro e agosto de 2019, cresceu mais de 110%, na comparação com o mesmo período de 2018, comparado ao mesmo período do ano passado, tornando-se o número mais alto desde que os registros começaram em 2003.

Visto ainda que a Floresta Amazônica é o umidificador do mundo, sendo ela responsável por 20% do oxigênio produzido e por levar nuvens de chuva as áreas mais afastadas do país, inclusive se não fosse por ela, existiria um deserto no Brasil. A mobilização mundial trouxe esperança para a conscientização da população em relação às queimadas,

² Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972 (United Nations Publication, No. E.73.11.A.14 e corrigendum), cap. 1.

desmatamento, poluição, ao efeito estufa e ao aquecimento global.

O desmatamento é uma questão mundial, somente em 2018 o mundo perdeu cerca de 23 milhões de hectares de floresta tropical, entre os países que mais desmatam no mundo o Brasil é o campeão, em seguida vem os países da República Democrática do Congo, Indonésia, Colômbia, Bolívia e Malásia, todos estes países juntos conseguiram desmatar cerca de 46% das florestas tropicais do mundo sendo estes dados coletados no período de 2018, reforçando a ideia que o número será muito maior em 2019 se comparado ao ano anterior.

Em um determinado período os países citados acima vêm se esforçando para redução desse número alarmante, a Indonésia chegou a conseguir diminuir cerca de 40% do desmatamento em seu país, a Noruega chegou a reflorestar 25 milhões de metros quadrados, o Brasil chegou a reduzir o nível de desmatamento no período de 2010 e 2011.

O atual cenário de desmatamento no Brasil é preocupante, somente no período de julho de 2019 o alerta de desmatamento cresceu 278% comparado ao mesmo período do ano passado segundo dados do INPE.

Segundo o Monitoramento da Cobertura e Uso da Terra do Brasil, divulgado em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o país perdeu cerca de 7,5% da sua cobertura vegetal. O INPE divulgou que em 2019, novos dados a respeito da perda da cobertura vegetal no bioma. Esses dados apontam que o desmatamento aumentou em 278% no mês de julho comparado a julho do ano anterior, o aumento entre 2018 e 2019 foi de 49,5%, com relação ao período entre 2017 e 2018. A devastação está relacionada com o aumento das áreas destinadas à agropecuária; com a interferência na infraestrutura, como a de transporte; com a construção de hidrelétricas; com a mineração; e com os incêndios criminosos.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS NO BRASIL

Os efeitos negativos nas mudanças climáticas no país vêm ganhando cada vez mais relevância na política ambiental mundial, principalmente em relação ao aquecimento global e há uma preocupação cada vez maior em assegurar o bem-estar social cabendo ao direito ambiental atuar de forma preventiva para evitar a degradação ambiental.³

A responsabilidade cível ambiental tem como método utilizado o dedutivo, tem como natureza a aplicabilidade e uma forma qualitativa de abordagem, o dever de reparação dos danos ambientais é extraído do nosso texto constitucional como é demonstrado em seu artigo 225 parágrafo 2º da carta magna.⁴

Neste mesmo artigo em seu parágrafo 3º as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente são passíveis de sanções penais e administrativos independentemente da obrigação

³ Toninelo, Alexandre Cesar. p. 40

⁴ Art. 255 § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

de reparar os danos causados, aplicado tanto a pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas.⁵

Todos devem ser responsáveis por seus atos e arcar com as consequências negativas que sobrevierem de suas responsabilidades, se estas consequências prejudicam terceiros tem a responsabilidade de reparar ou ressarcir estes danos causados. (SIRVINSKAS, 2016, p. 265).⁶

A responsabilidade do infrator sobre os danos ambientais causados se subdividem em três, o civil, penal e administrativo, tanto para pessoas físicas quanto para pessoa jurídica, neste sentido o nosso ordenamento jurídico a teoria da responsabilidade civil objetiva no que tange as questões de danos ambientais previstas no artigo 3º, inciso IV, e 14, § 1º da Lei 6.938/1981.⁷

Na responsabilidade civil objetiva o nexo de causalidade é um dos pressupostos da responsabilidade civil por danos ambientais visto que não há a necessidade de se comprovar dolo ou culpa, entretendo há de se falar na responsabilidade civil solidaria.⁸

Segundo Sumula do STJ reconhece a solidariedade pelos danos ambientais seja de forma indireta ou de forma direta.

DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A questão em causa diz respeito à responsabilização do Estado por danos ambientais causados pela invasão e construção, por particular, em unidade de conservação (parque estadual). A Turma entendeu haver responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou atua de forma deficiente. A responsabilização decorre da omissão ilícita, a exemplo da falta de fiscalização e de adoção de outras medidas preventivas inerentes ao poder de polícia, as quais, ao menos indiretamente, contribuem para provocar o dano, até porque o poder de polícia ambiental não se exaure com o embargo à obra, como ocorreu no caso. Há que ponderar, entretanto, que essa cláusula de solidariedade não pode implicar benefício para o particular que causou a degradação ambiental com sua ação, em detrimento do erário. Assim, sem prejuízo da responsabilidade solidária, deve o Estado – que não provocou diretamente o dano nem obteve proveito com sua omissão – buscar o ressarcimento dos valores despendidos do responsável direto, evitando, com isso, injusta oneração da sociedade. Com esses fundamentos, deu-se provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 973.577-SP, DJ 19/12/2008; REsp 604.725-PR, DJ 22/8/2005; AgRg no Ag 822.764-MG, DJ 2/8/2007, e REsp 647.493-SC, DJ 22/10/2007. REsp 1.071.741-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/3/2009. (Informativo de jurisprudência nº 0388. Período de 23 a 27 de março de 2009. Segunda Turma. STJ).

Em decorrência desta solidariedade é possível a responsabilização ainda que indiretamente de toda a cadeia produtiva para o dano ambiental causado, podendo ser a

⁵ Art. 255 § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁶ (SIRVINSKAS, 2016, p. 265).

⁷ Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV - Poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

⁸ Art. 942 C.C. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

exemplo utilizado para as instituições financeiras. (STEIGLEDER, 2017, p. 188)⁹

Verificamos ainda que por meio de súmula do STJ por meio do Ministro Herman Benjamin de que o adquirente de uma área degradada independente de culpa ou dolo deve ser responsabilizado pela recuperação do local afetado a partir da obrigação, sem nenhum prejuízo da solidariedade entre os autores do dano causado. (Responsabilidade Civil Ambiental – Marcia Andrea Bühring p. 53).

ADMINISTRATIVO. DIREITO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – APP. RIO SANTO ANTÔNIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. DANOS AMBIENTAIS. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. PRAZO PRESCRICIONAL.

VACATIO LEGIS NÃO SE PRESUME. 1. Restrição de uso decorrente da legislação ambiental é simples limitação administrativa, e não se confunde com o desapossamento típico da desapropriação indireta. Dessa forma não enseja ao proprietário direito à indenização, mais ainda quando o imóvel foi adquirido após a entrada em vigência da norma de proteção do meio ambiente, o que afasta qualquer pretensão de boa-fé objetiva do atual titular do domínio: AgRg nos EDcl no REsp 1.417.632/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.2.2014; AgRg nos EDcl no REsp 1.334.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.12.2013, e REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.10.2013. 2. A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a integridade do ecossistema protegido, tornando-se responsável pela recuperação, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento ou destruição: AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014, e REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012. 3. O prazo prescricional é quinquenal, conforme dispõe o art. 10, parágrafo único, do DL 3.365/1941, e se inicia com o advento da norma que criou a restrição ambiental (REsp 1.239.948/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.10.2013). 4. Vacatio legis não se presume, devendo constar expressamente do texto legal. Assim, se o legislador estabelece obrigação ambiental sem fixar termo inicial ou prazo para seu cumprimento, pressupõe-se que sua incidência e sua exigibilidade são imediatas. 5. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1241630/PR (REsp 2011/0046147-2). Ministro Relator, Herman Benjamin. Data do julgamento: 23/06/2015. DJe 19/04/2017).

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Os princípios do direito ambiental possuem caráter interdisciplinar, entretanto obedecem às especificidades para que se possa ter uma proteção eficaz ao meio ambiente contribuindo diretamente para que as políticas públicas sirvam de instrumento principal para a proteção ambiental.

Sobre a importância dos princípios, doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello ¹⁰:

⁹ (STEIGLEDER, 2017, p. 188)

¹⁰ MELLO, 1993, p. 408-409.

Princípio, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal

[...] a superação de antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, (...) a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente. (ADI 3540 MC/DF, rei. Min. Celso de Mello, 1º.9.2005).

4.1 PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O princípio do desenvolvimento sustentável precisa seguir três vertentes para que seja efetivamente respeitada, são elas o crescimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social, estando ausente qualquer uma dessas vertentes não há que se falar em princípio de desenvolvimento sustentável, vale salientar que a ideia de desenvolvimento socioeconômico em harmonia com a preservação ambiental emergiu da Conferência de Estocolmo, em 1972.

Os recursos naturais são fundamentais para vida humana, a geração atual e a geração futura têm o dever de preservação associado ao crescimento econômico e social, devendo a preservação ambiental fazer parte do desenvolvimento e não ser tratado como algo à parte.

De acordo com o princípio quatro da Declaração do Rio 92, "para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente em relação a ele".

Já o princípio cinco da Declaração do Rio 92 dispõe claramente sobre a vertente social do desenvolvimento sustentável ao afirmar que "todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, devem cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo."

Podemos ver na Constituição Federal no que se refere ao desenvolvimento sustentável, vemos a questão do crescimento econômico, a preservação ambiental e que a equidade social

está expressa a começar pelo Art. 170 CF.¹¹

Vale salientar que a Constituição Federal estabelece que o Poder Público e toda a coletividade tem o dever de preservar os recursos ambientais, em benefício não somente da atual geração, mas também pensando nas gerações futuras, sendo dever de todos garantir um meio ambiente saudável, sustentável, bem como que acompanhe o crescimento econômico e social sem prejuízos.

4.2 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO/ PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS

Os danos ambientais causados pela atividade humana são de tamanha gravidade que chegam a ser irreparáveis, neste princípio tem como objetivo a prevenção e a precaução para evitar a incidência dos danos ambientais. A finalidade do princípio da prevenção é de evitar que o dano chegue a ser produzido baseando-se na certeza científica do impacto ambiental, enquanto que o princípio da precaução se baseia em uma garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este princípio encontra alicerce nos art. 225 CF.¹²

Ainda encontramos respaldo no princípio quinze da declaração do Rio 92 que diz:

Princípio quinze da Declaração do Rio 92 - Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução de acordo com suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave e irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para postergar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente.

O princípio da educação ambiental encontra respaldo na Constituição Federal 225, § 1º o qual incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Ainda na Lei

¹¹ ART. 170 da CRFB/1988: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem, por fim, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

¹² 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...) IV - Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

6.938/81 (PNMA) no seu art. 2º como Princípio da Política Nacional do Meio Ambiente “a educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente”.

Este princípio tem como base a Constituição Federal em seu art. 4º, IX que estabelece “a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, tendo este princípio uma relevância vital uma vez que os fenômenos poluidores geralmente ultrapassam a fronteira de uma nação, atingindo outro território. Na lei 9.605/98 em seu Capítulo VII dispõe sobre a “cooperação internacional para preservação do meio ambiente” dispondo sobre sanções penais e administrativas referentes as condutas lesivas ao meio ambiente. No princípio vinte e quatro da Declaração de Estocolmo/72 diz:

Todos os países, grandes ou pequenos, devem empenhar-se com espírito de cooperação e em pé de igualdade na solução das questões internacionais relativas à proteção e melhoria do meio. É indispensável cooperar mediante acordos multilaterais e bilaterais e por outros meios apropriados, a fim de evitar, eliminar ou reduzir, e controlar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera possam acarretar para o meio, levando na devida conta a soberania e os interesses de todos os Estados.

4.3 PRINCÍPIO DO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

Na declaração de Estocolmo em 1972, o meio ambiente equilibrado passou a ser reconhecido como direito humano segundo a qual "o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras". Tendo esta afirmação sido reafirmada em 1992 na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Na Constituição Federal encontra-se esta expresso o direito ao meio ambiente equilibrado em seu art. 255 que diz:

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.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também encontra respaldo em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça; Resp. 1.120.117-AC, Rei. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/11/2009. (If. 415, STJ) que diz:

[...] O dano ambiental refere-se àquele que oferece grande risco a toda humanidade e à coletividade, que é a titular do bem ambiental que constitui direito difuso. Destacou a Min. Relatora que a reparação civil do dano ambiental assumiu grande amplitude no Brasil, com profundas implicações, na espécie, de responsabilidade do degradador do meio ambiente, inclusive imputando-lhe responsabilidade objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente

da culpa do agente causador do dano. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal. No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos - pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer – o último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental. Mesmo que o pedido seja genérico, havendo elementos suficientes nos autos, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação. Resp. 1.120.117-AC, Rei. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/11/2009. (If. 415, STJ).

Vale ainda salientar que podemos encontrar o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana também pode ser encontrado nos artigos 2º e 4º da Lei 6.938/81.

4.4 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA (POPULAR) E O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO / PRINCÍPIO DO CONTROLE DO POLUIDOR PELO PODER PÚBLICO / PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO

O princípio da participação comunitária incumbe a toda sociedade o dever de atuar em defesa do meio ambiente, á manter um meio ambiente equilibrado, tendo em vista que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, encontra-se previsto no princípio dez da Declaração do Rio 92 (ECO 92):

[...] a melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.

Encontramos ainda no Princípio dez da Declaração do Rio 92 (ECO 92) que dispõe sobre o princípio da participação e também prevê o acesso à informação, destacando assim então base para o princípio da informação.

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.

É dever do Estado fiscalizar e orientar os particulares quanto aos limites, devendo

sempre observar o bem-estar da coletividade através do seu poder de polícia utilizando-se de intervenções necessárias à preservação dos recursos ambientais, devendo sempre observar o uso controlado e racional destes recursos.

Para se manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, manter as garantias de proteção ambiental que já foram conquistadas é inadmissível o retrocesso para a preservação do meio ambiente, não se pode revogar uma lei que proteja o meio ambiente sem que outra seja aplicada em seu lugar para que ofereça garantias e eficácia no mínimo similares com a anterior.

5 DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Em virtude da lei 6.938 de 1981, que foi instituída e recepcionada pela Constituição Federal, a PNMA, é a referência mais importante da proteção ambiental, sendo ela quem dá efetividade ao artigo 225 da CF, cabe ao PNMA regulamentar a manutenção do equilíbrio ecológico, devendo o meio ambiente sempre ser protegido visto que é um bem de uso coletivo cabendo ao Poder Público, as devidas preocupações em relação à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental.

Para que se possam alcançar estes objetivos é necessário que sejam embasados em princípios fundamentais a proteção ambiental para que se torne efetivo um meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos desta e das futuras gerações.

No capítulo do artigo 2º da lei 6.938/81 diz que a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Observe-se ainda que os objetivos específicos estão disciplinados pela lei 6.938/87 em seu artigo 4º que tentam harmonizar a defesa do meio ambiente com o desenvolvimento econômico visando sempre manter o equilíbrio entre a intervenção do homem e o meio ambiente ecologicamente sustentável.¹³

¹³ Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; II – à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; III – ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais; IV – ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnológicas nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; V – à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações

Em relação aos instrumentos da PNMA que são mecanismos da Administração Pública para que sejam alcançados todos os objetivos elencados pela política nacional, com enfoque no artigo 6º da lei 6.938/87 que foram estabelecidos por meio de Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Os padrões de qualidade ambiental que envolve a gestão dos componentes do meio ambiente, que são a qualidade do ar, das águas e dos padrões de ruído, com a resolução CONAMA n.º 5 de 1989, foi criado um Programa Nacional de Controle de Qualidade do ar o PRONAR que vem para estabelecer os limites dos poluentes na atmosfera que possam afetar a saúde. Em relação às águas, a resolução n.º 1 de 1990 do CONAMA, avalia a intensidade dos ruídos em áreas habitadas, onde deverá ser obedecido o interesse à saúde e ao sossego público.

Com relação ao zoneamento ambiental, encontra-se elencado no Estatuto da Cidade Lei n.º 10.257/01, artigo 4º, inciso III, tendo por finalidade de contribuição para a sustentabilidade dos municípios, à vista da destinação da terra e do uso do solo.

Dentro da PNMA encontra-se um importante instrumento de caráter preventivo que é a Avaliação de Impactos ambientais (AIA), tendo como principal objetivo analisar projetos que podem causar danos ambientais e o potencial desses impactos ao meio ambiente para que haja a aprovação da licença ambiental do empreendimento.

Neste sentido é importante fazer uma avaliação previa do ambiente onde será feito o empreendimento, para determinar quais impactos ambientais que irão ser causados, para que haja um crescimento socioeconômico em conjunto com a qualidade de vida, é necessário ter um planejamento, uma avaliação e uma manutenção do ambiente onde será realizado o empreendimento, mantendo assim um meio ambiente preservado.

Referente à Avaliação de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental se encontram definidos na Resolução CONAMA n.º 237, artigo 1º, inciso III:

“Art. 1º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: [...]

III. Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise de licença

ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; VI – à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco. [...]

Art. 3º A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação”.

Outro importante instrumento é o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que fora instruída pela Política Nacional do Meio Ambiente por meio de Resolução CONAMA nº001/86 de 1986, que nada mais é que um documento técnico onde será realizada a avaliação das consequências de um determinado projeto e de seu impacto para o meio ambiente, e quais medidas será necessário para minimizar estes possíveis impactos; Vale salientar que se deve atender as exigências da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, elencadas no art. 5º da Resolução CONAMA nº001/86.¹⁴

O EIA é um instrumento de desenvolvimento econômico-social de extrema importância sendo um dos mais notáveis instrumentos, devendo todas as exigências que sobrevierem dela fazer parte do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) tendo em vista que todas são de suma importância para a preservação da qualidade ambiental.

Após as exigências feitas pelo EIA serem encaminhadas para o RIMA, deve ocorrer uma audiência pública junto com a população onde deverá ser apresentado e divulgado as conclusões que venham a ser discutidas na audiência, prestando esclarecimentos de dúvidas em especial da população do local do projeto.

É necessário dizer que este instrumento é de prevenção e de precaução com o meio ambiente, em conjunto com o Poder Público e da sociedade não sendo uma forma de impedir o desenvolvimento econômico e social. O deferimento da licença ambiental também será possível mesmo que o EIA esteja desfavorável ficando caracterizada a discricionariedade da administração pública, pode o Poder Público desde que fundamente sua decisão mesmo estando comprovado que haverá algum dano ao meio ambiente, no entanto, que esta atividade contribuirá para o desenvolvimento socioeconômico.

Em relação ao Licenciamento Ambiental a Resolução CONAMA 237/97, define que o órgão responsável pela verificação da necessidade da licença ambiental específica será o SISNAMA, onde para a liberação desta licença verificar-se-á a sua natureza, sua

¹⁴ Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender a legislação, em especial os princípios e objetivos expressos da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I – Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

característica e suas peculiaridades dentro das atividades a serem desenvolvidas; Resolução n.º 237/97.¹⁵

O Licenciamento Ambiental envolve um ato complexo com agentes devendo ser precedido pelo EIA/RIMA informando o tamanho do impacto que será causado pela atividade a ser desenvolvida. As licenças ambientais se dividem em Licença Prévia que é aquela que atende os requisitos básicos exigidos pelo órgão ambiental; a Licença de Instalação somente será concedida após o projeto executivo ser aprovado desde que tenha preenchido todos os requisitos e a Licença de Operação é direcionada a prática das atividades do empreendimento devendo ser concedida após as verificações do cumprimento dos requisitos condicionantes, previstos na Licença de Instalação por órgão responsável.

Toda e qualquer atividade elencada na Resolução CONAMA n.º 237/97 que gere dano ao meio ambiente deverá atender ao requisito do licenciamento ambiental, a ausência de licenciamento ambiental caracteriza crime previsto na Lei n.º 9605/98, que dispõe de sanções penais e administrativas para as condutas lesivas ao Meio Ambiente.

É de competências do SISNAMA a concessão das licenças ambientais descritas na lei 6.938/81 em seu artigo 6º, lembrando que via de regra é de competência do órgão público estadual, em relação aos prazos e as hipóteses de revogação das licenças estão elencados a Resolução n.º 001/86, artigo 2º:

“Dependerá de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), a ser submetido à aprovação do órgão estadual competente e do IBAMA, em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente”.

O instrumento de verificação da condição financeira de uma instituição é feita pela auditoria Ambiental que é vista como uma avaliação ambiental, entretanto não é tida como instrumento pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente em seu artigo 9º, devendo ela seguir os deveres e direitos da legislação, podendo ser realizadas para assegurar as adequações exigidas pelas leis ambientais, evitando punições ou imposições de indenizações devendo auferir as condições e desempenho das instituições públicas e privadas.

¹⁵ Art. 1º - Para efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual ao órgão ambiental compete licença e localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadora de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

6 CONCLUSÃO

No decorrer do tempo às questões ambientais vêm sendo tratadas com mais seriedade, em prol da preservação ambiental em todos os seus sentidos, um olhar mais crítico e preocupado vem sendo adotado em relação às questões climáticas e mudanças ambientais.

O surgimento de descobertas científicas sobre o meio ambiente e o impacto da atividade no que tange as tragédias ambientais, acarretou um crescente número de movimentos em prol da preservação ambiental.

Entretanto mesmo com o avanço de políticas públicas, leis e movimentos sociais para a redução dos impactos ambientais decorrentes da atividade humana no planeta, estas medidas não estão sendo o suficiente para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e com desenvolvimento sustentável para a atual e as futuras gerações.

A preservação ambiental é um tema de extrema relevância e que deve ser atendida de forma urgente, visando a proteção máxima dos recursos naturais, o desenvolvimento sustentável em prol do bem-estar social.

Sendo assim, percebe-se a importância de harmonizar a defesa do meio ambiente com o desenvolvimento econômico mantendo um equilíbrio entre a intervenção humana e o meio ambiente ecologicamente sustentável.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 5ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm.2017.

AMADO, Frederico. **Resumo Ambiental: Esquematizado**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Meteoro, 2015.

CULTURA MIX. **As Geleiras e o Aquecimento Global: Aumento do Nível do Mar**. Cultura Mix, 2014. Disponível em: <https://meioambiente.culturamix.com/natureza/as-geleiras-e-o-aquecimento-global-aumento-do-nivel-do-mar>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

BUHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade Civil Ambiental**. 16ª Edição: São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDEIROS GUARCIA, Leonardo; ROMEU, Thomé. **Direito Ambiental: Leis nº 6.938/1981, 9.605/2000 e 12.651/2012**. 9ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm.2016.

MENDES, Nathalia. **“Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) - Lei nº6938/81”**; Jusbrasil.2016. Disponível em:

<https://nathymendes.jusbrasil.com.br/noticias/321528492/politica-nacional-do-meio-ambiente-pnma-lei-n-6938>

81#targetText=Objetivo%3A&targetText=Dizendo%20que%20Pol%C3%ADtica%20Nacional%20do,da%20dignidade%20da%20vida%20humana. Acesso em 25 de setembro de 2019.

PACHECO FIORILLO, Celso Antônio; CONTE PEGORARI, Christiany. Crimes Ambientais. São Paulo: Saraiva Educação, 2011.

SÁNCHEZ, Luís Enrique. **Avaliação de Impacto Ambiental: conceitos e métodos**. 2ª Edição. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental** – 16ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUSA, Rafaela. **"Desmatamento"; Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-desmatamento.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2015

DOS INSTRUMENTOS DE SOBERANIA POPULAR E EFETIVA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Maricleide Teixeira Oliveira

RESUMO

Este artigo propõe analisar como os instrumentos de soberania popular previstos na Constituição Federal têm sido efetivos na consolidação da democracia brasileira, partindo do pressuposto de que a participação popular tem sido resumida ao voto nos representantes para os cargos dos poderes Legislativo e do Executivo, frustrando a soberania popular e limitando o exercício da democracia. Aponta como questionamento se os instrumentos de soberania popular, previstos na constituição federal, têm sido utilizados de forma a consolidar o quadro democrático brasileiro haja vista as poucas oportunidades que o País lhe ofereceu para participar diretamente da política.

Palavras-chave: Democracia Representativa. Instrumentos de soberania popular. Participação Popular.

ABSTRACT

This article aims to analyze how the instruments of popular sovereignty provided for in the Federal Constitution have been affective in consolidating Brazilian democracy, based on the assumption that popular participation has been reduced to voting in representatives for the positions of the legislative and Executive branches, frustrating popular sovereignty and limiting the exercise of democracy. It points out as questions whether the instruments of popular sovereignty, provided for in the federal constitution, have been used in order to consolidate the Brazilian democratic framework in view of the few opportunities that the county has offered him to participate directly in politic.

Keywords: Representative Democracy. Instruments of popular sovereignty. Popular participation

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a Constituição Federal 1988 consagra como regime político a democracia, que tem como característica principal a participação soberana do povo através do sufrágio universal. Apesar da democracia ser um regime político que permite a participação do povo, escolhendo os seus representantes por meio do voto, este regime também tem sido muito discutido no campo das ciências sociais e jurídica.

Vale ter destaque, por exemplo, mesmo após completar trinta e um anos do regime

democrático, ainda são perceptíveis os vestígios de um regime político autoritário no Estado, tornando-se assim urgente rediscutir a participação do cidadão na democracia pátria. Nesse sentido, as principais inquietudes que o tema democracia faz aflorar dizem respeito aos limites e contraste do “governo do povo”, pois sem a participação popular a democracia se torna um sistema vazio, resumindo-se à mera escolha de seus representantes, sem que exista uma participação efetiva da sociedade no governo.

Isto posto, cabe ressaltar, embora tenha havido avanços ao longo do tempo, não restam dúvidas que diversos são os fatores que contribuem para redução da qualidade do regime democrático brasileiro, principalmente a limitação do poder dos cidadãos em participar e supervisionar as decisões do governo. Desta forma, fica explícito que a democracia no Brasil, embora possua alguns requisitos, ainda não apresenta uma democracia de plena efetivação.

Destarte, partindo do pressuposto de que o regime político adotado no Brasil prevê a participação do povo, se faz necessário a utilização dos instrumentos democráticos previstos no artigo 14, incisos I, II e III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), para que haja um aperfeiçoamento da democracia através do exercício da cidadania, a fim de resgatar o projeto democrático brasileiro e, assim, alcançar de fato e de direito, a verdadeira democracia.

Reforça-se que, os instrumentos de soberania popular, plebiscito, referendo e a iniciativa popular, se caracterizam como legítimos para participação do povo no processo evolutivo do Estado Democrático de Direito e como tal devem ser utilizados com o fim precípua de consolidação do regime democrático, sob pena de violação constitucional.

Observe-se que, a democracia semidireta, modelo adotado no Brasil, é um regime político do qual se depreende a presunção de que a vontade do povo é a mesma vontade dos seus representantes. Ocorre que, em virtude da deturpação política, essa vontade só se concretiza parcialmente. Assim, falar que a soberania está com o povo é possibilitar que estes conheçam e saibam como exercer seus direitos utilizando os mecanismos posto a sua disposição.

É perceptível que a democracia brasileira vive um colapso, o que mostra ser primordial o incentivo da participação dos cidadãos na democracia por meio da utilização dos instrumentos de participação popular. É de suma importância para o processo democrático promover a conscientização do cidadão da importância do seu papel na consolidação desse regime e ao mesmo tempo ajudando a desenvolver um pensamento crítico que contribuirá na formação de uma nova cultura política.

A discussão do tema proposto nesta pesquisa se torna relevante, haja vista a importância de conscientização do cidadão para participação da construção do processo

democrático, não apenas com o sufrágio, mas, sobretudo com a utilização dos instrumentos de soberania popular. Não se perca de vistas que, a verdadeira democracia necessita da participação do povo e esta necessidade deve ser inserida nas discussões, já que a democracia brasileira tem sido reduzida apenas ao processo decisório nas eleições, demonstrando que ainda existe limitação na participação do cidadão no exercício do seu direito.

2 DEMOCRACIA: BASE CONCEITUAL E QUADRO TEÓRICO-HISTÓRICO

Os instrumentos que permitem a condução da soberania popular estão diretamente ligados ao implemento da democracia, por esta razão faz-se necessário refletir quanto aos procedimentos para a execução da eficiência da democracia através do exame da sua etimologia, de suas definições e fundamentos, bem como as mudanças ocorridas na organização do Estado e o início da democracia comparando a visão de Atenas ao Brasil.

Na atualidade, em todas as formas de governo, percebe-se que a democracia é a condição necessária para a legitimação política e ela é predominante em todo mundo, por isso, os representantes políticos em seus discursos propagam ideias democráticas mesmo que suas práticas sejam diferentes (SHAPIRO, 2006, p. 245).

2.1 BASE CONCEITUAL DA DEMOCRACIA

Historicamente a democracia sempre foi estudada a começar pela perspectiva da organização do governo, faz-se indispensável rever o significado de democracia com um breve retorno à doutrina clássica, que sempre a colocou na forma dos diversos modos como é desempenhado o poder político.

Observa-se que o vocábulo democracia advém das expressões gregas *demos*, que significa povo, e *kratos*, que significa poder. Assim, em interpretação mais ampliada, pode-se concluir que, com base na formação etimológica da palavra, democracia significa que o povo tem o poder de participar das decisões de matérias e debates relevantes.

Dallari (2012, p. 146), em sua análise quanto ao estado moderno e democracia, concluiu que houve influência das ideias gregas, em relação à afirmação do governo democrático, como sendo a forma de governo que se consolidou desde o século XVIII em todo hemisfério ocidental, atingindo posteriormente o restante do mundo.

Segundo interpretação de Dias (2013, p. 174), ao discorrer sobre a análise aristotélica, os princípios fundamentais da democracia estão diretamente ligados a liberdade e igualdade, sendo a liberdade a primeira característica, pois os cidadãos prestam obediência e mandam assim, as decisões mais importantes são tomadas em Assembleia Geral por todos seus

integrantes, que deliberam com toda liberdade. A segunda característica seria a igualdade, com fundamento de que os cidadãos são iguais e têm a aptidão para elegerem-se a diversos cargos.

Atualmente, a compreensão de democracia evoluiu e se identifica, basicamente, com a democracia política que, de modo geral, pode ser definida como um sistema de governo no qual o poder político não pertence a nenhum grupo determinado e limitado de pessoas ou a uma pessoa, mas, na forma do direito, a todo o povo (DIAS, 2013, p. 175).

Considerando os conceitos acima expostos, é importante destacar que a democracia não é simplesmente uma categoria de representação política, assim como não é algo que possa ser obtido de forma definitiva, nem solução milagrosa para os males que atingem a sociedade. A democracia imprescindivelmente se constrói diariamente e inclui uma combinação de elementos, como a liberdade de manifestação dos cidadãos e as eleições de seus representantes, mas que, além disto, pode ser assimilada como valor universal (DIAS, 2013, p. 173). Este sentido do valor universal é de fato percebido quando se há um governo que atende as necessidades da coletividade.

Na contemporaneidade, a democracia é imprescindível para a legitimação política, desta forma é possível identificar a preocupação dos Representantes políticos fazem-se valer dos discursos democráticos, ainda que nem sempre esteja casado com a prática, diante disto segundo I. Shapiro, (2006, p. 245):

Como existe o predomínio da democracia no mundo contemporâneo, qualquer investigação dos fundamentos morais da política tem, seguramente, que estar atenta ao papel desta na legitimação dos regimes políticos. O fato de que governos das mais diversas colorações ideológicas, em todos os cantos do mundo, tentem se cobrir com o manto da democracia é uma prova a mais – se preciso fosse – de que o compromisso com a democracia é um componente indispensável da legitimidade política [...] No mundo contemporâneo, portanto, a aprovação à ideia de democracia é praticamente inegociável (SHAPIRO, 2006, p. 245).

Portanto, percebe-se que no mundo contemporâneo a democracia está fundada na cooperação do povo e no governo do povo, sendo como condição de legitimidade para todo Estado democrático de direito. Um governo que se declare democrático deve levar em consideração a participação social no contexto das decisões além da igualdade, no significado de isonomia, tratamento igual para todos sem nenhuma distinção, lembrando que o Estado se propõe a atender aos interesses da coletividade e não apenas de pequenos grupos.

2.2 AS MUDANÇAS DO ESTADO E O SURGIMENTO DA DEMOCRACIA

São diversos os aspectos jurídico-políticos que envolvem a democracia brasileira,

conforme demonstra a doutrina clássica, muito embora o processo democrático tenha sido inicialmente formulado em Atenas, na Grécia antiga, o auge que impulsiona a compreensão de Estado democrático ocorre com a Revolução Francesa, através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o plano prático, tornando-se assim os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático (DALLARI, 2012, p. 147).

Pode-se dizer que, esses movimentos e suas ideias orientaram a estruturação do Estado, desde o século XVIII, consolidando a percepção do Estado Democrático como uma forma de governo, inclusive seus governantes, mesmo que fortemente totalitários, sempre se intitulavam democráticos. Deste modo, percebe-se a divulgação das ideias que desvinculam o sistema de governo com a democracia, afirmando que, o que determina um governo democrático está relacionado como este governo exerce o poder.

Nesse passo, a concretização de princípios como a supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e também a igualdade de direitos, foram norteadores para as mudanças do Estado. Entre os séculos XIX e parte do século XX, foi marcado pela busca de realizações desses princípios, visando sempre a participação popular na estruturação do Estado, ou seja, na formação e na atuação do governo, importando que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e igualdade (DALLARI, 2012, p.149-150).

Comprovadamente, a soberania popular é externada por meio do voto, através da eleição de seus representantes e do acesso ao processo legislativo por todo cidadão. Outra característica importante dos Estados democráticos está no fato de que todo cidadão pode expressar-se livremente através de suas opiniões, sua cultura, sua religião ou de suas ideologias, além da igualdade de direitos, uma vez que, todos os cidadãos possuem direitos e obrigações iguais.

2.3 DA DEMOCRACIA: DE ATENAS AO BRASIL

Iniciada a construção da democracia em Atenas quando por ocasião das decisões importantes que afetassem seus habitantes eram formadas assembleia com a participação dos cidadãos envolvendo dois princípios: a isonomia, traduzindo a igualdade dos cidadãos perante a lei e a liberdade de manifestação ou autodeterminação. Diante de tais fatos históricos, Coelho (2014, p. 31) afirma que:

A democracia ateniense procurava conciliar os interesses de cada cidadão com os interesses da pólis, pois, embora houvesse um esforço pelo bem comum, cada cidadão precisava conduzir sua própria vida sem ter que se dedicar exclusivamente à pólis. O objetivo de um cidadão não era exatamente o objetivo do outro: artesãos,

ferreiros, camponeses e fazendeiros possuíam papéis e interesses distintos na comunidade grega, entretanto, tais diferenças não ameaçam o bem comum nem chegavam a contrariar os interesses da cidade, que era garantir o interesse de todos e não o de alguns somente (COELHO, 2014, p. 31).

Portanto, a democracia ateniense parte da premissa de acolhimento do que é importante para a coletividade, ainda que cada cidadão possuísse seus próprios e diferentes interesses. É salutar lembrar que, neste período estavam excluídos: os escravos, as mulheres e os estrangeiros que residissem permanentemente.

No Brasil, após o período da ditadura militar, houve um processo de democratização com o movimento “Diretas Já” de 1984, contudo, somente após a promulgação da atual constituição e do retorno à República Presidencialista, foi possível em 1989 eleger um presidente através de eleições diretas. Após a proclamação da República de 1889 o país teve oito eleições indiretas seja por meio de Assembleia Constituinte, pelo Congresso Nacional ou pelo Colégio Eleitoral e vinte e duas eleições diretas, através do voto (BRASIL, TSE).

Historicamente pode-se pensar na evolução da democracia levando em consideração três momentos distintos: a democracia ateniense, com a participação de todos sobressaindo os interesses da coletividade, a cidade-estado quando atinge uma escala maior partindo para nação, dando surgimento as instituições políticas e a democracia atual que superada a ideia de viabilidade recai nas discussões com relação às suas possibilidades (DAHL, 2012, p. 1-2).

Ressalta-se que, refletir sobre a democracia ateniense é ter em consideração seus aspectos históricos e contextual, sendo assim, para Bonavides (2012, p. 289):

A democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor concentrado sobre as questões do Estado, que fazia de sua assembleia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial (BONAVIDES, 2012, p. 289).

Portanto, vê-se nesta forma de democracia a prioridade do atendimento ao bem comum, a concretização da luta pela igualdade, liberdade e justiça. Ainda que paradoxalmente esta democracia estivesse voltada para atender os anseios dos homens livres que eram donos de escravos. Assim sendo, para Bonavides (2012, p. 57) “[...] autores mais rigorosos asseveram que não houve na Grécia democracia verdadeira, mas aristocracia democrática, o que evidentemente traduz um paradoxo”.

Assim sendo, a tarefa do povo não é governar e sim escolher seus representantes, de sorte que o governo deveria atender os anseios do povo, mas não com exclusividade, tratando-se de um governo misto, buscando o equilíbrio entre atender diversos interesses. Em consequência das dificuldades em atender a um governo misto surgiu a separação dos poderes

em três tipos: legislativo, executivo e judiciário como existe na maioria dos países democráticos.

Desta forma, no entendimento de Dahl (2012, p. 340), a representação surge: “Como um meio de ajudar a democratizar os governos dos Estados nacionais, a representação pode ser compreendida como um fenômeno histórico e como uma aplicação da lógica da igualdade a um sistema político em grande escala”.

Porém, o desafio da democracia atual se insere na premência indispensável de agregar valores da democracia direta principalmente os relacionados a atender aos princípios da isonomia e da liberdade de expressão e participação da população, com a democracia representativa, nesse sentido reflete Coelho apud Bonavides (2014, p. 48):

Há tempos Paulo Bonavides (2001) tem sido o profeta a denunciar a superação da democracia representativa. Tal modelo, a seu ver, representa uma ruptura entre o Estado e a sociedade, entre o cidadão e seu representante, entre os governantes e os governados. Tal ruptura tem se revelado pelos vícios do processo eleitoral, caracterizado pela propaganda enganosa, pelos gastos exorbitantes de campanha, pelas promessas eleitoreiras e pelas doações de bens e vantagens pessoais. O Parlamento, por sua vez, vem adotando medidas que privilegiam pequenas oligarquias - talvez os financiadores de campanha, contrariando o interesse geral e os fundamentos do Estado Democrático de Direito (BONAVIDES, 2014, p. 48).

Assim sendo, o paradigma da democracia representativa tal como vivemos, demonstra-se superada desde o instante em que não consegue integrar o Estado e a sociedade de forma a atender aos interesses de seus cidadãos, percebe-se nos representantes vícios relacionados ao processo eleitoral que se estendem desde a propaganda enganosa, corrupção, os conhecidos caixas dois para ocultar os gastos excessivos nas campanhas, vantagens pessoais, dentre muitas outras coisas, desta forma, percebe-se o distanciamento dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a posição da política liberal sobre a democracia representativa, parte da ideia de que a população não tem conhecimento suficiente para tomada de decisões, por isso, afirma Macedo (2008, p. 184):

Sob a ótica liberal, a tomada de decisões não pode contemplar a soberania popular. Tal posicionamento se baseia, principalmente, no argumento da incapacidade do povo para as decisões estatais, da inoperância das formas da democracia direta em países de grandes dimensões populacionais e territoriais e, ainda, da defesa do sistema burocrático de Max Weber. Dessa sorte, o liberalismo não busca democracia direta nem participativa, mas de partido, representativa, em que os representantes, mais “aptos” e mais “racionais”, tomariam as melhores decisões para o país e para o povo (MACEDO, 2008, p. 184):

Portanto, percebe-se a justificativa de que a população não está apta para decisões importantes além das dificuldades de operação da democracia direta diante da extensão dos territórios populacionais e em decorrência disto necessita de representação dos partidos e de

seus representantes.

Os principais obstáculos enfrentados pela democracia representativa provocam engajamento da sociedade através de manifestações e clamores para que sejam inauguradas mudanças permitindo a sociedade participar ativamente das políticas públicas. Uma forma já conhecida pela população e que poderá ser aperfeiçoada conforme o envolvimento da sociedade se intensifique é a democracia participativa, tal democracia se insere através de diversas medidas que promovam de algum modo a aproximação da sociedade com a Administração Pública, o que se verifica na atualidade é que as redes sociais provocam de algum modo essa aproximação.

3 BASE LEGAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL

A democracia participativa no Brasil parte do direito ao sufrágio universal, alcançando a consagração da soberania popular através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Este processo foi um caminho construído por muitas lutas e resistência através de períodos alternados de crescimento econômico, fortalecimento da democracia entre golpes, recessão e censura (MACEDO, 2008, p. 184).

O significado de "democracia representativa", em linhas gerais, está relacionado com o fato de que as decisões que dizem respeito à sociedade são tomadas não por seus cidadãos, mas por intermédio de seus representantes eleitos, podendo abstrair que o representante eleito representa os interesses gerais e não os interesses particulares (BOBBIO, 1986, p. 43).

Em decorrência da afirmação do Estado Democrático de Direito, a democracia pode ser compreendida como o governo para todos, o qual não se limitando ao respeito dos direitos individuais, antes, porém, buscando atender direitos fundamentais na busca e na promoção da igualdade para estabelecer a dignidade da pessoa humana entre todos os cidadãos (BARROSO, 2013, p. 41).

3.1 O MOVIMENTO PRÉ CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nos anos de 1945 até 1964, considerado o período democrático, foi um período pós II Guerra Mundial e os países se insurgiram na promoção dos regimes democráticos e nos ideais de igualdade e justiça. Desta forma, o Brasil promulgou uma nova Constituição declarando através do voto e da igualdade de todos perante a lei o fortalecimento da democracia, incluindo as mulheres que conquistaram o direito ao voto. Este período foi marcado pelo crescimento econômico, a criação da Petrobras e a fundação do BNDES, por exemplo, conhecido como o período Democrático ou Populista (FAUSTO, 2006, p. 409).

Sobre o período democrático, de 1945 a 1964, destaca Barros (1999, p. 14) que “[...]”

foi, sobretudo a expressão mais completa da emergência das classes populares no bojo do desenvolvimento urbano e industrial verificado nesses decênios e da necessidade, sentida por alguns dos novos grupos dominantes, de incorporação das massas ao jogo político [...]”.

Ocorreu que o descontentamento dos mais conservadores com o crescimento da influência política dos trabalhadores conduziu ao golpe militar que deu início a um período de censura e recessão. Nos anos que sucederam, de 1964 até 1985, imperou o retrocesso e o aumento das desigualdades sociais, foi um momento na história do país marcado pelas intervenções dos sindicatos de classe, perseguições as entidades estudantis, extinção de partidos políticos, fim do voto direto para Presidente e as manifestações populares eram dispersadas por opressão da força militar com direito a todos os tipos de agressões, liberada a tortura, muitos brasileiros foram exilados (FAUSTO, 2006, p. 460).

Sobre o período do regime militar, de acordo com Barroso e Barcellos (2003, p. 2):

A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente”. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com deficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 2).

Assim sendo, segundo a compreensão de Barroso e Barcellos (2003), a população sofrida e cansada da recessão, da falta de saúde, educação e pela opressão dos militares, e por consequência a este período sofrido, os movimentos sociais e sindicais foram determinantes no período pré-Constituição, pois, havia um clamor da população para a redemocratização.

Em decorrência disto, a partir de 1985 até o ano de 1988 foi um período da história marcado pela posse do primeiro Presidente civil em 1985, A era Sarney perdurou de 1985 até 1989, historicamente chamado como o período da Nova República, estabelecendo as eleições diretas, a legalização dos partidos políticos, liberdade sindical e a garantia dos direitos trabalhistas (FAUSTO, 2006, p. 512).

Sobre este período da história do Brasil, recorda Barroso e Barcellos (2003, p. 2):

O regime militar chegava ao fim e tinha início a Nova República, com a volta à primazia do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático, Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava – mas que ajudou a sepultar ao aderir à oposição –, tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964 (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 2).

Diante dos acontecimentos inesperados, coube ao novo presidente, dar prosseguimento a instauração do processo democrático, feita a proposta ao Congresso Nacional para dar início a uma Assembleia Constituinte, com a participação dos parlamentares eleitos em 1986, após

dezoito meses foi aprovada a Constituição da República Federativa do Brasil inaugurando o período da democracia e do Estado de Direito (FAUSTO, 2006, p. 524). Percebe-se que um regime democrático se consolida quando a sociedade compreende que o melhor modo de governar os interesses da coletividade é instalando instituições e ferramentas para o exercício da democracia. Vejamos o que Barroso (2008, p. 32) diz sobre o processo constituinte:

O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumuladas com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais (BARROSO, 2008, p. 32).

Desta maneira, com as manifestações públicas espalhadas por todo o país clamando pelo voto direto, direitos trabalhistas, participação efetiva da população nas decisões importantes para sociedade, fim da censura entre outras questões foi instalado o processo de redemocratização no país, de acordo com Piovesan (2018, p. 96):

Em termos menos abstratos, uma transição para um regime democrático é completa quando: 1) há uma possibilidade real de alternância partidária; 2) mudanças políticas reversíveis podem resultar de uma alternância partidária; e 3) um efetivo controle civil é estabelecido relativamente aos militares. (...) Se a democracia está por se consolidar, quatro problemas precisam ser resolvidos ao longo do processo: 1) uma estrutura institucional de contestação, para usar a terminologia de Dahl, precisa ser criada; 2) um regime representativo competitivo necessita ser estabelecido; 3) conflitos econômicos precisam ser solucionados pelas instituições democráticas; 4) os militares devem ficar sob controle civil” (PIOVESAN, 2018, p.96).

Pode-se aferir que, a legalização dos partidos políticos, a possibilidade de eleger seus representantes, a criação de uma nova Constituição, que contou com a participação de toda sociedade e principalmente da classe trabalhadora, das mulheres, dos representantes sindicais, dos empresários, remodelando um novo cenário, período que enfatiza Piovesan (2018, p. 84):

Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originalmente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos –, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988 (PIOVESAN, 2018, p. 84).

Nessa conjuntura, na análise de Piovesan (2018), o processo de democratização foi instalado para atender em primeiro plano a liberdade política, liberando o país da ditadura

militar, buscando uma forma de solução para os problemas sociais, econômicos e políticos que foram crescentes neste período, desta forma submeteu-se o regime militar ao controle civil.

Ainda sobre a transição do período da ditadura e o Estado de direito, declara Barroso (2008, p. 29):

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder (BARROSO, 2008, p. 29).

A partir deste cenário, pode-se perceber a configuração da democracia instalada no país, o voto direto, uma constituição com fundamentos democráticos fundamentada, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, a participação popular, o direito de escolher seus representantes e a pluralidade partidária. Este momento novo rompe o período de descumprimentos constitucionais, dos golpes, da ditadura em detrimento dos direitos, da intolerância e, sobretudo da falta de participação popular (FAUSTO, 2006, p. 556).

Destaca-se a partir da constituição um delineamento claro e conciso das atribuições e funções do Estado, por isso, ainda afirma Barroso (2008, p.32):

A Constituição, juntamente com suas emendas, contribuiu, também, para a melhor definição do papel do Estado na economia, estabelecendo como princípio fundamental e setorial a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho. A atuação direta do Estado, tanto na prestação dos serviços públicos (diretamente ou por delegação), como na exploração de atividades econômicas, recebeu tratamento sistemático adequado (BARROSO, 2008, p. 32).

Portanto, segundo o autor citado, a definição do papel do Estado na economia permitiu firmar procedimentos para promover o equilíbrio entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho além de regulamentar a prestação de serviços públicos e a exploração. Esse processo de readequação do papel do Estado continua ocorrendo sem consulta popular, principalmente com a promulgação da Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica com o intuito de estabelecer garantias de livre mercado, modificou o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho.

3.2 DAS ESPÉCIES DE DEMOCRACIA

Os principais teóricos costumam dividir a democracia em: direta, indireta (representativa) e semidireta (participativa). É necessário compreender as diferentes espécies de democracia e através da comparação perceber os pontos positivos e negativos de cada uma.

A democracia direta, de acordo com Cardia (1988, p. 310):

A democracia directa funcionou, e funcionária, apenas em unidades políticas de pequena dimensão territorial. Regida pelo princípio da soberania popular, sendo os

cidadãos uma pequena minoria da população da cidade. Soberania exercida segundo a regra da maioria e do braço levantado na tomada de decisões e mediante ilimitado poder do legislador. Pelo menos em Atenas a democracia directa identificou-se com o poder concentrado e ilimitado do corpo cívico (CARDIA, 1988, p. 310).

A questão que precisa ser compreendida, na análise de Cardia (1988), como ponto de partida é que, a democracia direta, foi difundida a partir das experiências da cidade de Atenas, portanto vivenciada numa cidade pequena, prevalecendo o entendimento de que a democracia regia-se através da soberania popular e por consequência da liberdade participativa, tida como uma obrigação de todos, utilizavam-se do sorteio para designar determinadas funções para que não houvesse disputas nem monopólio. Diante desta perspectiva assegura ainda Cardia (1988, p. 311) que: “A democracia directa é impraticável em sociedades de grande ou média extensão territorial. Tal não impede a adopção, por outros tipos de democracia, de institutos afins da democracia directa: designadamente o referendo e a iniciativa legislativa popular”.

Convém ressaltar que, o referendo e a iniciativa popular são institutos que decorrem da democracia direta, o que não impede os governos de adotarem os institutos da democracia que melhor convierem às suas perspectivas políticas e os anseios sociais, e com isso, mesclarem elementos da democracia direta e da indireta (MACEDO, 2008, p. 185).

A maior dificuldade de aplicação da democracia direta, segundo Macedo (2008, p. 183) reside no fato de que o bom emprego do princípio de soberania popular compreendido como o poder concentrado e ilimitado do povo não se aplica para cidades maiores, sendo inviável a convocação e eleição da vontade do povo a cada tomada de decisão da gestão, deve-se levar em consideração também o fato de que aquela democracia direta era exercida por um pequeno grupo de cidadãos, e que se excluía outros habitantes da pólis, como por exemplo, as mulheres e os escravos, visto que se tratava de uma sociedade escravocrata, desta forma, a vontade da maioria da população mas, mesmo assim, essa definição de maioria tinha suas próprias limitações.

Outra questão que se descortina em desprestígio à democracia direta reside no fator do conhecimento técnico, considerando que a maioria da população não possui conhecimentos específicos em se tratando de administração ou economia, por exemplo, isso dificulta quando se leva em consideração que as decisões irão alcançar toda uma coletividade (MACEDO, 2008, p. 184).

Ainda de acordo com Macedo (2008, p. 183):

Ainda, milita em desfavor da democracia direta o fato de que o público em geral não possui condições técnicas nem conhecimento para julgar ações do governo. A maioria da população tem apenas conhecimento superficial dos acontecimentos políticos e científicos. Sabe-se que, muitas vezes, há necessidade de tomada de decisões críticas, como questões de segurança, estratégicas, questões científicas e tecnológicas, acerca das quais nem sempre o povo está apto a decidir. Diante do

desconhecimento de assuntos técnicos, o povo se tornaria extremamente frágil, com possibilidade de decisões esdrúxulas, podendo também ficar à mercê de ser influenciado por um argumento carismático, vindo a ser presa fácil das demagogias (MACEDO, 2008, p. 183).

Percebe-se que, de acordo com Macedo (2008), o conhecimento superficial da política e da ciência, as questões relacionadas com a segurança, tecnologia ocasionaria a fragilidade dos cidadãos colocando-os em risco para influências de opiniões enganosas.

Diante destas dificuldades surge a democracia indireta ou representativa, nas palavras de Macedo (2008, p. 183): “Democracia representativa é aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege representantes, periodicamente, para tomar as decisões políticas”. Eleger um representante que defenda os interesses da coletividade, que possua conhecimento técnico ou capacidade de adquirir tal conhecimento através de uma equipe de gestão qualificada.

A maior dificuldade da democracia indireta, para Macedo (2008), reside no fato dos representantes equilibrarem os seus interesses individuais com os interesses coletivos. Disto decorre que muitos setores da sociedade procuram eleger representantes que protejam seus interesses, desta forma percebe representantes eleitos para atender aos anseios de determinadas classes, sejam elas do setor empresarial, agrário, religioso, sindical, educação, saúde, segurança, etc.

Assim, os representantes são eleitos para atender aos interesses da coletividade e não de uma dada minoria, se são eleitos representantes de determinados grupos setoriais, eles estarão administrando os bens públicos a favor de seus pares e em detrimento de outros, termina vencendo os que possuem maior poder aquisitivo para o financiamento de suas campanhas (MACEDO, 2008, p. 185).

Outra questão levantada por Macedo (2008, p. 184):

A grande crítica à democracia representativa está relacionada à legitimidade. É o que se denomina de crise de legitimidade. Observa-se que, no Brasil, os representantes, após eleitos, não se mantêm vinculados aos seus eleitores nem aos compromissos com eles assumidos. Normalmente se desvinculam dos representados logo que são eleitos. Mas não se deve esquecer que a democracia representativa é a democracia liberal, que em nenhum momento previu uma democracia de efetiva participação. O Estado é governado por uma elite “mais preparada” e apenas formalmente ratificada pelo povo (Macedo, 2008, p. 184).

Deste modo, a legitimação observada por Macedo (2008) está relacionada a conservação das promessas de campanha, da continuidade após a eleição aos vínculos estabelecidos anteriormente a eleição, o representante não se vincula contratualmente aos eleitores antes de sua eleição, há um contrato com base na ética que nem sempre é respeitado. Quando se trata da crise de legitimidade está tratando da falta de fidelização às promessas de campanha, das ideias

e propostas defendidas pelos representantes antes de serem eleitos. Ainda acrescenta o autor que os representantes fazem parte de uma elite mais preparada (MACEDO, 2008, p. 184).

Pode-se dizer que a democracia representativa restringe a soberania popular ao voto, os cidadãos não possuem nenhum controle ou participação na gestão da administração pública. Se pensar na compreensão trazida por Bobbio (1986, p. 18) de que:

No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão (BOBBIO, 1986, p. 18).

Acontece que, a democracia representativa limita o princípio da liberdade como autonomia, o governo que deveria ser do povo e para o povo, torna a governança dirigida cada vez mais para grupos que se contrapõem e concorrem entre si. Vê-se na representação a luta entre seus grupos, cada um procurando atender seus próprios interesses em detrimento dos outros, o que diante da reflexão sobre quem representa e o porquê representa, percebe-se que a representação da elite, mais preparada, reafirma o poder baseado nas convicções dela mesma, sem dúvidas, esquecendo no poder direcionado ao povo e pelo povo (BOBBIO, 1986, p. 26).

A democracia semidireta em linhas gerais permite a junção de elementos da democracia direta com a indireta, fundamentada no exercício conjunto da representação política e da soberania popular em relação às matérias mais importantes para sociedade (MACEDO, 2008, p. 185).

Na busca pela compreensão da democracia semidireta, aprouve Garcia (2005, p. 10):

Direcionam para um Estado atuando sob a vigilância da coletividade, impondo o alargamento do princípio democrático a diferentes formações da vida social, econômica e cultural, incorporando instrumentos de participação direta, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática (GARCIA, 2005, p. 10).

Portanto, a principal característica da democracia semidireta está no fato de reconhecer no povo a sua soberania, daí a necessidade de incorporar instrumentos para que haja a participação dos cidadãos, por isso a democracia semidireta é chamada de participativa. A grande diferença é que não limita a participação dos cidadãos ao voto, vai muito além disto, neste tipo de democracia percebe-se a presença de mecanismos capazes de aproximar o povo durante o exercício dos mandatos de seus representantes, há predominância do princípio da transparência, o acesso às contas públicas, canais de participação popular, sejam para deliberações, audiências públicas, ouvidorias, entre outros (MACEDO, 2008, p.185).

Ainda de acordo com Macedo (2008, p.185):

Considerando a crise de legitimidade da democracia representativa, os países de democracia liberal passaram a incorporar elementos da democracia direta no sistema político, com o objetivo de lhe dar mais legitimidade, mesclando institutos da democracia direta e da indireta. Essa conjugação de elementos culminou no que se denomina democracia semidireta (MACEDO, 2008, p.185).

Percebe-se a presença dos elementos da democracia direta como, por exemplo, dos institutos: plebiscito, referendo e iniciativa popular e dos elementos da indireta na escolha de um representante. Pode-se concluir que a democracia semidireta é a democracia representativa com a presença de elementos da democracia direta. Alguns autores apresentam ainda que a democracia semidireta não possui o mesmo significado da democracia participativa, desta forma Macedo (2008, p. 185) faz uma observação:

Muitos autores entendem democracia participativa como sinônimo de democracia semidireta. No entanto, na acepção atual, democracia participativa possui espectro de muito maior abrangência. Democracia participativa compreende uma participação universal, com todas as formas e mecanismos que existirem e que forem criados para ampliar os espaços de participação da sociedade nas decisões políticas e nos atos da administração pública (MACEDO, 2008, p.185).

Diante disto, na compreensão do autor, enquanto a democracia semidireta mescla institutos da democracia direta e indireta a democracia participativa abarca todos os mecanismos existentes para ampliar a participação dos cidadãos nos espaços da administração pública.

3.3 OS INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL

Os institutos que estão previstos na Constituição brasileira e preveem a participação direta dos cidadãos são: Plebiscito, Referendo e a Iniciativa Popular, conforme dispositivo do artigo 14 da Constituição Federal/1988: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular” (BRASIL, 1988).

Observa-se que o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular complementam a democracia representativa que não se encerra com o voto. As dificuldades enfrentadas no Brasil para a aplicação destes institutos decorrem das desigualdades sociais e da dificuldade de autorização legal, implicando na cultura de dar amplos poderes aos representantes que se acostumaram em deliberar sobre as questões de interesses coletivos sem consultar os cidadãos (GARCIA, 2005, p. 10).

A democracia representativa como expressão da soberania popular é limitante pela dificuldade encontrada na efetiva participação popular, o que se percebe é que a população não tem controle e isso reflete o não cumprimento da essência da democracia em que o poder

pertence ao povo desta forma, o processo eleitoral se esgota com o sufrágio. (MACEDO, 2008, p.184).

No entendimento de Bobbio (2000, p.20) “os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder”. Ao mesmo tempo em que a tensão entre a liberdade e o poder aumentam pelo fato de que quanto mais poder o representante tem, menos liberdade o cidadão terá, desta forma surge a necessidade de utilização dos institutos que preveem a participação popular com a clara finalidade de garantir que os interesses da coletividade sejam de fato preservados, o que nem sempre se verifica é o interesse dos representantes pela participação popular.

3.3.1 Em Foco o Plebiscito

A Lei nº 9.709/1998 que regulamenta a aplicação deste instituto, o artigo 2º preceitua que o Plebiscito e o Referendo são consultas feitas ao povo em matéria de grande relevância e de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. A principal diferença entre o Plebiscito e o Referendo está no momento da convocação. No plebiscito a população é convocada a decidir antes do ato legislativo ou administrativo se aprova ou denega a consulta que for feita. A população é convocada mediante um decreto legislativo que é votado mediante 1/3 dos membros do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

De acordo com Auad et. al.(2004, p. 299):

De forma sucinta, o plebiscito consiste em uma consulta à opinião pública para decidir questão política ou institucional, não necessariamente de caráter normativo. A consulta é realizada previamente à sua formulação legislativa, autorizando ou não a concretização da medida em questão (AUAD et. al.,2004, p. 299).

Percebe-se que, para aplicação deste instituto não basta a previsão constitucional, é necessário que haja previsão infraconstitucional que garanta a aplicabilidade, ao longo dos primeiros dez anos houve uma clara omissão quanto a criação da lei que viria regulamentar os institutos previstos na Carta Magna. A única consulta durante interregno ocorreu em 1993 para escolha da forma e do sistema de governo, onde foi decidido entre a monarquia parlamentar ou república e entre o parlamentarismo ou o presidencialismo, o que demonstra a dificuldade de sua aplicação (AUAD et. al.,2004, p. 299).

Ainda segundo Auad et. al. (2004, p. 302):

Na Constituição de 1988, encontramos o instituto do plebiscito em cinco artigos: o art. 14, I, prevê o exercício da soberania popular também por meio de plebiscito; o art. 18 possibilita a incorporação, subdivisão e desmembramento de Estados entre si; o art. 18, § 4.º, dispõe sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios; o art. 49, XV, estabelece a competência exclusiva do Congresso

Nacional para convocação de plebiscitos; e o art. 2.º do ADCT determinou a realização de plebiscito para a escolha da forma e do sistema de governo em 07.09.1993 (AUAD et. al., 2004, p. 299).

Compete de forma exclusiva ao Congresso Nacional a convocação do Plebiscito e a Justiça Eleitoral a sua execução, desta forma cabendo-lhe estabelecer a data da consulta popular e publicar as instruções devidas para a realização conforme o artigo 8º, da Lei nº 9.709/1998 (BRASIL, 1988). Acontece que, por ocasião da concepção da norma legislativa o processo eleitoral era feito mediante votação por cédulas e não existe o meio eletrônico como na atualidade, o que de fato dificultava a consulta popular. De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a urna eletrônica foi desenvolvida em 1995 e utilizada para eleições municipais em 1996, este equipamento permite a automatização do processo eleitoral em 100% das eleições. A Lei nº 10.740/2003 regulamentou a substituição do voto impresso pelo registro digital do voto o que facilita todo o processo eleitoral. (TSE, 2019).

Segundo Bobbio (1998, p. 71-72):

Não obstante a sua frequente utilização, o plebiscito levantou muitas críticas, particularmente no passado, pelas confusões a que por vezes deu ocasião. Muitos escritores liberais negaram que ele fosse o instrumento mais idôneo para expressar e realizar o princípio de Autodeterminação dos povos, na medida em que se trataria de um ato instantâneo e isolado, sugerido frequentemente pelas paixões ou imposto por forças externas (BOBBIO, 1998, p. 71-72).

Desta forma, Bobbio (1988), faz alusão os aspectos de confusão relacionado ao plebiscito pelo fato de muitos entenderem que ele não seria o instrumento adequado para a realização do princípio de autodeterminação, que a capacidade de autonomia na escolha, pelo fato de que a decisão poderia ser fundamentada facilmente pela paixão, sem fundamentos lógicos-rationais ou por imposição externas.

3.3.2 Em Foco o Referendo

O Referendo conforme regulamento da Lei nº 9.709/1998 (BRASIL, 1988), no artigo 2º, § 2º, é a convocação para consulta posterior ao ato legislativo ou administrativo e ao povo cabe a ratificação ou a rejeição. Para Auad et. al.(2004, p. 299): “O referendo é uma consulta à opinião pública para a aprovação de normas legais ou constitucionais relacionadas a um interesse público relevante. A consulta é feita após a aprovação do projeto normativo e, como consequência, pode aprová-lo ou rejeitá-lo”.

De acordo com Benevides (1991, p. 35) o referendo “[...] seria um ato de democracia semidireta, quando o povo participa do processo de formação das leis”.

Quanto a confusão em relação as semelhanças entre o referendo e o plebiscito

Benevides (1991, p.132-133) esclarece que:

Referendo concerne unicamente a atos normativos, de nível legislativo ou de ordem constitucional. Plebiscito, por sua vez, concerne a qualquer tipo de questão de interesse público (como políticas governamentais) e não necessariamente de natureza jurídica, inclusive fatos ou eventos. Além disso, referendo é convocado após a edição de atos normativos, para confirmar ou rejeitar normas legais ou constitucionais em vigor. O plebiscito, ao contrário, significa uma manifestação popular sobre medidas futuras – referentes ou não à edição de normas jurídicas (BENEVIDES, 1991, p. 132-133).

A grande diferença entre o Plebiscito e o Referendo além do momento da convocação diz respeito a matéria tratada, enquanto para o Plebiscito a consulta se faz por qualquer assunto de interesse público, no Referendo a consulta está relacionada aos atos normativos sejam eles de natureza legislativa ou constitucional (BENEVIDES, 1991, p.132-133).

Ao Congresso Nacional cabe “autorizar” o referendo ou “convocar” o plebiscito conforme regulamentação da Lei nº 9.709/1998. O que se questiona é a possibilidade de resgatar a soberania popular através da consulta do povo, por isso afirmam Auad et. al. (2004, p. 305-306):

Apesar de a Constituição silenciar a respeito da possibilidade ou não de conclamação de referendo para aprovação de emenda constitucional, uma interpretação sistemática do art. 2.º da Lei 9.709/98, o qual se reporta à expressão “matéria de acentuada relevância de natureza constitucional”, juntamente dos princípios de nossa atual Constituição Federal, dentre os quais o da soberania popular, aponta para a possibilidade de submeter à aprovação popular questão regulada por emenda constitucional. Esta espécie normativa, considerada uma manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador, deve, a nosso ver, passar pela aprovação popular para obter legitimidade caso regule matéria de acentuada relevância. É o caso, por exemplo, da Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, que alterou regras importantes sobre a Previdência Social, e deveria ter sido submetida a referendo após sua aprovação, dada sua relevância social (AUAD et. al., 2004, p. 305-306).

Ora, se os institutos - plebiscito, referendo e iniciativa popular - foram criados para atender aos princípios constitucionais de participação popular devem ser usados para afirmação da democracia e da soberania popular. As dificuldades concernentes a aplicabilidade e/ou executoriedade dos institutos foram dirimidas com a lei regulamentar e a automação do processo de votação, desta forma, é possível abstrair que a não utilização oscila entre a questão cultural e a falta de interesse do poder público. Sobre esse tema afirmam Auad et. al.(2004, p. 300):

Infelizmente, os mecanismos de participação popular no Brasil ainda não são direitos que fazem parte de nosso cotidiano político, tanto que muitos brasileiros sequer os conhecem. Provavelmente, o principal caminho para que a democracia semidireta saia do papel e integre nossa realidade é uma educação voltada para a cidadania, a fim de que as pessoas, ao conhecer seus direitos, sejam sujeitos ativos para sua implementação (AUAD et. al., 2004, p. 300).

Nesse sentido, Auad et. al. (2004), propõe que é através da informação do povo, da promoção da educação, que o povo informado sobre os mecanismos de participação popular,

possam fazer valer seus direitos exigindo dos representantes uma maior participação.

Sobre as ações da população que culminou na Constituição de 1988, Auad et. al. (2004, p. 296) afirmam:

O clamor social por mais liberdade e participação despontou uma sociedade melhor organizada, unida por meio de distintos setores, com projetos políticos diferenciados, o que fez entoar, por toda a nação, um discurso unânime de valorização à cidadania, à democracia, à descentralização, à participação da sociedade na gestão de seus interesses comuns (AUAD et. al., 2004, p. 296).

Guardada as devidas proporções, existe um anseio popular na atualidade, exemplo disto que nos últimos anos a população frequentemente tem atendido as convocações de manifestações públicas, é possível perceber que o país vive um processo de transformação sobretudo na esfera política, novas leis sendo criadas a todo instante que possuem grande relevância social, que alteram as relações de trabalho, da previdência social, dos tributos, dentre muitas outras, mas que se quer são cogitadas as possibilidades de participação popular direta. Desta forma percebe nas palavras de Auad et. al. (2004, p. 296):

[...] na prática, a soberania popular não logrou efetivar seus anseios, tendo em vista as poucas oportunidades que o País lhe ofereceu para participar diretamente da política, bem como pelo fato de os partidos políticos terem falhado no papel de legítimos representantes do interesse público (AUAD et. al., 2004, p. 296).

A soberania popular ainda está distante de ganhar efetividade enquanto os representantes do povo não perceberem que para tornarem-se legítimos se faz necessário atender os interesses de quem emana o poder: o povo.

O Decreto Legislativo nº 780, de 2005, autorizou o primeiro referendo no Brasil sobre a comercialização de armas de fogo e munição, a consulta consistiu da seguinte questão: “O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?” tendo ocorrido no primeiro domingo do mês de outubro de 2005 (BRASIL, 2005).

A resposta dos brasileiros, de acordo com o TSE, quanto ao referendo foi: Não para 63,94% dos brasileiros e sim de 36,06% dos brasileiros, sendo os votos em brancos o correspondente à 1,39% e os votos nulos 1,68% dos votos, desta forma a comercialização de armas de fogo e munição regido pelo Estatuto do Desarmamento, a Lei nº 10.826/2003 alterou o artigo 35, proibindo a comercialização de arma de fogo e munição no território brasileiro e manteve as permissões previstas no artigo 6º dentre eles os integrantes das forças armadas, guardas municipais, agentes da Agência Brasileira de inteligência e do Departamento de segurança da Presidência da República, os integrantes dos órgãos policiais, agentes e guardas prisionais, empresas de segurança privada e de transporte de valores e outros (BRASIL, 2003).

Sobre as confusões trazidas pelo referendo e o plebiscito Bobbio (1988, p. 927) destaca

que: “Assim, em primeiro lugar, o termo Plebiscito é usado para designar eventos excepcionais, normalmente à margem das previsões constitucionais, situações em que os textos constitucionais aludem mais frequentemente ao referendunum”.

Ainda segundo Bobbio (1988, p. 1076) as fragilidades do referendo estão relacionadas com a influência da votação popular pelo fato de terem um significado político:

Referendum para a sua órbita, o que pode acontecer tanto no momento do seu pedido como durante a campanha eleitoral. Embora tenha por objeto um problema específico e seja obviamente influenciada pelo debate e tendências que se geram em torno dele, a votação popular adquire um significado político que transcende o problema em questão e repercute, favorável ou desfavoravelmente, sobre os partidos ou alinhamentos partidários, já que o corpo eleitoral se pronuncia tendo- os também em vista (BOBBIO, 1988, p. 1076).

Desta forma, percebe-se que o conflito partidário pode alcançar o referendo o tornando conflituoso e as decisões podem não ser tão claras para a população que termina sendo influenciada pelos debates e pela força dos partidos políticos, logo a decisão do povo não reflete a solução do problema, mas o alinhamento político.

3.3.3 Em Foco a Iniciativa Popular

A Lei nº 9.709/1998 disciplina a iniciativa popular e em seu artigo 13, *in verbis*, prevê. “A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”, sendo que o projeto apresentado deverá constar de apenas uma matéria (BRASIL, 1988).

De acordo com Auad et. al. (2004, p. 307):

A iniciativa popular se autodefine pelo exercício da soberania popular, ao permitir o acesso de um grupo de cidadãos, na elaboração de um projeto de lei, submetendo-o à apreciação do Poder Legislativo, desde que cumpridos os pressupostos legais. A Constituição Federal de 1988 acolheu seu uso conforme o disposto no art. 14, III, e art. 61, § 2.º (AUAD et. al., 2004, p. 307).

Desta forma, alguns dos pressupostos legais referidos por Auad et. al. (2004) estão relacionados com o número de eleitores estabelecido em 1% de todo território nacional, representados por no mínimo cinco estados além de conter acima de 3/10% dos eleitores de cada um deles e a iniciativa popular como sendo o exercício da soberania popular, nesse mesmo sentido, segundo Ribeiro Junior (2005, p.18):

A iniciativa popular, em linhas gerais, é o instrumento segundo o qual a Constituição viabiliza, formalmente, a possibilidade de os cidadãos serem os responsáveis diretos pela propositura de um projeto de lei. Criada pelo constituinte originário, ela é um dos expoentes da soberania popular (art.14, III, da Constituição), onde os cidadãos, reunidos e organizados nos termos do art.61, §2º, da Constituição, podem apresentar à Câmara dos Deputados um projeto de lei oriundo da mais legítima vontade social (RIBEIRO JUNIOR, 2005, p. 18).

Portanto, de acordo com Ribeiro Junior (2005) pode-se pensar a iniciativa popular como ferramenta de participação popular direta, pelo fato de permitir aos cidadãos propor um projeto de lei.

Destaca-se, ainda, a previsão do artigo 61 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição (BRASIL, 1988).

Através deste dispositivo vê-se na iniciativa das leis complementares e ordinárias atribuídas: aos deputados, senadores, Presidente da República, ao STF, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos. Por isso, afirma Benevides (1991, p. 33):

Por iniciativa popular legislativa entende-se sempre o mesmo mecanismo, que inclui um processo de participação complexo, desde a elaboração de um texto (das simples moções ao projeto de lei ou emenda constitucional formalmente articulados) até à votação de uma proposta, passando pelas várias fases da campanha, coleta de assinaturas e controle de constitucionalidade (BENEVIDES, 1991, p. 33).

Destarte que, o processo legislativo da iniciativa popular, segundo Benevides (1991), é complexo por depender de várias etapas como a elaboração do texto, a votação, campanha, coleta das assinaturas e o controle de constitucionalidade, isso permite uma série de críticas, por isso, para Fleury (2006, p. 96):

As críticas em relação à democracia participativa estão baseadas na idéia de que ela restringiria a própria existência do regime democrático, ao solapar a legitimidade dos representantes eleitos, além de ser passível de manipulação da população pelo governante, fortalecendo, assim, sua autoridade em situações de conflito com o Legislativo (FLEURY, 2006, p. 96).

Desta forma, a crítica diante da democracia participativa em relação a restringir a legitimidade dos representantes eleitos, não deveria ser sustentada se levar em consideração a soberania popular, ora, se os representantes são eleitos para representar os interesses do povo, ao exercer o direito na forma de democracia participativa estaria fortalecendo o exercício da soberania popular.

Com todas as dificuldades da democracia participativa, duas das mais importantes contribuições através da Iniciativa Popular resultaram na ampliação do rol dos crimes hediondos - Lei nº 8.930/94 e na lei de compra de votos – Lei nº 9.840/99. Para Fleury (2006, p.97):

Mesmo assim, a partir de uma situação de comoção desencadeada pela tragédia que

acometeu a escritora Glória Perez e, com o apoio da mídia, foi promulgada lei de iniciativa popular (Lei 8.930/94) que ampliou o rol dos crimes hediondos inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia. Outro Projeto de Lei de iniciativa popular contra a corrupção eleitoral foi aprovado (Lei 9.840/99) a partir de intensa mobilização da sociedade civil, dando maiores condições à Justiça Eleitoral para coibir a compra de votos (FLEURY, 2006, p. 97).

A mobilização popular resultou não apenas nesses momentos históricos, mas na criação do portal criado pelo senado federal onde os cidadãos poderão propor uma nova lei, participar dos debates e opinar sobre diversos projetos de lei. As ideias legislativas que são apresentadas ficam disponíveis no site do senado e ao receber 20.000 apoios ela se torna uma sugestão legislativa e entrará na lista de debates dos senadores, desde a criação do portal 20 ideias foram transformadas em Projeto de lei ou PEC – Projeto de Emenda Constitucional. (SENADO, 2019). A democracia está em constante movimento e desenvolvimento, assim como a vida na sociedade ela ganha novas configurações e instrumentos, com a evolução da tecnologia foi possível construir um portal de participação dos cidadãos – o e-cidadania. Ao permitir que os cidadãos proponham ideias, sugestões e opine sobre as leis pode-se dizer que ele recria o instrumento de iniciativa popular com uma nova roupagem, mas de igual forma permitindo a participação dos cidadãos.

O aspecto controverso da Iniciativa Popular apresentado pela Constituição Federal está relacionado no artigo 61, § 2º que estabelece o seguinte limite ser apresentado à Câmara dos Deputados o projeto de lei subscrito por no mínimo “um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. Parece simples, porém atingir este número de eleitores não é uma tarefa fácil. Este modelo de participação popular acaba por suportar restrições de ordem formal devido à severidade das exigências constitucionais.

Embora previstos pela Carta Magna, bem como em lei federal, os institutos de soberania popular são pouco utilizados, mesmo sendo detentores de objetivos primordiais para o auxílio de uma democracia regulada pela participação estratégica do cidadão, entretanto para que haja uma mudança no cenário atual quanto à utilização desses instrumentos, faz-se necessário um modelo de administração voltada para planejamento de um processo que envolva o cidadão e um maior engajamento de toda sociedade nos mais diversos temas que seja de interesse da coletividade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da necessidade de demonstrar que, mesmo havendo uma garantia constitucional trazida pelo ordenamento jurídico, a utilização dos instrumentos democráticos brasileiros sofre com a falta de participação, sendo imprescindível uma atuação mais efetiva do cidadão a fim de resgatar o projeto democrático para alcançar de fato e de direito a verdadeira democracia.

Observou-se que mesmo com as dificuldades para a convocação e eleição da vontade do povo a cada tomada de decisão da gestão existem momentos que pelo fato de afetar diretamente a vida dos cidadãos seria necessário a sua convocação. Deve-se levar em consideração que a facilidade das urnas eletrônicas, os meios de comunicação eletrônicos permitem um dinamismo e uma velocidade na troca de informações e consultas populares que não justifica a falta da participação dos cidadãos.

A democracia surge para combater principalmente o abuso do poder dos estados autocráticos e da ditadura e os instrumentos de soberania popular: plebiscito, referendo e iniciativa popular complementam a democracia representativa que não deveria ser encerrada com o voto. .

De fato, a participação popular tem-se resumido ao voto nos candidatos aos cargos do Legislativo e Executivo, frustrando a autêntica soberania popular e esvaziando - de povo - a democracia, existindo assim, uma dissociação entre a proposta teórica e a prática democrática, constituindo-se assim um dos motivos para o colapso do modelo tradicional de representatividade nas democracias modernas.

Os instrumentos de soberania popular: plebiscito, referendo e iniciativa popular devem refletir a participação popular anteriores a tomada de decisões pelo Poder Público. Ainda que não se perceba a máxima efetividade na utilização dos instrumentos constitucionais que permitem a participação popular, vê-se no processo democrático uma construção que embora lenta em alguns momentos em outros avançando, são os aspectos políticos que interferem na sua consolidação, porém não se pode duvidar que a Constituição Federal de 1988 reflete uma verdadeira constituição cidadã.

REFERÊNCIAS

AUAD, Denise. PEDROSA, João Cláudio Hernandes. MARTIMIANO, Maria de Lourdes. TANGANELLI, Rogério Ferrari. **Mecanismos de participação popular**: Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular. Centro Universitário Ibero-Americano. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 3, jan./jun. – 2004. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/73/73>. Acesso em 20 de set de 2019.

BARROS, Edgar Luiz de. **O Brasil de 1945 a 1964**. São Paulo: Contexto, 1999. BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História, a nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176538/000843866.pdf?sequence=3>. Acesso em 28 de ago. de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BENEVIDES, Maria Victoria. **A Cidadania Ativa**. São Paulo: Ática, 1991.

_____, Norberto. **Liberalismo e democracia**; Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____, Norberto. **O futuro da democracia**; uma defesa das regras do jogo. Tradução e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

CARDIA, M. Sottomayor. **Cinco tipos de democracia institucional**. Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, nº 1212, Lisboa, Edições Colibri, 1998, pp. 309-316. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/7458/1/RFCSH12_309_316.pdf. Acesso em: 31 de ago. de 2019.

COELHO, Josafá da Silva. **Os desafios da democracia representativa: uma análise da influência dos gastos de campanha sobre o resultado das eleições de 2010 e 2012 na Bahia**. Salvador, 2014.

DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Forense, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**: Saraiva. 2012.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2013.

FAUSTO. Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Edusp. 2006.

FLEURY, Sonia. **Participação e Opinião Pública: Iniciativa Popular**. IN: AVRITZER, Leonardo. ANASTASIA, Fátima (organizadores). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

GARCIA, Alexandre Navarro. **Democracia semidireta: Referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 166 abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/417>. Acesso em: 31 de ago. de 2019.

I. SHAPIRO. **Os fundamentos morais da política**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO. Paulo Sérgio Novais. **Democracia participativa na Constituição Brasileira**. Revista Legislativa. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em 26 de ago de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed., ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIBEIRO JUNIOR, Ubergue. A iniciativa popular e sua relação com as iniciativas privativas do Presidente da República. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Vol. 7. Nº 72. Brasília, 2005.

De tal modo, observa-se que o vocábulo democracia advém das expressões gregas *demós*, que significa povo, e *kratos*, que significa poder. Assim, em interpretação mais ampliada, pode-se concluir que, com base na formação etimológica da palavra, democracia significa que o povo tem o poder de participar das decisões de matérias e debates relevantes.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de ago de 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Pesquisa, Geografia e Estatística. Alves, José Eustáquio Diniz. **Demografia, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2005. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv29591.pdf>. Acesso em 25 de ago. de 2019.

_____. SENADO FEDERAL. **Decreto Legislativo nº 780**, de 2005. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-780-7-julho-2005-537738-publicacaooriginal-30531-pl.html>. Acesso em: 26 de set de 2019.

_____. SENADO FEDERAL. **Portal e-cidadania**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania>. Acesso em: 29 de set de 2019.

_____. **Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm. Acesso em: 08 de out. de 2019.

_____. **Lei nº 13.300** de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 08 de out. de 2019.

_____. **Lei nº 13.874** de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 08 de out. de 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 97**, de 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2017/emendaconstitucional-97-4-outubro-2017-785543-publicacaooriginal-153897-pl.html>. Acesso em: 30 de set de 2019.

_____. **Lei Complementar nº 1335** de 4 de junho de 2010. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp135.htm. Acesso em: 30 de set de 2019.

Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 26 de set de 2019.

Tribunal Superior Eleitoral. **Eleição Direta**. Disponível em:
<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/eleicao-direta>. Acesso em: 25 de ago. de 2019.

Tribunal Superior Eleitoral. **Eleição Indireta**. Disponível em:
<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/eleicao-indireta>. Acesso em: 25 de ago. de 2019.

DIREITO, RELIGIÃO E SUPERSTIÇÃO: UMA ANÁLISE DO FATOR CATEQUÉTICO DO ART. 284º DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940

Solon Flores Bessony de Sousa

RESUMO

O presente artigo visa analisar desconstrutivamente o tipo penal de curandeirismo, positivado no art. 284º do Código Penal brasileiro de 1940, de modo a explicar a verdadeira fundamentação de seu aspecto delituoso e demonstrar o bem jurídico mascarado em sua positivação. Por meio de uma abordagem sociológica do direito, evidenciar-se-á sua própria inadequação com os fins da pena e seu caráter mascarado, tendente à marca expansionista jesuítica do século XVI, de tal forma que reste explícito o crime como obstáculo para certas práticas religiosas, amplamente garantidas pela Carta Magna de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Curandeirismo. Crime de Curandeirismo. Art. 284º do Código Penal Brasileiro.

LAW, RELIGION AND SUPERSTITION: AN ANALYSIS OF THE CATECHETICAL FACTOR OF 284th ARTICLE OF THE BRAZILIAN'S 1940 CRIMINAL CODE

ABSTRACT

The present article aims to analyzing in a deconstructive way the crime of folk medicine, found in the 284th article of the Brazilian Criminal Code of 1940, in order to explain the true substantiation of its criminal aspect and to demonstrate the legal interest disguised in its criminal affirmation. By a sociological approach of this law, will be evidenced its own inadequacy with the purposes of the criminal penalty and its masked feature, propensating to the jesuit expansionist episode of the sixteenth century, in such a way that explicitly remains the crime as an obstacle to certain religious practices, largely guaranteed by the Brazilian's Constitution of 1988.

KEY-WORDS: Healersim; Crime of Folk Medicine; The 284th article of the Brazilian Criminal Code.

INTRODUÇÃO

Por força do ditame constitucional de liberdade de consciência e de crença, presente no art. 5º, inc. VI da Carta Constitucional de 1988, qualquer pessoa é livre para ter sua própria fé, estabelecer suas crenças pessoais e escolher sua própria religião, tendo à sua disposição a opção de até mesmo não ter uma religião. É uma forma do Estado democrático de Direito brasileiro garantir sua laicidade e respeitar as garantias individuais de cada indivíduo, de tal modo que

não irá se impor restrição alguma a um sujeito por conta de suas crenças pessoais. Essa prescrição é de suma importância para garantir a independência e autonomia da ordem jurídica comparada à ordem religiosa, duas ordens sociais distintas, mas que constantemente se tangenciam, assim como a ordem moral.

É claro que se vivencia uma ordem jurídica pós-positivista na contemporaneidade, o que implica a constatação de aspectos morais no ordenamento jurídico, como o reconhecimento de valores em normas postas nesse sistema, como os preceitos de dignidade da pessoa humana, socioafetividade, equidade, etc., e da força normativa dos princípios, juízos éticos capazes, assim como as normas-regra, de também serem aplicados em decisões judiciais, o que possibilita esse diálogo entre fontes propriamente jurídicas e mandamentos morais. Contudo, relativizar tal contato a ponto de legislar sobre a moralidade e até mesmo sobre a virtude de algumas condutas religiosas requer cuidado para não prejudicar a própria autonomia do que é jurídico ou não. Se mostra muito tênue a marca distintiva que separa o conteúdo moral de algumas leis do cerne jurídico propriamente dito destas.

É tanto que já chegou a surgir vários processos judiciais¹ pairando sobre o tema, ora pretendendo a remoção de qualquer objeto que faça menção a alguma religião em espaços públicos, ora analisando a constitucionalidade de dispositivos legislativos que façam menção a figuras religiosas. Além desses pormenores, outros exemplos de como convicções religiosas podem estar presentes no sistema jurídico, ultrapassando o referido traço limitativo, são: a psicografia como prova, a clonagem, transfusões de sangue para os seguidores de Jeová, além dos crimes de aborto, eutanásia e o de curandeirismo, este último sendo debatido neste artigo, observando se, na verdade, preconizaria muito a proteção de valores morais do que jurídicos.

A criação de um tipo penal para as práticas curandeiras, em específico, apresenta uma peculiaridade frente aos outros exemplos, pois, se por um lado há a garantia constitucional de laicidade, por outro há também uma norma proibindo sujeitos de realizar certas condutas, que, muitas vezes, pertencem ao credo e aos rituais de algumas religiões. É justamente por conta desse impasse que se pode questionar se essa norma feriria ou não a laicidade do Estado.

Dada a experiência histórica de um Estado intervencionista para a promoção de saúde e o estabelecimento de padrões de qualidade por meio de seu monopólio licenciador do que seria

¹ Destacam-se o Processo nº 0139-11/000348-0, de autoria do Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando a retirada de elementos religiosos, em especial o crucifixo, de espaços públicos, como os edifícios de fóruns e do tribunal de justiça do estado do RS, e a Ação Civil Pública nº 2009.61.00.017604-0, proposta pelo Ministério Público Federal em São Paulo, buscando a remoção de objetos religiosos nas repartições públicas federais, no intuito de exemplificar episódios em que se buscou a tutela jurisdicional para garantir de forma mais explícita um Estado laico.

científico ou não, conjuntamente com a experiência religiosa do Brasil, país marcado por 4 séculos de catolicismo institucionalizado como religião oficial, nos tempos coloniais e imperiais, buscar-se-á verificar se há uma correlação entre a política persecutória criminal do Estado e a marginalização daquele que pratica procedimentos mágico-religiosos.

1 HISTÓRICO DAS PRÁTICAS CURANDEIRAS

O curandeirismo é um componente de muitas religiões no mundo. Diz Oberon Zell-Ravenheart, co-fundador da *Grey School of Wizardry*, mago e ocultista estadunidense, que:

Esse termo era aplicado aos magos e curandeiros locais das pequenas vilas e cidades inglesas desde o fim da Idade Média. Também eram conhecidos como sábios, feiticeiros, conjuradores, bruxos, benzedeiros, bruxo do bem e, mais recentemente, *hedge witch*. Assim como o tradicional xamã tribal, esses "bruxos do Bem" possuem poderes mágicos de cura e propiciam curas, remédios, encantamentos, talismãs e adivinhação - geralmente por um preço modesto. A maioria era composta por pessoas velhas, que obtinham seu título por herança ou por meio de encontros sobrenaturais. (ZELL-RAVENHEART, 2008, p. 39).

Durante bastante tempo na história, os curandeiros foram os médicos populares, enfermeiros e parteiras, especialmente em comunidades rurais e "primitivas" sem acesso a médicos e farmacêuticos oficialmente licenciados. Ocupavam também, de forma simultânea, um posto religioso, sendo sempre bastante usual, senão quando regra, cada comunidade dispor de um curandeiro para, além de realizar ritos sagrados e cultuar a fé do grupo, praticar pequenos "rituais mágicos"² de cura quando necessário.

Em sociedades antigas, como a egípcia, eles chegavam a ocupar classes sociais mais altas, logo ao lado ou hierarquicamente abaixo à classe nobre, como se podia observar os sacerdotes faraônicos que, além de realizar vários rituais cultuando os deuses, gozavam socialmente de um *status* muito elevado. O período helenístico na Grécia antiga também foi marcado por muito esoterismo e ocultismo, verificado nas consultas a grandes oráculos, buscando curas, conselhos e outras divindades, sem falar no politeísmo ostensivo nas duas civilizações.

O que fica subentendido aqui é que, graças a essa cultura, 'Religião' e 'Estado' eram constantemente unificados, tendo os antigos sacerdotes e magos bastante prestígio na sociedade, e em decorrência do misticismo da época, o curandeirismo era muito mais ligado à magia como um todo, ao invés de "trabalhos de cura" propriamente ditos, como a prescrição de

² O termo "magia", na contemporaneidade, não possui uma conotação positiva, quiçá crédito. Ele remete a costumes profanos e sobrenaturais, de confiança suspeita, e comumente caracterizada como antagonista à fé de muitas religiões, como a católica e a evangélica. Para a total compreensão deste trabalho, deve-se-á considerá-la como o modo de execução de várias religiões antigas, uma experiência natural, autêntica e carregada de plausibilidade, não como um credo herético e blasfemador.

um remédio natural, a realização de um rito considerado mágico para livrar de enfermidades, ou ainda a promessa sobrenatural de solução para tratamentos e medicações.

Além de demarcar que as práticas curandeiras à época, em sua essência, eram legitimadas, é importante também frisar os exemplos egípcio e grego para trazer à tona o resquício dessa arte antes do declínio do curandeirismo como uma prática religiosa amplamente aceita e institucionalizada para se tornar uma atividade popular, “primitiva” e não-licenciada - o *Corpus Hermeticum*. A fusão da filosofia grega com o hermetismo egípcio deu origem, além das bases preliminares da Alquimia e do Gnosticismo, a uma coletânea de escritos contendo todo o cerne de tais práticas místicas que, após os séculos de perseguição cristã no medievo, só foi reencontrado no período da renascença italiana.

Como se anota, foi somente com a reforma cultural e artística na Itália, que grandes nomes passam a (res)surgir, trazendo à tona todo o caráter mágico em mistura com as tradições religiosas no bojo da sociedade. Nesse período se destacam as profecias de Nostradamus³ (1555), as estimacões de John Dee⁴ (1559), a filosofia de Isaac Lauria⁵ (1570), dentre outros. Em especial para o curandeirismo, têm-se os trabalhos de Agrippa (1533), autor de um dos maiores tratados sobre ocultismo - *De occulta philosophia libri tres (Tres Livros de Filosofia Oculta)* - que influencia até a atualidade várias correntes filosóficas esotéricas e religiões neopagãs. Uma passagem sobre utensílios de cura, como colírios, unções, remédios de amor e suas virtudes, evidencia os contornos sólidos que o curandeirismo estava voltando a ganhar. Destaca ele:

Colírios e unguentos que transmitem as virtudes das coisas naturais e celestiais ao nosso espírito podem multiplicá-lo, transmutá-lo, transfigurá-lo e transformá-lo com facilidade, bem como transpor aquelas virtudes que nele existem, de modo que não atue mais apenas dentro de seu corpo, mas também daquele que estiver perto, afetando-o por meio de raios visíveis, encantamentos e toques, com alguma qualidade semelhante. Pois, como nosso espírito é o vapor sutil, puro, lúcido, aéreo e untuoso do sangue, ele é, portanto, apropriado para fazer colírios dos mesmos vapores, que são adequados ao nosso espírito em substância, pois, em virtude de sua proximidade, eles agitam, atraem e transformam o espírito. As virtudes semelhantes têm certas pomadas e outras confecções. (DE NETTESHEIM, 2008, p. 231).

Era vivenciado uma verdadeira ode ao Hermetismo ocidental. Contudo, assim como na Idade Média, logo após a renascença, veio o século das luzes, marcado por uma série de limitações e intolerâncias a tais práticas. Não obstante a valorização do conhecimento científico, pensamento lógico, senso crítico, à práxis racionalizada e empírica, o que culminou na

³ Astrólogo e mago, autor de “*Les prophéties de M. Michel Nostradamus*”, responsável por inúmeras profecias obscuras sobre o futuro.

⁴ Mago envolvido com aspectos sobrenaturais relacionados a morte da rainha católica *Mary I*, da Inglaterra, e da coroação de sua sucessora *Elizabeth I*.

⁵ Lauria foi um famoso doutrinador da cabala judaica, desenvolvendo disciplinas filosóficas e religiosas sobre a relação de Deus, o Mundo e o Mal.

marginalização de práticas de cura que não fossem licenciadas nem seguissem os moldes da Medicina tradicional (enquanto ramo da Ciência), o período logo foi prosseguido pela manutenção de poder da Igreja Católica no episódio da Contrarreforma, tentando evitar o avanço dos ideais protestantes, calvinistas, anglicanos, e de qualquer outro que representasse uma ameaça a seu poder.

Os dogmas católicos, firmados forçadamente e difundidos no “Novo Mundo” pela Companhia Jesuítica, repudiavam qualquer espécie de magia e qualquer ofício ligado à feitiçaria. Para os portugueses, como destaca Aldir Soriano (SORIANO, 2002), o “não católico”, como ele chama, era mais que um dessemelhante, era um adversário político, assim como todas as demais religiões, sejam as já existentes nos outros continentes, sejam as novas correntes religiosas que surgiram na Europa do século XVI, representando uma ameaça ao antigo pacto que o Estado português tinha com a Igreja Católica.

É em decorrência dessa perspectiva política, e de toda a colonização que ocorre nas Américas, que o curandeiro, leia-se, de maneira mais ampla, aquele que tem um credo ligado a qualquer outro dogma que não o católico, passou por um processo de repressão pelos colonizadores, representantes dos Reinos Ibéricos católicos, que detinham toda a hegemonia para determinar o que é legal, o que estava em conformidade com as leis e o que era permitido aos colonos. Tudo aquilo que caracteriza e compunha a cultura, os usos, costumes, e sobretudo o Direito ameríndio, não era aceito pela Coroa, que logo os subjugava. O mesmo se pode dizer de procedimentos de cura, e mais uma vez destacando, que já faziam parte da cultura dos povos aqui residentes, que não eram licenciados pela Metrópole, implicando na vedação gradual da própria fé do curandeiro.

A título exemplificativo, o impacto da catequização jesuítica sob as tradições culturais religiosas e procedimentos de cura baseados em suas crenças e usos foi tão profundo que, além de perdurar sobre a forma de preconceito e julgamento até os dias atuais, o surgimento da antiga “Lei de Drogas”⁶ (Lei nº 6368/76) se mostrou como um instrumento de subjugação étnica, reiterando o já crescente tratamento dado aos povos indígenas à época, como quando da antiga criminalização da *ayahuasca*, infusão de ervas utilizada como bebida para fins medicinais, em detrimento de qualquer aspecto cultural, antropológico ou sociológico daquela prática (SANTOS, 2018, p.41-42).

⁶ A lei nº 6368/76, hoje revogada, já em seu início previa que “Art. 2º Ficam proibidos em todo o território brasileiro o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, por particulares, de todas as plantas das quais possa ser extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. No entanto, a criminalização da *ayahuasca* vigorou até 2010, momento em que ela foi permitida somente para fins religiosos muito excepcionais.

Esse é um dos maiores exemplos de como essa postura catequética, reprimindo condutas de tribos indígenas e outras comunidades, que, via de regra, não compartilham da religião católica, ainda se faz presente no cotidiano, sobretudo nas normas jurídicas. A classificação de um elemento presente num chá medicinal como psicoativo como justificativa para a criminalização de uma praxe, como foi com a antiga criminalização da *ayahuasca* indígena, se mostra como uma verdadeira artimanha catequética do Estado para reprimir os curandeiros das mais variadas religiões.

De qualquer forma, o curandeirismo ainda vive na atualidade do mundo ocidental e oriental, representado pelos sacerdotes, terapeutas, benzedores, xamãs, pajés, médiuns, babalorixás, pais de santo, pastores evangélicos, monges, etc., que, independentemente do credo e da religião que seguem, realizam rituais e orações, ainda que tênues e ínfimos, prescrevendo óleos, chás, infusões, e se expressando através de gestos pronunciando a “salvação” com base na fé, e realizando tudo isso de forma livre, democrática e constitucional.

2 A SUPERSTIÇÃO CURANDEIRA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Destaca o Código Penal brasileiro de 1940:

Art. 284º - Exercer o curandeirismo:

I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III - fazendo diagnósticos:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Trata-se de um tipo penal, absorvido pela lei nº. 9.099/95 na forma de crime de menor potencial ofensivo, sendo de competência relativa dos Juizados Especiais Criminais, com vários núcleos, isto é, condutas como escopo da atividade condenatória e criminalizadora estatal, alcançando os atos de prescrever, receitar, administrar, injetar, afirmar para se enquadrar ao tipo penal previsto. Logo, o sujeito que apenas administra, realiza rezas ou anuncia algumas previsões, incumbido na fé e crença depositada pelo próprio consulente, estará cometendo o crime de curandeirismo. O objeto da conduta, nos termos do referido dispositivo, pode ser qualquer substância, seja ela de origem animal, vegetal, mineral, etc.

Ocorre, porém, que o referido delito se mostra como uma figura jurídica muito problemática, justamente por misturar assuntos morais e religiosos com a tutela jurídica. A começar pela sua sistematização na legislação, onde se encontra listado no “Título III - Da Incolunidade Pública, Capítulo III - Dos Crimes contra a Saúde Pública”, o curandeirismo reside ao lado dos crimes de charlatanismo, exercício ilegal da medicina, prescrição de remédio em desacordo com receita médica, dentre outros crimes ligados aos padrões de higidez e

salubridade, estabelecendo o padrão de qualidade que o Estado julga necessário para a proteção penal, gerando, conseqüentemente, sua caracterização como uma forma antagônica de se promover e restaurar a saúde e a manutenção da vitalidade.

O referido dispositivo acaba, inclusive, por colaborar com a famosa Teoria do Criminoso Nato de Cesare Lombroso⁷, só que em moldes culturais, não mais biológicos, ou, como Laura de Mello e Souza diz, por força da influência de tal norma, ela colaboraria com um processo de estigmatização social denominado de a “demonização do homem colonial” (SOUZA, Laura de Mello e, 1986, p. 70).

Essa demonização é notória ao visualizar a maneira do Estado de querer adequar a figura do praticante de feitiçaria, cartomancia, cristalomancia, adivinhação, em meio de outras manifestações curandeiras, como algo ruim e até mesmo criminoso soa pejorativo e preconceituoso, além de muitas vezes já ser mal vista por outras religiões e seguidores. Bento de Faria chega a afirmar que “no meu entender, (os ministros da Igreja), quanto praticam atos de exorcismo, não devem ser considerados como tais (curandeiros), porque são admitidos pelos seus cânones” (FARIA, 1961, apud GRECO, 2017, p. 477), deduzindo que outras religiões não-cristãs não teriam dogmas legítimos ao permitirem práticas curandeiras.

Por conseguinte, é uma norma que apresenta um impasse técnico-formal, para além de todas aquelas adversidades nas suas repercussões sociais. Ela - a norma jurídica do art.284º - é, formalmente, um limite para a prática de várias religiões, senão todas, pois, como uma das funções principais de uma autoridade religiosa é a de amparo pessoal (a própria função das religiões, na verdade), e sendo ela realizada por diversos meios, todos eles contemplados nos incisos do art. 284º, torna-se inviável de concebê-las faticamente, já que ninguém deve ser encorajado a cometer crimes.

Ana Lúcia Sabadell afirma que “a adequação interna da norma trata-se da capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador” (SABADELL, 2017, p 58), estabelecendo que a norma tem uma funcionalidade observada a partir da correlação entre seus efeitos e os fins objetivados pelo legislador; uma norma jurídica só teria adequação interna se seus efeitos, na prática, correspondem à finalidade social estabelecida pelo legislador.

⁷A Teoria do italiano Cesare Lombroso, influenciada pela Escola Positiva e pelos trabalhos de Darwin, foi responsável por definir quais características fenotípicas e biológicas o ser-humano apresentaria para ser um delinquente, afastando qualquer possibilidade da criminalidade ser um fato social, sim uma condição biológica e inerente àquele homem. Ele diz: Destes homens que concentram no organismo humano tantas anomalias, como nos crimes, tantas constâncias nas reincidências, pretendo estudar a biologia e a psicologia. E começarei da característica que é mais psicológica do que anatômica: a tatuagem. (LOMBROSO, 2010, p. 30).

Considerando o objeto legislativo da norma penal de proteger a saúde pública, é possível constatar alguns contratempus na adequação interna do art. 284º do Código Penal, a começar pelo sujeito passivo desse crime. Em tese, a vítima seria a pessoa para a qual o curandeiro realiza suas atividades. Todavia, alguns doutrinadores, baseando-se no bem jurídico especificado na redação do Código, chegam a afirmar que a coletividade brasileira como um todo seria a vítima de um ato curandeiro. Nas palavras de Victor E. R. Gonçalves:

A coletividade é a pessoa submetida ao crivo do curandeirismo. O curandeirismo é crime de perigo abstrato, cuja existência dispensa prova de que pessoa determinada foi exposta a perigo efetivo. A lei presume que a prática dos atos descritos no dispositivo coloca em risco a saúde pública. (GONÇALVES, 2012, p. 651).

Considerando isso, a aplicabilidade do art. 284º se mostra falha, o que repercute em sua eficácia disfarçada. A aplicação do delito de curandeirismo, de fato, não corresponde aos fins de sua pena, isto é, proteger a saúde pública, pois, em nada reflete a criminalização de rotinas e estilos religiosos em trazer melhores condições à saúde e ao bem-estar da coletividade. Como se verá adiante, já outros mecanismos, até mesmo decorrentes do *ius puniendi* estatal, de tutela do supracitado bem jurídico, o que demonstra que a real fundamentação daquela figura culposa não se encontra num bem jurídico, sim num valor moral pertinente a certas e específicas ideias, que não dizem respeito à sociedade.

Destaca-se, dessa maneira, o pensamento de Claus Roxin, enunciando que não é só porque algo fere um valor moral, ainda que seja um sentimento coletivo, se torna passível de ser criminalizado, estando, dessa forma, o legislador limitado aos requisitos do que é bem jurídico e o que não é, pois essa seria a função exclusiva do Direito Penal, ser a *ultima ratio* para a tutela dos bens jurídicos. Ele afirma que “a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas cuja vulneração não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos postulados do Estado Democrático de Direito, que deve proteger as concepções discrepantes das maiorias” (ROXIN, 1997, p. 63).

Dessa maneira, é perceptível a falácia do bem jurídico supostamente tutelado pelo crime de curandeirismo, não correspondendo com a mencionada função do Direito Penal nem com a declarada atribuição democrática do Poder Judiciário - equilibrar as relações discrepantes da maioria.

Num mesmo diapasão, afora todas as disfunções da norma, analisada enquanto lei geral e abstrata, a aplicação do delito de curandeirismo, bem como toda a atividade cognitiva do magistrado nesses casos, também representa um dilema para a “superstição” do julgamento do

curandeiro. A norma individualizada e concreta, após toda a apreciação motivada judicial, também é um contratempo para o Direito brasileiro.

Para tanto, faz-se necessário uma análise antropológica da postura do magistrado, enquanto ser inserido num plano socio-cultural reflexo de todas aquelas transformações históricas, e condicionado por esses moldes culturais significativos, de modo a entender sua atuação enquanto aplicador das normas condicionados àqueles padrões, e de que forma essa subsunção se dá.

Clifford Geertz (GEERTZ, 1989, p. 67), partindo da definição de cultura como um sistema de significações que ordenam o indivíduo, orienta que as simbologias componentes na motivação do indivíduo fundamentam categoricamente seu agir, nos mesmos moldes kantianos, sendo que, na visão do autor, a cultura de uma comunidade se formula através de conceitos e ideias, de ordem geral, que os integrantes de tal comunidade compartilham como seus símbolos próprios, não sendo diferente com a religião, também fundamentada em ideias, conceitos e contextos gerais, determinados pela cultura daquele povo.

Partindo de outras duas premissas construídas pelo antropólogo Roberto DaMatta (DAMATTA, 1997, pp. 225-226), da diferença entre o “indivíduo” e a “pessoa”, torna-se possível visualizar a figura do magistrado como uma intersecção entre a lei (que se assemelha muito a ideia de “indivíduo”, dada a isonomia e igualdade formal de oportunidades) e a realidade social democrática (que, por sua vez, remete ao conceito de “pessoa”, por conta de uma consciência prevalentemente social, em que o todo prevalece sobre a escolha individual), partindo daquele contexto cultural geral apontados por Geertz para a aplicação determinada e efetiva da lei - aqui o art. 284º do Código Penal, conforme explana Mario Massanori Fujita (FUJITA, 2005, p. 85).

Logo, tendo como ponto de partida a definição geertziana de cultura, é possível concluir que o problema da cognição judicial não é exclusivamente legal (senão a qualidade única da lei e do “indivíduo” resolveria), sim também moral, estando ele operando, dentro daquela intersecção, de maneira parcial para um daqueles dos balizadores, isto é, ou partidário para com as condições individuais do “indivíduo” ou para com os ensejos sociais da “pessoa”.

Por conta dessas contribuições antropológicas, é possível atestar que, jurisprudencialmente, os juízes brasileiros têm demonstrado em suas atividades cognitivas e em seus ofícios os aspectos éticos e morais de suas convicções pessoais, mas que em nada representam a totalidade da cidadania, nem ao menos a garantia constitucional da laicidade e do direito de livre exercício de culto religioso. Como se vê:

“Qualquer princípio de crença a serviço da arte de curar é nocivo à saúde física e moral do povo e, portanto, constitui crime” (STF - Rel. Lafayette de Andrada - RT 310/746);

“Quem prescreve o uso de água fria, com a aposição de mãos e invocação de forças sobrenaturais, para cura de doença pratica o curandeirismo, que é crime contra a saúde pública” (TJRS - Rel. Mário Boa Nova Rosa - RF 204/345);

“O curandeirismo é uma especial modalidade do crime de exercício ilegal da medicina, consagrada como figura autônoma. No seu exercício a arte de curar despre-se inteiramente dos seus atributos científicos; serve-se da credulidade ingênua, da ignorância e, sobretudo, da superstição” (Tacrims-SP - Rel. Dante Busana - Jutacrim 75/355);

“Apelos obscurantistas aptos a ilaquear a fé de pessoas humildes ou desesperadas de tratamentos médicos convencionais, bem como a utilização de substâncias grosseiras para as prometidas curas, arredando desde o início caráter científico da atividade, caracterizam o delito de curandeirismo e não exercício ilegal da medicina” (TARS - Rel. Aristides de Albuquerque Neto);

“O curandeirismo é crime de perigo e não de dano, caracterizando-se exatamente pela situação de perigo que o fato criminoso estabelece para um número indeterminado e indefinido de pessoas. Por isso mesmo, desde que comprovada a ocorrência do delito, não há necessidade de se indicarem nominalmente os indivíduos a que se tenha ministrado a terapêutica proibida” (Tacrims-SP - Rel. Henrique Machado - RT 318/349);

“A ratio essendi da punição dos curandeiros está justamente na repressão do perigo que representa o desvio, por eles propiciado, daqueles que deveriam buscar um médico, para uma consulta regular, entrando o processo da cura, pelo retardamento e tornando impossível, às vezes, a recuperação da saúde” (Tacrims-SP - Rel. Manoel Pedro - RT 368/254). (GONÇALVES, 2012, pp. 650-652).

Esses exemplos de julgados justificam as várias teses já posicionadas até aqui, seja quanto sua (in) adequação internação, com “o curandeirismo é crime de perigo, [...] não há necessidade de se indicarem nominalmente os indivíduos a que se tenha ministrado”, seja quanto aos problemas antropológicos e morais resultantes, dada as falas “serve-se da credulidade ingênua, da ignorância e, sobretudo, da superstição” e “do perigo que representa o desvio, por eles propiciado, daqueles que deveriam buscar um médico, para uma consulta regular”.

3 DOS EFEITOS DA POLÍCIA MÉDICA À UMA EMPREITADA ESTATAL PRECONCEITUOSA E CRIMINALIZADORA

Além das considerações técnico-jurídico-científicas demonstradas acima sobre o crime de curandeirismo, faz-se necessário também destacar um evento histórico ligado às políticas públicas do Estado no campo da saúde pública. Trata-se do fenômeno da Polícia Médica, ocorrendo a partir do século XVIII, por meio de uma atitude do Estado em voltar-se para a população, observando taxas de morbidade e mortalidade, fazendo-a expandir, como demonstrativo de sucesso das Nações. Como a riqueza de tais Estados Nacionais não era mais o ouro, mas uma população numerosa e robusta, o cuidado do Estado não se dava apenas com

as questões normativas e legais, mas com um novo objetivo a ser observado: a população e suas taxas de natalidade e mortalidade.

Em suma, nas palavras de Rafael Mantovani, “[...] a polícia médica se insere em contexto em que havia uma importante mudança na forma de governar: trata-se de uma ciência com fins nacionais, que buscava a capilarização do Estado por meio da saúde. Curar se tornou uma atividade política” (MANTOVANI, 2018). Dessa forma, a ideia da regulamentação dos moldes medicinais de cura e de controle da saúde pública ganhou muita força, de modo a somente legitimar ações e métodos de cura licenciados e institucionalizados pelo Estado.

Esse marco histórico, porém, gera um grande problema: a marginalização daquilo que o Estado não contempla nem legitima, tal como ocorreu com a catequização da colônia brasileira. A Companhia Jesuítica, enquanto órgão oficial da Coroa Portuguesa e da Igreja Católica, acabava por discriminar outras formas religiosas já adotadas pelos povos ameríndios, segregando-as, conforme o exposto neste artigo. Uma vez consolidado o pacto entre Estado e Igreja, ambos estariam justificando, um por dogmas religiosos e outro por padrões científicos liberais, a condenação do curandeiro.

O curandeirismo, não como um corpo unificado, mas enquanto um fator presente em várias religiões, dessa forma, sofreu dessa hostilidade da colonização, sendo repudiado e preterido. É tanto que a Bíblia, num primeiro momento, já afirmava que “ficarão de fora (do céu, quando Cristo voltar) os cães, os feiticeiros, os adúlteros, os homicidas, os idólatras e todo o que ama e pratica a mentira” (APOCALIPSE, 22:15), depois dando espaço para as normas jurídicas⁸ também condenarem a mesma prática, o que colaborou com a ideia do curandeiro ser um vilão, alguém que não faz o que é certo nem aceito.

Esclarecido anteriormente que o Brasil é um país majoritariamente católico, tendo por muito tempo essa religião como oficial, essa visão acabou por se incorporar a sua cultura, aderindo-a firmemente, mesmo isso só refletindo os ideais daqueles que estavam por vir doutrinar e habitar o novo continente, não de toda a população. Isso se deu de forma consistente até a contemporaneidade, quando, em 1940, ocorre a positivação de um tipo penal intitulado “curandeirismo”, tornando ilícito qualquer prática, que não a católica, de curar por meio de rezas, benzeduras, palavras e uso de artefatos. Ricardo Schmitt enfatiza:

Noutra concepção, sabemos que a lei - que surge do próprio Estado - é fruto de um ente que não demonstra (muitas vezes) efetiva preocupação com seu povo. Além do mais, não podemos negar que a lei é fruto de uma elite, a qual muitas vezes se mostra comprometida com interesses outros que não da segurança igualitária da população,

⁸ Se destaca como marco histórico do Direito Penal no Brasil o Livro V das Ordenações Filipinas, que já de antemão destinava seus primeiros títulos para regulamentar como criminosa as condutas tidas como hereges, de blasfêmia e de feitiçaria.

nem mesmo com a verdadeira necessidade em se punir crimes de maior potencialidade social os quais giram em torno das classes mais favorecidas (corrupção, colarinho branco, lavagem de dinheiro etc.).

(...)

Infelizmente, não é o que vemos atualmente. O que temos em verdade é o legislador vendendo à sociedade um produto em que a pena de prisão é rotulada como sendo a solução para todos os males, sendo a base para a garantia da segurança pública dos cidadãos. (SCHMITT, 2015, p. 90).

É precisa sua consideração ao evidenciar uma verdadeira mentalidade intolerante de criminalizar qualquer conduta, discricionariamente, só por atender os interesses de uma parcela da população. E não é diferente com o delito de curandeirismo. A positivação desse tipo penal dentro do rol dos artigos que tutelam a saúde pública, e até mesmo a sua não-questionabilidade durante todo esse tempo, só refletem que essa reprovação já se dá de forma imperativa pelas gerações brasileiras, de maneira a propagar dogmas catequéticos implicitamente, mesmo num Estado laico como o Brasil contemporâneo.

Por conta disso, os estudos durkheimianos do fato social evidenciam como essa positivação é uma forma de objetivação de representações coletivas, isto é, de ideias que são compartilhadas por uma pluralidade de indivíduos. Émile Durkheim, inserido nesse meio, desenvolve seus trabalhos sobre o fenômeno jurídico a partir da ideia de que não é a justiça a razão de ser que move o Direito, se distanciando assim dos moldes racionais da vertente jusnaturalista que o antecede, sim a “continuidade da existência da vida coletiva” (WEISS, 2013, p.39), como afirma Raquel Weiss. O autor, então, após delimitar os espaços da Moral, como o ideal resultante desse coletivo, como o valor resultante da solidariedade, conclui que o Direito seria esse ideal prescrito em conduta, ou seja, a norma jurídica guarda um núcleo valorativo tido como bom e desejável. Como elucida Weiss:

A regra é a forma de uniformizar as condutas na medida do possível, para garantir que o ideal social seja respeitado. Tudo isso que vale para a moral vale para o direito. Em determinado aspecto, a moral e o direito são um mesmo fenômeno: ambos consistem em regras de conduta que servem para garantir a continuidade da existência da sociedade, não apenas de seu corpo (o conjunto dos indivíduos em interação), mas também a sua alma (os ideais coletivos). Porém, ao mesmo tempo, são fenômenos diferentes. (WEISS, 2013, p. 41).

Durkheim, num mesmo sentido, ainda estabelece que haveriam trocas contínuas dentro da relação entre Direito e Moral, podendo existir regras jurídicas também morais e vice-versa, se diferenciando não pelo substrato, que, evidentemente, pode ser o mesmo, sim pela forma como são administradas, uma pelo monopólio estatal e a outra pela própria sociedade.

É evidente, portanto, que o Direito, e mais especificamente, o art. 284º, por ser tido como um fato social, apresenta todas essas mesmas características - viabilizar a manutenção e legitimidade de um valor moral -, aqui um valor moral religioso, afirmando-o como valor da própria coletividade, de modo a estruturar um norte para a continuidade daquela sociedade.

Uma vez o indivíduo inserido nessa sociedade, ele sofre os impactos da manutenção dessa mesma sociedade e de seus valores, devendo, então, os magistrados, no exercício de suas atribuições jurisdicionais, viabilizar o gozo de garantias individuais frente o Estado, naquele contexto de “indivíduo” e “pessoa” da teoria de DaMatta. É o que Weiss precisamente resume em “o indivíduo é produto da sociedade como um todo, e sua existência só se torna real mediante a atuação do Estado; mas é somente com um equilíbrio de forças entre os grupos secundários e o Estado que o indivíduo pode existir de fato” (WEISS, 2010, p. 65).

Dessa maneira, se mostra como um verdadeiro impasse afirmar a laicidade do Estado e, por outro lado, criar um mecanismo para sustentar uma forma de dominação de dogmas católicos sobre outras religiões pautadas em filosofias de cura alternativa, subjugando essas crenças que seguem e que tenham elementos curandeiros, que, em tese, teriam ao seu lado a proteção constitucional da laicidade. Isso só se mostra, como destaca Thiago Hoshino, como “meandros de outros “ismos” potencialmente mais perigosos: o cientificismo, o positivismo e o humanismo pseudo-liberal da política criminal capitalista”. (HOSHINO, 2010, p. 400).

4 CONCLUSÃO

Partindo do exposto, a problemática em torno do crime do art. 284º do Código Penal reside não só na incompatibilidade da garantia constitucional da laicidade com a previsão de um delito de curandeirismo, mas também em todos os efeitos sociais e morais causados por essa norma jurídica. Se mostra incoerente e até mesmo desnecessário ao legislador penal a criação de mais um tipo penal para proteger a suposta saúde pública, quando já se tem previstos crimes como o estelionato, para proteger qualquer um lesado por outrem que atue dolosa e fraudulentamente na promoção de tais ritos de cura, e também o crime de exercício ilegal da medicina, para quando outrem se passar ilicitamente por cargo ou profissão para a oferta de tais remédios e procedimentos.

A criação de um tipo penal, que já de antemão deixa claro seu alvo com sua terminologia “crime de curandeirismo”, objetivando atingir aquele que crê, de boa-fé, em habilidades naturais e dons místicos capazes de promover a cura contra alguma enfermidade, é, na verdade, uma tentativa de atingir diretamente essa fé cultuada que embasa tal relação entre curandeiro e enfermo.

Não obstante essa maneira de perseguição do curandeiro, criou-se também um mecanismo de segregação étnica-racial, com raízes históricas no processo de colonização, gerando “um retrato que buscava deslegitimar a sabedoria popular de origem indígena e africana para justificar a exclusividade da competência da medicina oficial ” (SILVA, 2019, p. 150.),

até porque o que era marcado pela marginalidade e clandestinidade era a cultura dos indígenas catequizados e dos africanos escravizados. Tanto que todos os graduais movimentos sociais que sucederam esse período, sejam eles a Revolta da Armada (1893), A Guerra de Canudos (1893), a Revolta da Chibata (1910) e a Revolta da Vacina (1904), decorreram da opressão feita pelas elites às práticas de grupos sociais minoritários.

A função do Direito Penal não é essa, no entanto. A função do Direito Penal é a função da própria pena, se justificando por ela e por seus efeitos, jamais por perseguir certos sujeitos e grupos. Por essa razão, não é cabível uma sanção jurídica contra o curandeiro, por ele não se tratar de uma ofensa ao bem jurídico da saúde pública, sim de uma verdadeira prática religiosa, não uma superstição ameaçadora. É um pensamento já obsoleto ver o curandeiro como um charlatão ou um feiticeiro do mal, percebendo-se que, em razão daquela abertura semântica e de sua essência substancialmente metafísica, pode se encontrar um traço do curandeirismo em qualquer religião, devendo ele ser tratado com respeito, não como um delinquente.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial, vol. 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25/07/2019

DAMATTA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis. 68. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997
DE NETTESHEIM, Henrique Cornélio Agrippa de. Três Livros De Filosofia Oculta. São Paulo: Madras, 2008

DURKHEIM, Émile. Définition du fait moral. Paris: Les Editions de Minuit, 1975, apud WEISS, Raquel. Sociologia e Direito na Teoria Durkheimiana. Manual de Sociologia Jurídica (Organizadores: Felipe Gonçalves Silva e José Rodrigo Rodriguez). São Paulo: Editora Saraiva

FARIA, Bento de. Código penal brasileiro (comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961, apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, vol.3, 14ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

FUJITA, Mario Massanori. O juiz brasileiro e o olhar antropológico sobre a magia e a religião: delineamentos de uma prática democrática. 2005. Monografia (Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 67. Disponível em: https://www.academia.edu/35109232/GEERTZ_C._A_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_das_Culturas.pdf. Acesso em: 22/10/2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2012

HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. A arqueologia de um tipo ausente: curandeirismo, cientificismo e penalismo à brasileira. *Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito*, n.3., v.1, jul./dez, 2010. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/7023743/A_arqueologia_de_um_tipo_ausente_curandeirismo_cientificismo_e_penalismo_%C3%A0_brasileira_-_Thiago_A._P._Hoshino. Acesso em: 22/10/2019

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução: Sebastian José Roque. São Paulo: Ícone, 2010

MANTOVANI, Rafael. O que foi a polícia médica?. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702018000200409&script=sci_arttext. Acesso em: 20/09/2019

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997. Disponível em: https://www.academia.edu/5955280/Derecho_Penal_Parte_General_-_TOMO_I_-_Claus_Roxin. Acesso em: 22/10/2019.

SANTOS, Fabiana Lima dos. “Índio não usa droga, ele usa medicina”: a criminalização da circulação da ayahuasca indígena. 2018. Dissertação (Mestrado) – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Mestrado Profissional em Preservação do Patrimônio Cultural, Rio de Janeiro, 2018

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. Salvador: JusPODIVM, 2015

SILVA, Mariana Lins de Carli. Curandeirismo: o bem jurídico saúde pública a serviço de uma política criminal racista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 152, ano 27, São Paulo: Ed. RT, fev. 2019

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

SOUZA, Laura de Mello e. *O diabo e a terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

WEISS, Raquel Andrade. *Émile Durkheim e a Fundamentação Social da Moralidade*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, São Paulo, 2010

WEISS, Raquel Andrade. Sociologia e Direito na Teoria Durkheimiana. Manual de Sociologia Jurídica (Organizadores: Felipe Gonçalves Silva e José Rodrigo Rodriguez). São Paulo: Editora Saraiva, 2013

ZELL-RAVENHEART, Oberon. Grimório para Aprendiz de Feiticeiro. São Paulo: Madras Editora, 2008

FEMINICÍDIO E A INVISIBILIDADE DA MULHER NEGRA NA APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA

Taís de Jesus Alves Cruz

“E o risco que assumimos aqui é o ato de falar com todas as implicações. Exatamente porque temos sido falados, infantilizados (infans é aquele que não tem fala própria, é a criança que se fala na terceira pessoa, porque falada pelos adultos) que neste trabalho assumimos nossa própria fala. Ou seja, o lixo vai falar, e numa boa.” (Lélia Gonzalez, Racismo e sexismo na cultura brasileira).

RESUMO

Este Trabalho versa sobre os aspectos penais com base no contexto histórico e filosófico para a construção da Lei Maria da Penha e sua efetiva eficácia, desencadeando na implementação da qualificadora Feminicídio no rol dos crimes hediondos. Analisará os dados estatísticos referentes ao uso da tipificação do crime de feminicídio quando a vítima é a mulher preta e a importância do feminismo negro para trazer em pauta a abordagem da diferenciação de tratamento da vítima sobre a ótica cor/raça. Bem como, o estudo da Vitimologia, como forma de entender a situação da mulher preta no contexto dos crimes sofridos e de que forma este poderá ajudar para redução da violência contra a mulher preta.

Palavras-chave: Direito Penal. Minorias. Lei Maria da Penha. Feminicídio. Feminismo Negro. Vitimologia.

RESUMEN

Esta obra trata de los aspectos penales basados en el contexto histórico y filosófico para la construcción de la Ley Maria da Penha y su eficacia efectiva, desencadenando la implementación del calificador Feminicidio en la lista de crímenes atroces. Analizará los datos estadísticos relativos al uso de la tipificación del crimen feminicidio cuando la víctima sea la mujer negra y la importancia del feminismo negro para llevar a la agenda el enfoque de diferenciación del tratamiento de las víctimas en la óptica color/raza. Así como el estudio de la victimología como una forma de entender la situación de las mujeres negras en el contexto de los crímenes sufridos y cómo puede ayudar a reducir la violencia contra las mujeres negras.

Palabras claves: Derecho penal. Minorías. Ley Maria da Penha. Feminicidio. Feminismo negro. Victimología.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema proposto não visa comparar a importância da mulher preta frente as mulheres brancas, bem como analisar aspectos fenotípicos, haja visto que estes não trazem à nossa pesquisa nenhuma importância significativa quanto à vulnerabilidade da mulher preta na sociedade e nas relações de violência contra a mulher, situações estas que são relevantes para o entendimento do tratamento desigual as vítimas por cor/raça.

No âmbito Penal, abordaremos a construção histórica da Lei Maria da Penha e a necessidade da implementação da qualificadora do Femicídio no rol dos crimes hediondos, a Aplicabilidade da Lei Maria da Penha sobre a vitimização secundária e o estudo da Vitimologia, no que diz respeito ao olhar da vítima sobre a punição ao agressor, que pode ser um grande aliado na implementação de leis e abordagens para a redução das estatísticas sobre o tema.

O Femicídio, tem um enfoque genérico para proteção da mulher quanto a sua vulnerabilidade social e a construção social ligada ao sub julgamento da mulher na sociedade. Contudo, a efetiva aplicabilidade da lei nos casos de violência contra a mulher preta está sendo discutida a partir do crescimento dos movimentos feministas negros, que destacam as diferenças sociais, financeiras, educacionais e de dominação de gênero da mulher preta na sociedade, aspectos diferenciados se comparado as mulheres brancas.

As perguntas a seguir delimitam a esfera de pesquisa a ser realizada para responder o tema proposto: i A negação do Estado frente a situação social de desigualdade entre mulheres brancas e pretas desfavorece a implementação de políticas de controle referentes as condutas diferenciadas pelos agentes da lei? ii A reformulação da lei abarcando aspectos sociais e financeiros da mulher preta para medidas de proteção e indiciamento do agressor trará equiparação na diminuição de casos de violência contra a mulher preta em relação aos dados estatísticos da violência contra a mulher branca? iii O estudo da Vitimologia nos casos de Femicídio poderá contribuir no desenvolvimento de práticas penais para a devida aplicabilidade da qualificadora e reduzir os crimes contra a mulher, e em especial a mulher preta?

A compreensão da importância da relação de poder entre as minorias, dentro das minorias que determinam o desenvolvimento da ideologia de classes, abordadas como micro relações de poder por Michel Foucault. Esta abordagem que não é suscitada pela filosofia marxista, que defende a estrutura da sociedade como dois níveis: infraestrutura e superestrutura. A primeira é constituída pela base econômica, ou seja pela unidade das forças produtivas e das relações de produção e a segunda, formada pelo nível jurídico (direito e o Estado) e o nível ideológico (ideologias religiosas, morais, jurídicas, políticas, etc). “Assim, a infraestrutura seria

a base que determina toda a estrutura social, suportando e constituindo a superestrutura. Deste modo, a teoria marxista nega as relações sociais de poder entre as subclasses dentro da sociedade que poderão provocar consequências nos interesses da classe dominante.” (MOULIN, 2006).

Entender a importância do surgimento dos movimentos feministas como divisor de águas nas políticas públicas referentes aos direitos da mulher e sua vulnerabilidade em relação a relação de poder numa sociedade patriarcal e machista. Contudo, a abordagem feminista contemporânea de feministas burguesas brancas, não traz os recortes e necessidades da mulher preta, dentro da lógica filosófica de Foucault sendo determinante para o fortalecimento dos Movimentos feministas Negros, liderados por Bell hooks, Angela Davis, Lelia Gonzalez, Luiza Barros, Sueli Carneiro, Djamila Ribeiro, dentre outras. Este recorte é de suma importância para o estudo da aplicabilidade das leis de proteção da mulher, pelos agentes do Estado que são formados numa sociedade regida pela cultura de tratamento diferenciado entre classes e subclasses em seu cotidiano e tendem a replicar tais posturas na prática de sua função.

O presente estudo terá o enfoque desde a abordagem pelo agente do Estado sobre a vítima de agressão, o encaminhamento dado a denúncia, as medidas efetivamente realizadas e o olhar da vítima frente ao tratamento recebido e a segurança quanto a penalização do agressor.

A pesquisa do tema em questão é importante pois visa demonstrar a diferenciação do tratamento na aplicabilidade da qualificadora nos casos de violência contra mulher entre vítimas brancas e pretas, levantando a necessidade de reestruturação do sistema de atendimento as vítimas, considerando as particularidades sociais e análise do olhar da vítima, quando mulher preta, através do estudo da vitimologia.

O estudo da Vitimologia será preponderante para diagnosticar quais aspectos sociais e legais devem ser considerados para redução dos crimes contra a mulher preta que diante dos dados preliminares para fundamentação deste projeto estão escandalosamente em maior número de crimes em relação a mulher branca.

O estudo da Vitimologia nos casos de violência contra a mulher preta juntamente com a efetiva participação das vítimas são de extrema relevância para a criação de medidas sociais de segurança pública a serem adotadas pelas autoridades competentes para redução e combate da violência contra a mulher e em especial a mulher preta que conforme o Atlas da violência tem sofrido aumento significativo em relação a mulher branca.

O objetivo deste trabalho é demonstrar através da coleta de dados de violência oficiais e do estudo da Vitimologia a necessidade da aplicação da Lei Maria da Penha e sua qualificadora para mulheres pretas e a implementação de medidas sociais de segurança pública

para o combate da violência.

Nesse sentido, os objetivos específicos deste trabalho são: demonstrar a distinção existente dos diversos tipos de minorias sobre o ponto de vista ético-filosófico; Revisar a bibliografia existente sobre os movimentos feministas negros; Compreender os dados sobre o mapeamento da violência contra a mulher; Compreender o estudo da Vitimologia na criminologia com enfoque no combate da violência contra a mulher preta.

2 ANÁLISE FILOSÓFICA DAS MINORIAS E SURGIMENTO E IMPORTÂNCIA DO FEMINISMO

Para a melhor compreensão dos movimentos sociais, abordaremos a visão de Foucault quanto a existência de micropoderes, estes que exercem influências comportamentais por estarem diretamente ligados as nossas ações cotidianas e que vão além do poder totalitário do Estado. Foucault também destaca a importância do surgimento dos movimentos sociais como focos de resistência ao Estado, ressaltando a importância do movimento feminista dentro das perspectivas existencialistas da mulher na sociedade.

Antes de Foucault, em *Microfísica do Poder*, a teoria política concebia o poder como algo que uns tem, outros não, além de estar associado, mais comumente, à figura da Igreja ou do Estado. “Foucault entende o poder não como um objeto natural, mas uma prática social expressa por um conjunto de relações. O poder é uma espécie de rede formada por mecanismos e dispositivos que estão por todo cotidiano - uma rede da qual ninguém pode escapar. Ele molda nossos comportamentos, atitudes e discursos.” (SALATIEL, 2015).

“O ponto em que a teoria de poder de Foucault converge com o pós-modernismo é que, da mesma maneira que lidamos com o fim das visões totalizantes de mundo, o poder também se pulveriza em **micropoderes**.” (SALATIEL, 2015).

“Não adianta investir contra o Estado, achando que ele é a causa de todos os males. Ele é apenas uma das representações desse poder que se exerce em uma série de mecanismos, que reproduzimos todos os dias sem ao menos nos darmos conta disso.” (SALATIEL, 2015). “... De modo geral, penso que é preciso ver como as grandes estratégias de poder se incrustam, encontram suas condições de exercício em micro- relações de poder. (Foucault, Michel. 2008, p. 249)

E onde Foucault identifica estes focos de resistências locais aos poderes? Nos movimentos ativistas pelos direitos humanos, além de gays, negros, feministas, ecologistas e outras minorias.

Acho que os movimentos ditos de “liberação sexual” devem ser compreendidos como movimentos de afirmação “a partir” da sexualidade. Isto quer dizer duas coisas: são movimentos que partem da sexualidade, do dispositivo de sexualidade no interior do qual nós estamos presos, que fazem com que ele funcione até seu limite; mas, ao mesmo tempo, eles se deslocam em relação a ele, se livram dele e o ultrapassam. (Foucault, Michel. 2008, p. 233).

Foucault aborda o poder das minorias sobre as minorias, quanto a superioridade do poder do homem sobre a mulher, do homem branco sobre o homem negro, da mulher branca sobre a mulher negra, da mulher negra sobre a mulher indígena, da mulher branca sobre o homem negro, etc. “Os poderes se exercem em níveis variados e em pontos diferentes da rede social e neste complexo os micropoderes existem integrados ou não ao Estado...” (Foucault, Michel. 2008).

Bem como, faz abordagens significativas para o avaliação da libertação da mulher quanto a imposição da sua sexualidade, sendo fortalecido pelos movimentos feministas.

Durante muito tempo se tentou fixar as mulheres à sua sexualidade. “*Vocês são seu sexo*”, dizia-se a elas há séculos, E este sexo, acrescentaram os médicos, é frágil quase sempre doente e sempre indutor de doença. “*Vocês são a doença do homem*”. E este movimento muito antigo se acelerou no século XVIII, chegando à patologização da mulher.” (Foucault, Michel. 2008, p. 235)

Ora, os movimentos feministas aceitaram o desafio. Somos sexo por natureza? Muito bem, sejamos sexo mas em sua singularidade e especificidade irredutíveis. Tiremos disto as consequências e reinventemos nosso próprio tipo de existência, política, econômica, cultural... Sempre o mesmo movimento: a partir desta sexualidade na qual se procura colonizá-las e atravessá-las para ir em direção a outras afirmações. (Foucault, Michel. 2008, p. 235)

Nesse aspecto, entende-se que o feminismo terá uma fundamental importância para a ocupação de lugar de poder pelas mulheres. “Foucault reconhecia a dominação de algumas “minorias”, entre elas as mulheres, e entendia ser necessário, em algum momento, que tais minorias lutassem por sua libertação. (NARVAZ, 2007). Contudo era contrário aos movimentos libertários, sugerindo que “as relações que devemos manter conosco mesmos não devam ser relações de identidade, mas sim relações de diferenciação, de criação e de inovação” (Foucault, 1999, p. 421).

Em face ao abordado fica visível a importância do movimento feminista para a decadência do sub papel exercido pela mulher na sociedade e a relevância da ocupação da mulher em cargos de poder. Contudo, na composição do movimento feminista eurocêntrico não é levada em consideração a experiência vivida pela mulher negra numa sociedade desigual, racista e sexista, pois defende-se a teoria da **generalização das experiências, sem levar em conta tais aspectos**. Dentro dessa perspectiva o feminismo negro passa a ser de extrema relevância, visto que as diferenças de tratamento e oportunidades da mulher negra terá destaque

se comparado as dificuldades vividas pela mulher branca, como veremos a seguir.

3 O FEMINISMO NEGRO – SURGIMENTO E IMPORTÂNCIA

O surgimento histórico bem como a importância do feminismo negro, tem fundamental relevância em face da sua singular contribuição para análise dos aspectos sociais de subvalorização da mulher preta frente a mulher branca, em nossa sociedade. Além de ser o pilar para as discussões no desenvolvimento de políticas públicas de proteção a mulher preta que conforme dados estatísticos tem sido o maior alvo de violência de gênero.

O feminismo foi inserido no Brasil nos meados do século XIX. Até então as mulheres eram proibidas de participar da vida pública, tão pouco tinham direito a voto. Ou seja, não integravam a sociedade O domínio masculino (no caso leia-se homem branco), no período do Brasil Império, sequer inclui a mulher em nossa constituição, pois nessa época não eram vistas como cidadãs. Os avanços surgiram a partir do século XX, em 1934 com o código eleitoral permitindo o direito ao voto e a representação política às mulheres. Naquele mesmo ano houve uma representante do sexo feminino, Carlota Pereira Queirós, que ganha o posto de primeira deputada do Brasil.

Contudo, analisando a história política nos perguntamos, Onde estão as mulheres negras? As figuras femininas que ocuparam os postos de poder eram todas brancas e membras da elite brasileira. Constata-se que, as mulheres negras ainda sofrem as consequências da escravidão que dominou o Brasil por mais de 300 anos e pouco ou quase nada participaram destes movimentos. Para estudiosas de Ciências Sociais, a independência feminina teve classe e cor, pois muitas mulheres negras permaneciam ocupando residências e cuidando dos afazeres domésticos para que as brancas de classes mais altas pudessem circular no espaço público. Ou seja, enquanto mulheres brancas lutavam pelo direito ao voto e ao estudo, as mulheres negras batalhavam para poderem existir. (Afreaka. OLIVEIRA, 2018)

A partir da década de 1980 que o feminismo negro começa a ganhar força no Brasil com o II Encontro Feminista Latino-americano, que aconteceu em Bertioga, no litoral paulista em 1985, surge a organização de mulheres negras em busca de visibilidade no meio feminista. Em seguida despontam os primeiros Coletivos de Mulheres Negras e Encontros Estaduais e Nacionais de Mulheres Negras. Desde então nomes como os de Sueli Carneiro, Lélia Gonzales, Núbia Moreira, Luiza Bairros, entre outras, abrem caminho para a representação negra feminina no Brasil.

Prof. Dr. Kabengele Munanga (USP), em palestra sobre Uma abordagem conceitual das Noções de Raça, Racismo, Identidade e Etnia, explicita que devemos observar sobre o conceito de raça como atualmente é empregado, nada tem a ver com biologia,

é um conceito meramente ideológico, que tem como propósito esconder a ideologia de relação de poder e de dominação, pois o conceito apesar de não ter valorização científica, é utilizado para produção de estudos da realidade social e política, “considerando a raça como uma construção sociológica e uma categoria social de dominação e de exclusão.” (Munanga, 2013)

Munanga, sobre conceito de racismo traz a seguinte definição:

Por razões lógicas e ideológicas, o racismo é geralmente abordado a partir da raça, dentro da extrema variedade das possíveis relações existentes entre as duas noções. Com efeito, com base nas relações entre “raça” e “racismo”, o racismo seria teoricamente uma ideologia essencialista que postula a divisão da humanidade em grandes grupos chamados raças contrastadas que têm características físicas hereditárias comuns, sendo estas últimas suportes das características psicológicas, morais, intelectuais e estéticas e se situam numa escala de valores desiguais. Visto deste ponto de vista, o racismo é uma crença na existência das raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural. O racista cria a raça no sentido sociológico, ou seja, a raça no imaginário do racista não é exclusivamente um grupo definido pelos traços físicos. A raça na cabeça dele é um grupo social com traços culturais, linguísticos, religiosos, etc. que ele considera naturalmente inferiores ao grupo a qual ele pertence. De outro modo, o racismo é essa tendência que consiste em considerar que as características intelectuais e morais de um dado grupo, são consequências diretas de suas características físicas ou biológicas. (Munanga, Kabengele. PENESB-RJ. 2013)

Entende-se a partir do conceito de Munanga que a ideologia de raça está sendo perpetuada para manter a supremacia de uma raça em detrimento de outra, e a consequência disso é o aumento da violência, principalmente em relação a mulher preta que brutalmente está classificada como inferior ao homem negro e a mulher branca, estando a cada dia, mais suscetível a violência doméstica e social.

Luiza Bairros, ex-ministra de igualdade racial e militante, no artigo Estudos Feministas, trata do tema utilizando um quadro sobre culinária na TV, ao qual duas mulheres compõe o elenco, a mulher branca sendo a “protagonista” orientando sobre as receitas e dando várias outras orientações, enquanto a mulher negra, “no mais completo mutismo” como coadjuvante, a executar. Mesmo estando as mulheres em papéis desvalorizados como atividade doméstica na TV, o cenário retrata uma das importantes desigualdades vivenciadas pela mulher preta, pois evidencia a autoridade da mulher branca quando contraposto ao papel da ajudante negra, mesmo que esta última seja de fato a detentora da *expertise* no preparo. (Bairros, 1995).

Luiza Bairros também em seu artigo, descreve as narrativas de Bell Hooks e Patrícia Hill Collins, como importantes e úteis para o entendimento de como a mulher negra é mostrada em papéis como o da TV para perpetuar a imagem de submissão, visto que as autoras são uníssonas ao valorizar a contribuição da mulher negra no feminismo, tanto com base daquelas que desafiaram ideias hegemônicas da elite masculina, quanto no âmbito intelectual e acadêmicos mas, não menos importantes as experiências diárias como mães, professoras, líderes

comunitárias etc. Nessa perspectiva entende-se que tais experiências devem ser utilizadas para potencializar positivamente a reflexão do movimento e reverberar em ações políticas. (Bairros, 1995).

A filósofa e militante Djamila Ribeiro em sua obra “Quem tem medo do Feminismo Negro” faz uma abordagem político social da importância da militância da mulher negra no cenário de violência nacional. “O feminismo negro não é uma luta meramente identitária, até porque branquitude e masculinidade também são identidades. Pensar em feminismos plurais é pensar projetos democráticos.” (2018, p.7) “É só falar das desigualdades existentes, da violência às quais as mulheres e a população negra submetidas, para enfrentar opiniões totalmente infundadas. Pesquisas e estudos são feitos para mostrar o mapa da violência no Brasil, mas a pessoa simplesmente diz que não é bem assim e pronto.” (2018, p 34).

O reconhecimento da paridade de status social e oportunidades de trabalho entre homens negros e mulheres brancas possibilita que enxerguemos a invisibilidade da mulher negra e nos ajudará a romper com essa realidade. Segundo a pesquisa desenvolvida pelo Ministério Público e o Ipea em 2018, 39,6% das mulheres negras estão inseridas em relações precárias de trabalho seguidas pelos homens negros (31,6%), mulheres brancas (26,9%) e homens brancos (20,6%). Ainda segundo a pesquisa, mulheres negras eram maior contingente de pessoas desempregadas e no trabalho doméstico. (ATLAS VIOLÊNCIA, 2018).

A história tem nos mostrado que a invisibilidade mata, o que Foucault chama de “deixar viver ou deixar morrer”. A reflexão fundamental a ser feita é perceber que, quando pessoas negras estão reivindicando o direito de voz, elas estão reivindicando o direito à própria vida.” (Ribeiro, Djamila. O que é lugar de fala, 2017, p 43).

Em discussões sobre a importância de se implementar políticas públicas para mulheres pretas, sempre há a retórica que políticas públicas devem ser para todos, porém se analisarmos que as mulheres pretas estão em maior vulnerabilidade social, entenderemos que a política para todos não atende a essa minoria e a implementação de políticas voltadas a melhoria no índice de desenvolvimento desta classe irá desencadear na melhoria da sociedade como um todo. Como as feministas negras afirmam há muito: “nomear. Se não se nomeia a realidade, sequer serão pensadas melhorias para uma realidade que segue invisível.” (Ribeiro, Djamila. O que é lugar de fala, 2017, p 54).

Diante dos aspectos abordados o feminismo negro desenvolve importância crucial em demonstrar as necessidades compreendidas não somente as mulheres pretas, buscando a visibilidade das disparidades sociais enfrentadas diariamente e cobrando a implementação de políticas sociais de inclusão e proteção as vítimas em potencial, bem como a aplicabilidade da

Lei Maria da Penha e a qualificadora de Femicídio em auxílio ao combate do crescimento da violência contra as mulheres pretas, conforme dados estatísticos que serão apresentados.

4 A LEI MARIA DA PENHA E A QUALIFICADORA FEMINICÍDIO

A lei Maria da Penha surge para dar a devida importância a violência de gênero como resultado das desigualdades socialmente construídas. Visando solidificar ainda mais o resguardo da mulher e tendo em vista uma crescente violência em razão de gênero, em 9/3/2015 foi aprovada a Lei Federal 13.104 que introduziu no nosso Código Penal a figura do feminicídio, com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público. (Galvão, Patrícia. Dossiê Femicídio).

A lei Maria da Penha - Lei 11340/06 | Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, anexa a este trabalho, conforme a redação que define a sua implantação, “regulamenta o crime contra a mulher e 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.” (JUS BRASIL LEGISLAÇÃO).

A partir da Lei Maria da Penha foi implementada a Lei de FEMINICÍDIO - LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015, que conforme redação “altera o art. 121 do Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como o circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. (JUS BRASIL LEGISLAÇÃO).

O feminicídio é a ponta do iceberg. Não podemos achar que a criminalização do feminicídio vai dar conta da complexidade do tema. Temos que trabalhar para evitar que se chegue ao feminicídio, olhar para baixo do iceberg e entender que ali há uma série de violências. E compreender que quando o feminicídio acontece é porque diversas outras medidas falharam. Precisamos ter um olhar muito mais cuidadoso e muito mais atento para o que falhou. Carmen Hein de Campos, advogada doutora em Ciências Criminais e consultora da CPMI que investigou a violência contra as mulheres no Brasil. (Galvão, Patrícia. Dossiê Femicídio).

A lei que incluiu o feminicídio foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), que investigou a violência contra as mulheres nos Estados Brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013. Os operadores do Direito entrevistados neste Dossiê são unânimes em apontar que a perspectiva de gênero é fundamental para a compreensão das circunstâncias incluídas no Código Penal para

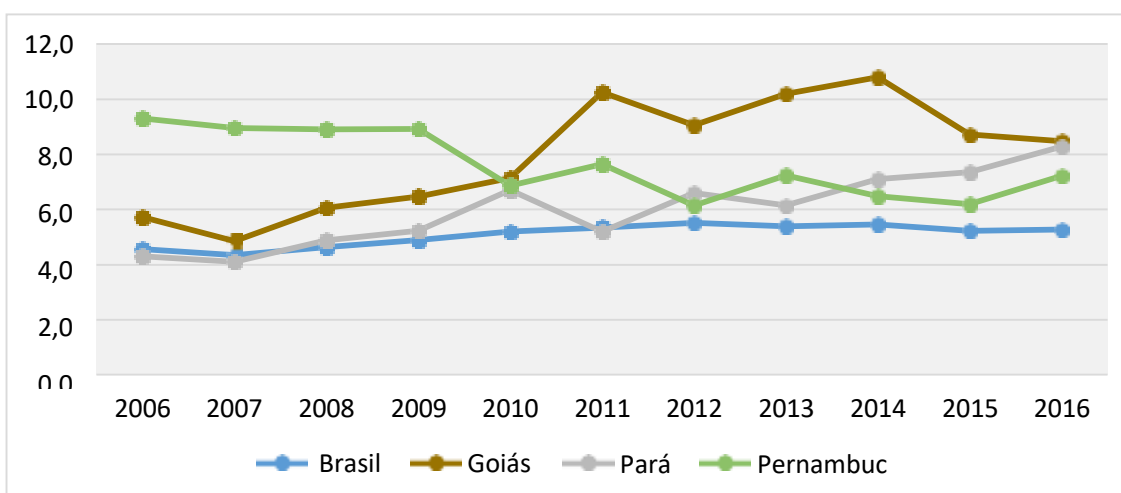
qualificar o feminicídio, por se tratar de situações que revelam o menosprezo ou a discriminação à condição da mulher. (Galvão, Patrícia. Dossiê Feminicídio).

O Atlas de violência de 2018, realizado pelos Institutos Ipea e FBSP demonstram estatisticamente a violência crescente contra a mulher negra em relação a mulher branca nos casos de homicídio contra a mulher.

Para o enfrentamento da violência contra a mulher, além de dar visibilidade aos crimes, é fundamental a manutenção, a ampliação e o aprimoramento das redes de apoio à mulher, previstos na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que viabilizam o atendimento e as alternativas de vidas para as mulheres. A rede de atendimento deve garantir o acompanhamento às vítimas e empenhar um papel importante na prevenção da violência contra a mulher. Além de ser assistida pelo sistema de justiça criminal, a mulher deve conseguir ter acesso à rede também por meio do sistema de saúde, já que em muitos casos as mulheres passam várias vezes por esse sistema antes de chegarem a uma delegacia ou a um juizado” (2018, p.48)

Conforme os dados levantados na pesquisa, as categorias de gênero e raça são fundamentais para entender a violência letal contra a mulher, que é, em última instância, resultado da produção e reprodução da iniquidade que permeia a sociedade brasileira. Desagregando-se a população feminina pela variável raça/cor, confirma-se um fenômeno já amplamente conhecido: considerando-se os dados de 2016, a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras (5,3) que entre as não negras (3,1) – a diferença é de 71%. Em relação aos dez anos da série, a taxa de homicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto que entre as não negras houve queda de 8%. Em vinte estados, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu no período compreendido entre 2006 e 2016, sendo que em doze deles o aumento foi maior que 50%. Comparando-se com a evolução das taxas de homicídio de mulheres não negras, neste caso, houve aumento em quinze estados e em apenas seis deles o aumento foi maior que 50%.” (2018, p. 51).

Gráfico 6.7 – Evolução dos homicídios de mulheres negras, em três UFs com as maiores taxas em 2016 e no Brasil. Taxa por 100 mil mulheres negras (2006-2016)



Fonte: IBGE - Diretoria de Pesquisas/Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios e MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. Observação: Os números das populações negras foram obtidos somando pardas e pretas, enquanto as não-negras se deu pela soma de brancas, amarelas e indígenas, todas as ignoradas não entraram nas contas. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

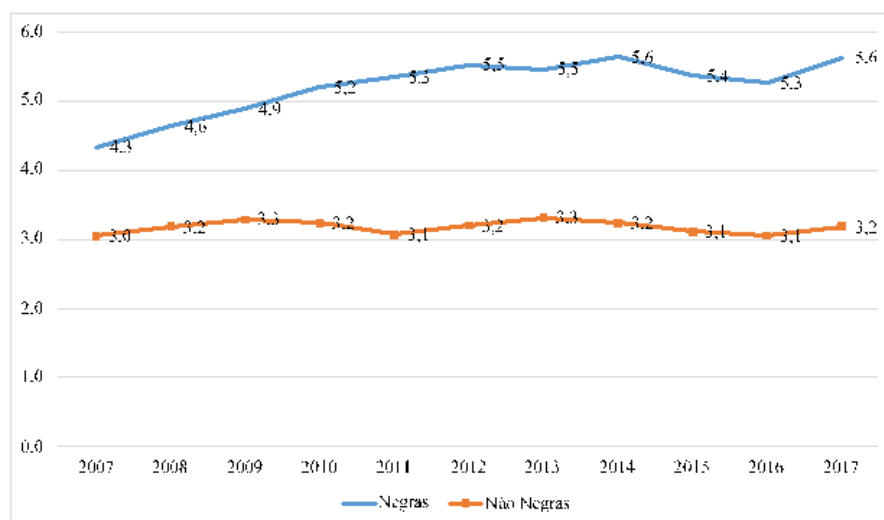
A presente edição do Atlas da violência 2019 demonstra indicadores sobre o

crescimento dos homicídios femininos no Brasil em 2017. Contudo, o recorte principal do atlas para a nossa pesquisa é sobre o aumento significativo nos percentuais de violência entre as mulheres negras e não negras vítimas de homicídio registrados nesta pesquisa.

O gráfico 4.4, a seguir, ilustra a desigualdade racial a partir da comparação entre mulheres negras e não negras vítimas de homicídio. Enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras teve crescimento de 4,5% entre 2007 e 2017, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu 29,9%. Em números absolutos a diferença é ainda mais brutal, já que entre não negras o crescimento é de 1,7% e entre mulheres negras de 60,5%. Considerando apenas o último ano disponível, a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 3,2 a cada 100 mil mulheres não negras, ao passo que entre as mulheres negras a taxa foi de 5,6 para cada 100 mil mulheres neste grupo. A desigualdade racial pode ser vista também quando verificamos a proporção de mulheres negras entre as vítimas da violência letal: 66% de todas as mulheres assassinadas no país em 2017. O crescimento muito superior da violência letal entre mulheres negras em comparação com as não negras evidencia a enorme dificuldade que o Estado brasileiro tem de garantir a universalidade de suas políticas públicas. (2019, p. 48).

GRÁFICO 4.4

Evolução da taxa de homicídios femininos no Brasil, por raça/cor (2007-2017)



Fonte: IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica e MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. O número de homicídios de mulheres na UF de residência foi obtido pela soma das seguintes CIDs 10: X85-Y09 e Y35-Y36, ou seja: óbitos causados por agressão mais intervenção legal. Aqui nós agregamos a classificação de raça/cor do IBGE, onde chamamos de "negras" as somas de pretas e pardas e "não negras" a soma de brancas, amarelas e indígenas.

TABELA 4.4

Brasil: número de homicídios de mulheres negras por UF (2007-2017)

	Número de Homicídios de Mulheres Negras											Variação %		
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2007 a 2017	2012 a 2017	2016 a 2017
Brasil	2.049	2.255	2.419	2.611	2.714	2.917	2.881	2.992	2.902	3.005	3.288	60,5%	12,7%	9,4%
Acre	9	5	6	13	11	14	29	16	14	19	24	166,7%	71,4%	26,3%
Alagoas	68	71	96	104	114	116	117	118	90	91	104	52,9%	-10,3%	14,3%
Amapá	8	13	10	14	16	15	15	19	13	15	23	187,5%	53,3%	53,3%
Amazonas	43	56	60	60	66	89	71	64	96	93	98	127,9%	10,1%	-5,4%
Bahia	207	260	284	361	375	368	362	323	331	379	417	101,4%	-13,3%	10,0%
Ceará	84	74	80	111	106	110	125	145	154	149	325	286,9%	195,5%	118,1%
Distrito Federal	41	57	61	50	61	63	66	46	45	53	34	-17,1%	-46,0%	-35,8%
Espírito Santo	116	129	152	128	104	137	129	110	107	81	116	0,0%	-15,3%	-43,2%
Goiás	82	104	117	128	182	171	191	212	176	180	190	131,7%	11,1%	-5,6%
Maranhão	50	67	67	99	109	96	107	129	115	133	113	126,0%	17,7%	-15,0%
Mato Grosso	54	57	55	54	60	62	62	76	88	77	70	29,6%	12,9%	-9,1%
Mato Grosso do Sul	28	22	25	38	40	45	40	44	38	46	33	17,9%	-26,7%	-28,3%
Minas Gerais	248	221	246	259	283	303	274	259	267	247	261	5,2%	-13,9%	5,7%
Pará	112	139	152	197	154	202	190	221	236	274	286	155,4%	41,6%	-4,4%
Paraíba	55	76	84	98	117	119	104	98	84	88	76	38,2%	-36,1%	-13,6%
Paraná	41	55	57	51	55	68	59	63	49	44	33	-19,5%	-51,5%	-25,0%
Pernambuco	241	245	252	197	223	185	224	203	198	238	257	6,6%	38,9%	8,0%
Piauí	24	31	22	28	28	40	36	51	56	43	39	62,5%	-2,5%	-9,3%
Rio de Janeiro	216	223	190	196	223	223	236	283	233	276	260	20,4%	16,6%	-5,8%
Rio Grande do Norte	25	48	38	51	56	42	59	71	76	74	129	416,0%	207,1%	74,3%
Rio Grande do Sul	29	32	36	38	21	39	33	51	55	50	61	110,3%	56,4%	22,0%
Rondônia	20	20	35	23	31	36	28	38	49	34	40	100,0%	11,1%	17,6%
Roraima	10	5	12	9	9	7	14	10	10	10	16	60,0%	128,6%	60,0%
Santa Catarina	6	8	8	15	5	18	16	21	18	27	23	283,3%	27,8%	-14,8%
São Paulo	185	199	230	223	179	257	215	227	201	200	166	-10,3%	-35,4%	-17,0%
Sergipe	21	21	21	36	50	52	48	65	64	54	64	204,8%	23,1%	18,5%
Tocantins	26	17	23	30	36	40	31	29	39	30	30	15,4%	-25,0%	0,0%

Fonte: Os dados de homicídios foram provenientes do MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. Observação: O número de negras foi obtido somando pardas e pretas, enquanto o de não negras se deu pela soma dos brancos, amarelos e indígenas, todos os ignorados não entraram nas contas. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

TABELA 4.5

Brasil: taxa de homicídios de mulheres negras por 100 mil habitantes por UF (2007-2017)

	Taxa de Homicídio por 100 mil Habitantes											Variação %		
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2007 a 2017	2012 a 2017	2016 a 2017
Brasil	4,3	4,6	4,9	5,2	5,3	5,5	5,5	5,6	5,4	5,3	5,6	29,9%	2,0%	7,0%
Acre	3,5	1,8	2,2	4,7	3,9	4,9	9,6	9,0	4,3	5,8	7,4	113,2%	50,9%	27,2%
Alagoas	5,8	6,0	7,5	8,2	9,0	9,0	9,4	9,9	7,5	7,0	7,9	36,3%	-13,2%	12,2%
Amapá	3,7	5,2	4,3	5,6	6,1	5,2	5,0	6,7	4,4	4,8	7,3	99,3%	39,3%	52,5%
Amazonas	3,4	4,3	4,4	4,4	4,9	6,5	4,7	4,2	6,0	6,2	6,4	86,8%	-1,1%	2,6%
Bahia	3,7	4,5	5,0	6,2	6,3	6,1	6,1	5,5	5,6	5,9	6,6	80,1%	9,0%	11,6%
Ceará	3,0	2,5	2,6	3,7	3,6	3,6	4,1	4,7	4,9	4,6	9,9	235,0%	175,6%	115,0%
Distrito Federal	5,8	7,7	8,1	6,6	8,0	7,8	8,9	6,0	5,5	5,7	3,5	-39,9%	-55,3%	-39,1%
Espírito Santo	11,6	12,8	15,0	12,4	9,9	12,6	11,3	9,6	9,3	6,6	9,5	-18,2%	-24,5%	-43,9%
Goiás	4,7	5,9	6,2	6,9	9,9	8,8	9,3	10,7	8,6	8,5	8,8	87,3%	0,2%	3,7%
Maranhão	2,1	2,8	2,6	3,8	4,1	3,5	4,0	4,7	4,1	4,8	3,9	90,1%	10,4%	-18,1%
Mato Grosso	6,2	6,6	6,0	5,8	6,4	6,5	6,2	7,2	8,3	7,1	6,3	2,5%	-2,4%	-10,6%
Mato Grosso do Sul	5,1	3,8	4,3	6,6	7,1	7,4	6,0	6,3	5,4	6,3	4,4	-13,4%	-40,2%	-29,7%
Minas Gerais	4,7	4,1	4,4	4,7	5,2	5,3	4,7	4,4	4,6	3,9	4,1	-13,3%	-23,2%	3,7%
Pará	4,0	4,8	5,1	6,6	5,1	6,5	6,0	6,6	7,2	8,3	8,6	113,7%	32,6%	3,7%
Paraíba	4,6	6,5	6,9	8,1	9,6	9,2	8,7	8,2	7,0	6,7	5,6	20,9%	-39,4%	-16,6%
Paraná	2,9	4,0	4,1	3,5	3,7	4,5	3,5	3,8	2,8	2,5	1,9	-35,7%	-58,3%	-24,1%
Pernambuco	8,7	8,7	8,7	6,7	7,4	6,0	7,6	6,6	6,4	7,2	7,6	-12,5%	27,6%	5,6%
Piauí	2,0	2,5	1,7	2,3	2,3	3,1	3,0	4,1	4,4	3,4	3,0	49,1%	-5,8%	-13,0%
Rio de Janeiro	5,8	5,7	5,0	4,8	5,2	4,9	5,5	6,7	5,4	5,9	5,4	-7,7%	9,8%	-9,2%
Rio Grande do Norte	2,3	4,4	3,4	4,7	5,4	4,2	5,8	7,0	7,6	6,5	11,4	385,3%	169,1%	74,7%
Rio Grande do Sul	3,7	3,7	4,3	4,5	2,5	4,4	3,8	5,4	6,0	4,9	5,3	44,7%	21,3%	9,0%
Rorondônia	3,8	3,9	6,4	4,2	5,8	6,5	5,0	6,3	8,4	5,6	6,5	71,9%	-0,3%	17,1%
Roraima	6,9	3,4	8,3	6,2	6,2	4,4	8,5	6,0	6,0	6,1	9,5	38,1%	114,6%	55,7%
Santa Catarina	1,8	2,4	2,2	4,2	1,4	4,3	3,2	4,8	4,0	5,1	4,0	121,9%	-6,6%	-22,8%
São Paulo	3,0	3,0	3,4	3,2	2,5	3,5	2,9	3,1	2,6	2,4	1,9	-36,2%	-44,9%	-20,8%
Sergipe	3,0	3,1	3,0	4,8	6,4	6,4	6,0	7,9	7,7	6,0	6,9	130,7%	7,4%	14,9%
Tocantins	5,3	3,4	4,6	6,0	7,2	7,3	5,3	5,0	6,6	5,1	5,3	0,5%	-27,2%	4,1%

Fonte: Os dados populacionais foram obtidos com base na PNAD-IBGE e na PNADc-IBGE. Os dados de homicídios foram provenientes do MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. Observação: O número de negras foi obtido somando pardos e pretos, enquanto o de não negras se deu pela soma dos brancos, amarelos e indígenas, todos os ignorados não entram nas costas. Elaboração Diestlepa e FBSP.

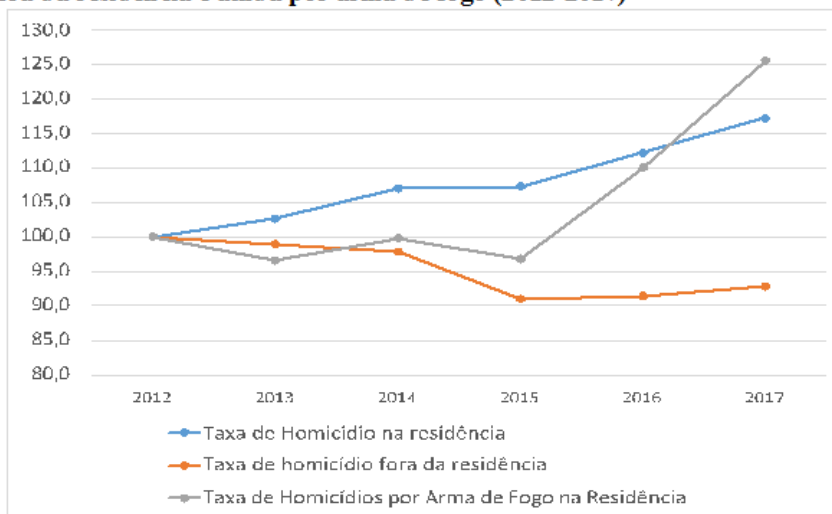
Salientamos que o Atlas de 2019 traz uma abordagem de extrema importância quanto se o aumento da violência letal contra a mulher reflete de fato o crescimento do Femicídio, devido a lei ser relativamente nova e as autoridades judiciais não terem sido submetidas ao processo de aprendizado para análise dos casos e das prerrogativas legais para enquadramento. Bem como, os registros policiais que utilizam o CID para classificação, não lida com questões de tipificação legal e muito menos com a motivação que gerou a agressão. (ATLAS VIOLÊNCIA, 2019)

O Atlas contudo utiliza a literatura internacional para analisar os casos das mortes violentas de modo a entender que estas se tratam de feminicídio por ocorrer em sua maioria dentro das residências.

“...há reconhecimento na literatura internacional²⁸ de que a significativa maioria das mortes violentas intencionais que ocorrem dentro das residências são perpetradas por conhecidos ou íntimos das vítimas. Portanto, a taxa de incidentes letais intencionais contra mulheres que ocorrem dentro das residências é uma boa *proxy* para medir o feminicídio. Naturalmente, ainda que o número real de feminicídios não seja igual ao número de mulheres mortas dentro das residências (mesmo porque vários casos de feminicídio ocorrem fora da residência), tal *proxy* pode servir para evidenciar a evolução nas taxas de feminicídio no país.

Para analisar a questão, utilizamos os microdados da saúde²⁹, que permitem traçar o perfil desses homicídios segundo o local da ocorrência do fato. Do total de homicídios contra mulheres, 28,5% ocorrem dentro da residência (39,3% se não considerarmos os óbitos em que o local do incidente era ignorado). Muito provavelmente estes são casos de feminicídios íntimos³⁰, que decorrem de violência doméstica. (2019, p. 56)

Índices de base 100 da evolução das taxas de homicídio de mulheres dentro e fora da residência e ainda por arma de fogo (2012-2017)



Fonte: IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica e MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM. Elaboração Diest/Ipea e FB SP.

Analisando a empregabilidade das leis e os dados estatísticos do ATLAS DA VIOLÊNCIA 2018 e 2019, verifica-se ainda de forma exacerbada a ineficácia da qualificadora quando confrontamos com o aumento das vítimas negras, visto que de acordo com o documento a classificação do delito está a quem da realidade, podendo configurar descaso ou falta de treinamento para análise das denúncias por parte dos agentes da lei. Em face disto, o estudo da vitimologia poderá auxiliar no desenvolvimento de parâmetros de condutas para prestar apoio adequado as vítimas e assim obter melhores índices de controle da violência contra a mulher negra.

5 VITIMOLOGIA – SUA EMPREGABILIDADE NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PRETA

Como constatamos nos dados apresentados sobre o crescimento de vítimas de violência contra a mulher no país e em sua maioria mulheres negras, adotaremos o estudo da Vitimologia na criminologia para tentarmos vislumbrar através do olhar da vítima, as circunstâncias que

propiciaram as suas agressões, desenvolver mecanismos de combate e disponibilizar a assistência necessária. Antes de adentrar na aplicabilidade da Vitimologia no direito penal brasileiro, importante trazer o conceito da Vitimologia e a sua diferenciação com a Vitimodogmática.

Vitimodogmática é o ramo do direito penal que estuda a participação da vítima no crime, analisando a sua contribuição para a existência do fato e valorando a incidência do comportamento da vítima para a prática do delito, visando a exclusão da reponsabilidade ou atenuação da pena aplicada. (Xavier Cordeiro, 2018, p. 28).

(Silva Sánchez, 2001, p. 168), estabelece duas correntes vitimodogmáticas, a primeira, identificada como majoritária, considera o comportamento da vítima na determinação da pena ao autor e a segunda, minoritária radical, analisa o comportamento da vítima como fundamento, para eventual isenção da responsabilidade do autor. Schunemann, Bernd é o precursor da segunda corrente e defende a exclusão do âmbito da penalização os comportamentos aos quais a vítima se afasta da necessidade de proteção, correlacionando a vitimologia e o direito penal para excluir da tutela penal a vítima que não necessita nem merece tal proteção.

Apesar da vitimodogmática ter íntima ligação com a vitimologia, visto que se apropria e utiliza parte de alguns resultados dos estudos da vitimologia, estas são diferentes no campo das ciências criminais.

A vitimodogmática projeta seus esforços na teoria do delito, quais sejam, o consentimento e acordo em Direito Penal, autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo.

A vitimologia centra seu foco nas pesquisas de vitimização, na assistência moral, jurídica e financeira das vítimas, bem como sobre certo aspecto contribuindo para a desvitimização oriunda das instâncias do controle social, conforme veremos a seguir.

Para análise da Vitimologia quanto a sua construção e com base no texto de Marcos Antonio Duarte Silva e Raquel Souza Mognol (2018, p. 4), segue o significado do termo: “O termo “vitimologia” é oriundo do latim “victima” + “ae” e da raiz grega “logo”, que pode ser interpretado como o “estudo das vítimas”. Termo cujo primeiro estudioso a usar foi o israelense Benjamin Mendelsohn.”

Conforme as palavras de Valter Fernandes e Newton Fernandes, Vítimas são pessoas que sofreram danos, individual ou coletivamente, sejam de cunho físico ou emocional, econômico ou impossibilidade de usufruir de seus direitos fundamentais, através de ações ou omissões que constituem fatos típicos, até mesmo as que se referem a abuso de poder. (2002, pg. 460).

“Em síntese, a vitimologia busca o posicionamento biopsicossocial da vítima diante do drama

criminal, fazendo-a inclusive sob os ângulos do Direito Penal, da Psicologia e da Psiquiatria. (FERNANDES; FERNANDES, 2010).” (2019, p. 5)

No contexto da vitimologia, estaremos estudando os pioneiros Hans Von Henting e Benjamin Mendelsohn, bem como as classificações da figura da vítima e seus variados conceitos, a fim de demonstrar a importância do estudo atrelado ao tema e as benéficas para o tratamento das vítimas pelas autoridades competentes, tanto na aplicação da lei quanto no combate efetivo do crime.

Benjamin Mendelsohn define a vitimologia como ‘a ciência sobre as vítimas e a vitimicidade’, afirmando que deve considerar-se tanto a vítima como fatores endógenos, e que o conceito de vitimicidade é muito mais geral que o de criminalidade, utilizando o termo de ‘vitimologia geral’ (*apud* NOGUEIRA, 2006, pg. 28-29)

Há inúmeras classificações tipológicas das vítimas que visam esclarecer o papel destas, por:

A Binyamin Mendelsohn (*Apud* Neuman, 1994, p. 251 e ss.) que as divide em: vítima completamente inocente ou vítima ideal, vítima de culpabilidade menor ou vítima por ignorância, vítima tão culpável como o infrator ou vítima voluntária, vítima mais culpável que o infrator a qual se divide em vítima provocadora e vítima por imprudência, vítima mais culpável ou unicamente culpável, sub-categorizada em vítima simuladora e vítima imaginária.

Tendo em vista a aplicação de pena, pode-se falar em três grupos: vítimas inocentes as quais não têm participação alguma no delito; vítimas colaboradoras da ação que as lesionaram e as vítimas imaginárias, simuladoras que cometem por si a ação nociva, o que pressupõe que ao não culpado deve ser excluída toda pena.

Outra destacada tipologia é a de Hans Von Henting que estabelece pelo menos onze categorias de vítimas divididas em classes gerais: jovens, mulheres, velhos, doentes mentais, imigrantes, e, os tipos psicológicos: deprimidos, ambiciosos, tarados, provocadores, solitários e os agressivos. Bem como situações da vítima, trazendo os aspectos individuais que traçará perfis por tipo e grupo ao qual estiver classificada. (Cárdenas, 2011, p. 39 e 40).

Cárdenas, Álvaro em seu artigo Vitimologia como um estudo. Redescoberta de vítimas para o processo penal, afirma que a tipologia não é apenas um ordenamento dos acontecimentos, pois serve como orientador das pesquisas, permitindo a melhor compreensão do papel desempenhado pela vítima no fenômeno da vitimização. (2011, p. 37).

Para Cárdenas os avanços da vitimologia como ciência sendo utilizada nas ações penais,

valida a vítima como sujeito do processo deixando de ser tratada como mero interveniente o que limitava sua participação no processo. (2011, p. 41).

No artigo O presente e o futuro da Vitimologia, Wael Hikal aborda sobre a existência de diversos tipos de vitimologias, onde algumas ainda não são reconhecidas, tais quais vitimologias clínicas, criminológicas, médicas, de direitos humanos, penitenciárias e forenses (Sánchez Rodríguez e García Mercader, 2010), entre muitas outras, incluindo uma filosofia vitimológica. (Hikal, p. 4).

Hikal defende que as pessoas a depender da situação ao qual foi submetida podem sofrer diversos tipos de danos que podem inclusive reverberar nos seus familiares, neste caso todos devem ser submetidos a reabilitação.

O estudo clínico, tratamento e reabilitação realizado por especialistas, daqueles que sofrem de comportamento anti-social, não se refere apenas ao sujeito passivo do crime, mas a todos os que são afetados por ele, como familiares, incluindo também vítimas de um acidente, às vítimas de discriminação, poluição, abuso de poder, vítimas de acidentes de trabalho, vítimas de desastres naturais, entre outros. (Hikal, 2009, p. 74).

Hikal faz a correlação da doença como vitimador e os pacientes como vítimas e a ciência estuda os pacientes para entender melhor a doença e o combate, “da mesma forma, a Criminologia deve oferecer dados sobre o agressor e sua gama de comportamentos”. Neste intuito, a vitimologia será preponderante para o levantamento de dados fornecidos pelas vítimas para reconstrução dos fatos que irá subsidiar a reconstrução dos danos causados pelo crime à vítima. (Hikal, p. 9).

Hikal defende o estudo da vítima pela importância de conhecer o relacionamento contraído entre vítima e infrator como forma de traçar um mapa da maneira como opera e seu tipo de vítima, deste modo tem-se como compor um catálogo de vítimas com os tipos de crimes e perfil do criminoso para cada tipo de vítima. Com essas informações amplamente catalogadas será possível construir planos de prevenção para eventos futuros. Não será possível alcançar quem já sofreu um fato, contudo será possível desenvolver medidas de evitar a reincidência, bem como processos para proteção e amparo pelo estado, formas de reabilitação social e psicológica das vítimas estudadas. (Hikal, p. 10 e 11).

Neste sentido, verificamos que a partir do estudo da Vitimologia, bem como a sua implementação com abrangência e seriedade, o Estado poderá avançar quanto a redução de vítimas de violência contra a mulher preta, objeto do nosso estudo, visto que será possível analisar todas as nuances que compreendem as relações das vítimas pretas e seus agressores dentro da ótica de vivência da vítima e não como uma **generalização das experiências, sem levar em conta aspectos**

pessoais das vítimas negras que claramente através dos dados coletados não está alcançando estas vítimas, como fortemente questionado pelo feminismo negro.

Estamos diante de uma ciência que analisa a individualidade de cada vítima, que tem por finalidade traçar perfis desde o contato com o agressor, o seu relacionamento, as variantes que mantém a vítima ligada ao agressor, a permanência após agressões menos danosas, e a partir daí criar classificações catalogadas para analisar cada perfil tanto do agressor quanto da vítima, criando mecanismos de combate a violência, através tanto dos agentes de segurança quanto da publicidade dos dados alcançados para vítimas em potencial, que podem estar sofrendo experiências similares e poderão buscar a ajuda efetiva do Estado que a partir dos dados coletados também estará preparado para implementar políticas desenvolvidas para proteção destas.

A violência contra a mulher preta tem aumentado consideravelmente e o combate bem como a prevenção é um direito constitucional pela preservação da vida destas, que poderá ser alcançado através da implementação da vitimologia através dos analistas criminais assim chamado por Goldstein. Hikal considera a prevenção uma ferramenta básica para reduzir o crime, a violência e a insegurança, três aspectos que vem assombrando consideravelmente as mulheres pretas que claramente não estão sendo salve guardadas pelas políticas públicas atuais e as ações dos agentes de segurança que conforme o atlas da violência não estão aptos para análise dos fatos e o enquadramento da lei nos casos de feminicídio. Fato que tem ajudado a aumentar a sensação de impunidade pela vítima e incentivar os atos de violência pelos infratores.

É certo que enquanto o Estado não admitir a real necessidade de implementação de políticas públicas preventivas e repressivas que venham surtir efeito nos casos de violência contra a mulher preta, bem como a implantação da vitimologia como ciência exploratória das particularidades da vítima, trazendo aspectos antes não suscitados e abordados, não vislumbraremos redução significativas nos crimes em questão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos desta pesquisa eram demonstrar a invisibilidade de mulher preta nos casos de violência contra a mulher através do aumento considerável de vítimas pretas em relação a vítimas brancas com base nos registros oficiais do Atlas da violência; a falta de preparo do Estado e dos agentes de segurança para este cenário e a importância da implementação da Vitimologia nas

políticas criminais como aliado no combate e prevenção destes crimes.

As pesquisas apresentadas corroboram com o que foi suscitado inicialmente, validando a insegurança da mulher preta frente as dificuldades vividas e a falta de políticas sociais capazes de amparar suas questões pessoais o que as deixam tão mais vulneráveis. Além da importância do feminismo negro para transcendência da discussão acerca das particularidades sociais e psicológicas as quais as mulheres negras vivenciam e estão inseridas. Bem como, a importância e avanços da Vitimologia no que tange possibilitar que a vítima se sinta parte do processo para reivindicar o seu direito de reparação e ver seu agressor devidamente julgado.

Diante do estudo apresentando é certo afirmar que a invisibilidade da mulher preta na sociedade é estrutural e perpassa pela falta de oportunidades no mercado de trabalho e espaços nos cargos de poder, reverberando no crescimento da violência doméstica. Estes e outros aspectos são de suma relevância na discussão de elaboração de políticas públicas de proteção a mulher preta, no combate e repressão da violência a vítima preta, pois a atenção à vítima, que foi esquecida no sistema criminal será restaurado com o empregabilidade da Vitimologia.

Concluo que a Vitimologia será o grande aliado para as questões que vem assombrando as mulheres pretas, pois possibilitará que tenhamos um entendimento abrangente do agressor e os diversos fatores que contribuem para que a mulher preta dentro de uma sociedade, machista, sexista e racista deixe de ser o alvo em potencial, além de valorar a vida da mulher preta imbuída numa sociedade que ainda nos tempos atuais estão invisíveis aos olhos do Estado, sem amparo devido pelos agentes da segurança despreparados e reprodutores de um sistema estrutural moldado para contrapor os males sofridos pelas mulheres pretas.

Este projeto é um alerta para a importância dos movimentos sociais, em especial o feminismo negro, sobre a necessidade da permanência na luta contra as injustiças e descaso das necessidades particularizadas ao povo negro, e em especial as mulheres pretas, que apesar de serem o pilar das comunidades e em grande maioria o pilar de suas famílias, são menosprezadas, desvalorizadas e invisíveis aos olhos do Sistema, as tornando a maior vítima de violência. Não obstante, o medo por não haver uma rede de amparo e subsistência dela e de seus familiares permanecem no ciclo vicioso da violência até terem suas vidas ceifadas e se tornarem apenas estatísticas. Precisamos urgentemente de uma reestruturação social e comportamental, bem como políticas públicas que visem abarcar as mulheres pretas vítimas diárias de violência, pois vidas negras importam! **A Vidas das mulheres negras importam ainda mais!**

REFERÊNCIAS

AFREKA. **O feminismo negro no brasil: um papo com Djamila Ribeiro por kauê vieira.** Disponível em: <<http://www.afreaka.com.br/notas/o-feminismo-negro-brasil-um-papo-com-djamila-ribeiro/>> Acesso em 07/11/2019.

BAIROS, Luiza. **Nossos Feminismos Revisitados.** Ano 3, 2º Semestre 95.

D'ARBO ALVES DE FREITAS, Marisa Helena e GALVÃO JR, Roberto Faleiros (orgs). **Estudos Contemporâneos de Vitomologia.** São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2011.

DOSSIÊ FEMINICÍDIO. **O que é Femicídio.** Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>> Acesso em 19/11/2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** 26ªed. Rio Janeiro, 2008.

HIKAL, Wael. **Artigo El Presente Y Futuro De La Victimología: Ciência, Filosofia Y Prevención.** Derecho y Cambio Social. Página: www.waelhikal.es.tl.

IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2018'** Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf> Acesso em 05/02/2019.

IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2019'** Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf> Acesso em 05/11/2019.

JUS BRASIL LEGISLAÇÃO. **Lei Maria da Penha - Lei 11340/06 | Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006,** Presidência da Republica Publicado por Presidencia da República. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/95552/lei-maria-da-penha-lei-11340-06?print=true>> Acesso em 26/04/2018

MAGALHÃES DA SILVA, Monica Antonieta. **Artigo Vitimologia: Percepções Vitimodogmáticas Acerca Da Conduta Imputável Da Vítima.** Acesso em 16/11/2019.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Alvaro E Ph. **D. La Victimología Como Estudio. Redescubrimiento De La Víctima Para El Proceso Penal.** Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 27 - Enero - Junio 2011 - ISSN 0121-182X

MOULIN DE SOUZA, Eloisio. **Um diálogo entre Foucault e o Marxismo: Caminhos e Descaminhos.** Revista Aulas. ISSN 1981-1225. 2007

MUNANGA, Prof. Dr. Kabengele (USP). **Uma Abordagem Conceitual Das Noções De Raça, Racismo, Identidade e Etnia.** Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação-PENESB-RJ, 05/11/03.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** 1º ed. São Paulo, 2018.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** Feminismos Plurais. Belo Horizonte (MG), 2017.

SALATIEL, José Renato. **Filosofia pós-moderna - Michel Foucault - A genealogia dos micropoderes.** Especial para a Página 3 Pedagogia & Comunicação - Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-pos-moderna---michel-foucault-a-genealogia-dos-micropoderes.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em 26/07/2019.

SILVA, Marcos Antonio Duarte. MOGNOL, Raquel Souza. **Vitimologia: uma análise conceitual da vítima na sociedade.** Site Portal Boletim Jurídico - ISSN 1807-9008 - Brasil, 18 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/13/direito-penal>> Acesso em 18/03/2019.

SEXUALIDADE E GÊNERO: LEGALIDADE DAS ADOÇÕES POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Willian dos Santos Lisboa

Resumo

O presente trabalho tenciona verificar os processos de adoção por casais homoafetivos. Uma vez que a violência, a discriminação e as práticas homofóbicas estão presentes na sociedade brasileira. As instituições sociais como a escola, as universidades, as ONGS e até mesmo o próprio Estado, precisam desenvolver ações que visem combater esses tipos de contratempos. Nesse sentido é necessário pensar que, ao longo da história as questões relacionadas à sexualidade e gênero sofriam e sofrem até hoje mudanças frequentes.

Para tanto, viajaremos no mundo jurídico e filosófico e explicaremos a legalidade na adoção por casais homoafetivos.

Palavras Chaves: Adoção; Gênero e sexualidade; Relações Homoafetivas.

SEXUALITY AND GENDER: LEGALITY OF ADOPTIONS BY HOMOAFECTIVE COUPLES.

Abstract

This work intends to verify the adoption processes by same-sex couples. As violence, discrimination, homophobic practices are present in Brazilian society, social institutions like: colleges, universities, NGOs and even the State itself need to develop actions aimed at combating these types of situations. In this sense, it is necessary to think that throughout history, issues that were related to sexuality and gender have undergone and still suffer frequent changes.

Finally, we will travel in the legal and philosophical world and explain the legality of adoption by same-sex couples.

Key words: Adoption; Gender and sexuality; Homoaffective Relationships.

1 INTRODUÇÃO

Fruto de intensas pesquisas, o trabalho irá tratar sobre as possíveis reflexões sobre gênero e sexualidade nas adoções por casais homoafetivos, pautando também na evolução da família do código de 1916 para o de 2002.

Assim, é importantíssimo apresentar as decisões do STF referentes ao tema proposto, que

estão sendo favoráveis ao tema por zelarem pelo bem-estar da criança, tornando-se paradigma a ser seguido. É necessário também dar privilégios aos conceitos e práticas dos verbos amar, zelar, cuidar, dentre outros, pois são essenciais para esse processo que visa realmente o que é melhor para ambas as partes.

E antes de qualquer coisa, para que possamos entender todo esse processo de adoção, todo o significado do que realmente é o afeto e o apreço nesses casos, relata-se a surpreendente redação de um garoto de apenas 11 anos de São Paulo, que encantou a todos (as):

“Uma vez eu morava só com meu pai, e um dia ele morreu e ninguém me quis, daí eu fui morar num orfanato. Passou muito tempo eu conheci dois pais homem que gostaram de mim eles me adotaram e partir desse dia eu me fiquei muito feliz.
Eu amo muito esse dia esse dia nesse dia que conheci eles estou vivendo muito bem, muito feliz com eles, eles me amam e eu amo eles. Nós brincamos nos divertimos, sentimos dor e choramos juntos, e nós três somos felizes e amamos uns aos outros.
Eu ser adotado eu não tenho vergonha e amo muito eles e minha outra família que eu tinha não me amava e eu era triste, mas essa família eu sinto que me ama e eu vou dar muito valor a ela, porque eu amo muito ela. O menino mais feliz do mundo chama João sou eu De João para meus dois pais homem que eu amo muito.”(2016, Fernando)

Tendo em vista o relato da redação de uma criança, podemos perceber a imaturidade que habita na mente e nas atitudes de diversas pessoas. É de extrema urgência que aconteça mudança nos nossos conceitos científicos, éticos, morais, filosóficos e jurídicos sobre determinados temas e situações. Pode-se dizer que tamanha ignorância jamais poderá extinguir a felicidade e o sonho que muitos carregam consigo; no caso do casal homoafetivo, à vontade de poder viver a oportunidade de paternar; e para a criança, à exaltação do sentimento de poder ter uma família, um seio familiar que o apoia, que lhe dê amor, afeto, educação, dentre outras coisas que é essencial para a formação crítica, pessoal e profissional do ser humano.

A problemática deste artigo engloba a formação de um pensamento que será construído durante a leitura do mesmo, e de sua convivência social. Sendo assim, pensamos: Qual retrato você fotografa em sua mente quando o assunto é adoção por casais homoafetivos?

Às vezes, e na maioria das vezes, o pensamento que criamos e ouvimos é exatamente ou parecido com: “ele vai virar gay”, “ele não vai ter futuro”, “vai sofrer preconceito na escola”. Digamos que esses tipos de citações negativas causam impactos, tendo em vista as construções de pensamentos arcaicos em que ainda sofremos influência hoje. E, por isso, digamos que há uma falta de conhecimento e aprofundamento ao tema.

Não podemos viver o sofisma das contradições do qual o discurso se difere da prática. Não podemos dar autoridade ao achismo, “eu acho que isso não deve acontecer por isso”. É vultoso nestes casos, levar em consideração o englobamento da situação e tudo que vai se envolver, o que conseqüentemente, levará a um convívio familiar harmonioso.

Para finalizar as considerações iniciais enalteço que, é essencial para esse tipo de adoção, decidir através de uma base estudada e estruturada, o “fim de um início” que valorizará a dignidade da pessoa humana, sem ter que levar em consideração a opção sexual de ninguém.

2 NOTAS SOBRE GÊNERO E SEXUALIDADE

Pensar o conceito de gênero é necessário entender que as mudanças sociais, econômicas, culturais e históricas influenciam para as mudanças em seu significado. De acordo com a estudiosa Guacira Lopes Louro em seu texto *Uma leitura da História da Educação sob a perspectiva do gênero*:

“Quando falamos em gênero estamos nos referindo a uma construção social e histórica de sujeitos femininos e masculinos, então é imprescindível entender que há diferentes construções de gênero numa mesma sociedade - construções estas que se fazem de acordo com diferentes modelos, ideias, imagens que tem as diferentes classes sociais, raças, religiões etc. sobre o homem e a mulher. Creio que devemos lembrar também que há diferentes construções de gênero numa dada sociedade em contextos históricos diferentes (o que por sua vez supõe dizer que o gênero tem história, que o feminino e o masculino se transformam historicamente e socialmente).” (LOURO, 1992, p.35).

Para a autora quando debatemos sobre as questões de gênero é necessário entender que o seu conceito não é fixo e imutável. Louro enfatiza com suas conceituações que, quando falamos em gênero temos que levar em consideração as mudanças sociais e histórias as quais são submetidos nas diferentes sociedades. Sendo assim, é necessário entender que gênero é uma construção social e histórica que não está ligado aos conceitos arcaicos que, ao longo do tempo foi construído do que é masculino e feminino, mas sim a produção de identidade que existe no interior das relações e das práticas sociais que constituem o masculino e o feminino. É uma categoria que nos permite perceber os processos de controle. De acordo com Louro:

“Gênero, bem como a classe, não é uma categoria pronta e estática. Ainda que sejam de naturezas diferentes e tenham especificidade própria, ambas as categorias partilham das características de serem dinâmicas, de serem construídas e passíveis de transformação. Gênero e classe não são também elementos impostos unilateralmente pela sociedade, mas com referência a ambos supõe-se que os sujeitos sejam ativos e ao mesmo tempo determinados, recebendo e respondendo às determinações e contradições sociais. Daí advém a importância de se entender o fazer-se homem ou mulher como um processo e não como um dado resolvido no nascimento. O masculino e o feminino são construídos através

de prática sociais masculinizantes ou feminizantes, em consonância com as concepções de cada sociedade. Integra essa concepção a idéia de que homens e mulheres constroem-se num processo de relação.” (LOURO 1992, p. 57)

A autora enfatiza que o gênero deve ser estudado procurando sempre estabelecer a relação entre masculino e feminino. A construção da masculinidade e feminilidade não é conceitualmente determinado no nascimento, pois a identidade de gênero é construída ao longo da vida do indivíduo, tendo em vista que as mudanças são múltiplas e que as mesmas não são inatas e não são fixas. Elas são transitórias e não estão imunes as transformações que o tempo, o espaço e a circunstâncias pode trazer. Entretanto é importante entender também que, por muito tempo o conceito de gênero estava ligado diretamente a biologia, ou seja, a construção social e histórica do gênero era produzida a partir de características biológicas associando principalmente ao masculino e ao feminino – de onde se conclui que sob esse conceito havia uma espécie de determinismo biológico, como se essa dimensão fosse o suficiente para agir na constituição das identidades dos indivíduos. Nesse sentido, essa determinação – que também foi fruto de discurso histórico – acabou por colocar sujeitos em espaços ocultos em nossa sociedade, uma vez que por longo período eles se tornaram figuras abjetas e só recentemente puderam sair do anonimato, o que tem provado novas questões para as análises históricas e sociais que passam a perceber como os papéis de diversos atores ficaram invisíveis durante a um bom tempo, o que coloca-os como ativos e visíveis sujeitos que usualmente tem estado escondidos nas análises mais tradicionais, salienta Louro (1992).

Quando se fala em sexualidade é muito comum considerar que o mesmo seja um tabu e que não deve ser tratado, uma vez que a sociedade está organizada na égide da heterossexualidade como sendo a única forma de viver o prazer, extinguindo a sensação de liberdade de uma grande parte da sociedade.

Deste modo Deborah Britzman afirma que:

“Quando chega a ser tratado, o conhecimento de sala de aula sobre sexualidade é dada tipicamente sinônimo de reprodução heterossexual, embora até mesmo esse conhecimento seja banalizado. Além disso, a assim chamada informação técnica sobre reprodução sexual é altamente contestada porque a informação sobre o sexo é vista como a causa de aumento da atividade sexual. Esta teoria dominante da sexualidade pressupõe uma teoria da representação: para dizer de forma simples, os/as estudantes são como réplicas. Quando mais souberem, mais praticarão. Este medo do contágio sustenta os insistentes debates sobre se a escola deve fornecer camisinha ou não e, obviamente, sobre se as representações e práticas das sexualidades gay, lésbica e bi devem ser discutida na sala de aula ou não.” (Britzman, 1996 p.78-79)

A autora nos faz pensar que quando é discutida no âmbito da escola, a sexualidade torna-se sinônimo da reprodução heterossexual, embora seja banalizada pela própria escola essa prática, as metodologias tencionam para a reprodução entre homens e mulheres, as prevenções e cuidados contra a gravidez e DSTs. As práticas referentes aos gays, lésbicas, travestis e transgêneros são silenciadas pela escola e muitas vezes pelos próprios professores/as em seu fazer pedagógico. Deste modo, a escola abona e negligencia as diversas formas de viver e sentir prazer.

Louro (2010, p.11) nos enfatiza que no contexto da escola:

“A sexualidade seria algo “dado” pela natureza, inerente ao ser humano. Tal concepção usualmente se ancora no corpo e na suposição de que todos vivemos nossos corpos, universalmente, da mesma forma. No entanto, podemos entender a sexualidade envolve rituais, linguagens, fantasias, representações, símbolos, convenções. Processos profundamente culturais e plurais.” (Louro, 2010, p.11).

Assim os órgãos educacionais e a cultura forçam um padrão de sexualidade ancorada na visão biológica. Temos que entender a sexualidade na perspectiva dos seus entendimentos múltiplos e ininterruptos. Corpos ganham sentindo com o passar do tempo, e é inevitável não ser atingido pelas mudanças simples, e as vezes radicais que o tempo e o meio no qual estamos inseridos nos impõe.

3 EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA: A LEGITIMAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOSSEXUAL

No código de 1916, a “família legítima” era definida apenas pelo casamento oficial. Só que a partir de Janeiro de 2003, a família passou a ter uma visão mais ampla, com o incremento da união estável ou comunidade de qualquer genitor e descendentes.

Tendo em vista, que o conceito de família foi-se alternando com as transformações sociais e culturais da nossa sociedade, é farto saber que, a união homoafetiva já é legalizada no Brasil - por meios de entendimentos tanto doutrinários, quando por entendimentos de tribunais superiores. Levando-se em conta que ainda não há lei positivada que trate desse assunto, em alguns casos faz-se necessário que se resolva através do processo ético e interpretativo dos textos legais da nossa Constituição Federal de 1988 e as demais leis.

Considerada atualmente como família as relações homoafetivas, dar-se o foco principal ao direito à vida, ao respeito, a igualdade, à liberdade de escolha, que são direitos por obrigação relatados no artigo 5º da Constituição Federal, que nos transmite:

“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.” (BRASIL, 2016;) **grifos**.

Não existe possibilidade de ao mesmo tempo em que garantem liberdade e igualdade, privar das mesmas. É alentado dizer que, ambas precisam ser garantidas na construção de uma sociedade livre de paradigmas prontos e sem preconceitos.

O conceito de família vem sofrendo alterações durante séculos, e com essas mudanças, o judiciário vem decidindo de forma positiva ao tema, senão vejamos a ementa 2 do ADPF/132, do STF, que defende a:

“2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.” (ADPF/132; 2011)

Sendo assim, a citação nos alerta para o artigo 3º, inciso IV, e artigo 5º no seu caput, ambos da Constituição Federal, que nos assegura em sentido amplo o direito à liberdade, a proteção contra qualquer discriminação, e milhares de outras proteções que nossa legislação garante. E qualquer depreciação quanto a adoção por casais homoafetivos e suas escolhas pessoais, colidem com os artigos citados.

4 INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PARA A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DECISÕES DO STF

A legitimação da adoção advinda das relações compostas por pessoas do mesmo sexo tem toda sua construção pautada nos estudos sociais, educacionais, históricos e afetivos. Examinando toda a legislação brasileira, podemos dizer que ela não é clara quando o assunto é o referido, mas levando em consideração a interpretação das doutrinas, leis, artigos, jurisprudências etc, ilumina-se a certeza da “legalização” das adoções por casais homoafetivos, desde que esteja dentro dos trâmites legais e seguindo à ponta o que é assegurado no caput do artigo 227º, da CF, que diz:

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

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”
(BRASIL,2016;) **grifos.**

Diante disto, a falta de algum direito destes preservados, anula qualquer possibilidade de adoção. Seguindo a linha de raciocínio da adoção por casais homoafetivos e sua legalização referente ao artigo supracitado, é concernente ao tema a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou favorável o Recurso Extraordinário 615.261 (608) origem ac – 5299761, senão vejamos:

“Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 615.261(608) ORIGEM: AC - 5299761 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PROCED: PARANÁ .-RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO .-RECTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ PROC(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.-RECDO : ANTONIO LUIZ MARTINS DOS REIS .- RECDO : DAVID IAN HARRAD ADV: GIANNA CARLA ANDREATTA ROSSI.-DECISÃO Prossegue mesma Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RAZÕES - DESCOMPASSO COM O ACÓRDÃO IMPUGNADO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Contra a sentença proferida pelo Juízo, houve a interposição de recurso somente pelos autores. Pleitearam a reforma do decidido a fim de que fosse afastada a limitação imposta quanto ao sexo e à idade das crianças a serem adotadas. A apelação foi provida, declarando-se terem os recorrentes direito a adotarem crianças de ambos os sexos e menores de 10 anos. Eis o teor da emenda contida à folha 257: [...] 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. 2. Há flagrante descompasso entre o que foi decidido pela Corte de origem e as razões do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná. O Tribunal local limitou-se a apreciar a questão relativa à idade e ao sexo das 43 crianças a serem adotadas. No extraordinário, o recorrente aponta violado o artigo 226 da Constituição Federal, alegando a impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, questão não debatida pela Corte de origem. 3. Nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 16 de agosto de 2010. Ministro MARCO AURÉLIO – RELATOR. (ANNA KAROLYNE XAVIER SIQUEIRA DE OLIVEIRA, APUD, BRASIL)”

A decisão do STF engloba toda a construção do presente trabalho, e nos faz planear a real primordialidade de não impossibilitarmos o ser humano de concretizar o que deseja, caso contrário, estaríamos ferindo seu direito à liberdade de escolha, à convivência familiar etc. Sendo assim, o postulado do estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, é a base para a formação de toda a sociedade. Se a base é ferida, toda a formação é prejudicada.

5 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, modificou-se os interesses da adoção. O foco passa a ser a proteção e os direitos inerentes ao adotado, sendo assim, é explanado de forma bem sucinta no artigo 43º do ECA:

“A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. (BRASIL, 2016;)

É importante ter em vista que, não existe lei impeditiva de que um casal homoafetivo possa adotar. Como supracitado no artigo acima, leva-se em consideração as vantagens que o adotado vai obter durante e após todo esse processo adotivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente retrata de forma bem sucinta do artigo 39 ao 52-D as delimitações para que ocorra, de forma legal, o processo de adoção. Dentre algumas obrigações, o adotante precisa cumprir alguns requisitos, como garantir ao adotado a educação, o afeto e outros direitos e deveres. Senão vejamos no artigo 42 em seu parágrafo 2º:

“Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.” (BRASIL, 2016;)

Tendo em vista que a legalização do casamento homoafetivo ocorreu através de uma decisão do STF no ano de 2011 (Brasil, 2011;), conseqüentemente, autorizou-se, à priori, à adoção por casais compostos por pessoas do mesmo sexo, sendo que não existe lei ou similar que proíba.

As decisões proferidas do STF, as legitimações referentes à dignidade da pessoa humana, do direito à vida, à liberdade, à dignidade e dentre tantos outros direitos, nos preconiza que não há discriminação ou preconceitos arcaicos que possam negligenciar ou excluir direitos inerentes aos adotantes e aos adotados, diante das adoções. Fundamentando um pouco mais, o artigo 100º, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente nos relata que:

“Interesse superior da criança e do adolescente: **a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente**, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;” (BRASIL, 2016;) **grifos.**

O Supremo Tribunal Federal está decidindo casos de adoção por casal homoafetivo através do conceito dos artigos mencionados, que levam em consideração o interesse superior da Criança e do Adolescente.

Quando decidimos um/os caso/s através da criação da nossa mente, ou através da influência que o meio social tenta impor, e não levamos em consideração a vontade/disposição que ambas as partes almejam, estamos de certa forma, extinguindo da sociedade o postulado do Estado Democrático de Direito, que é a Dignidade da pessoa humana e atingindo de forma negativa os princípios e valores que é do ser humano por direito.

6 ENTREVISTA

Os dados que aqui serão apresentados foram obtidos a partir da aplicação de uma entrevista com um casal homoafetivo, que com muito amor e afeto, adotaram um antigo morador de rua e também, dois irmãos biológicos que eram explorados ilicitamente pela família. Sendo todas as informações autorizadas pelo casal, é com extrema felicidade e cautela que exponho de forma direta as respostas que a mim foram ditadas:

“Eu, Ivson José Rodrigues e o meu companheiro Carlos Alberto da Silva, temos 12 anos de casados. Ter um filho sempre foi um sonho desde cedo, tanto meu quanto do Carlos. Mas o medo nos fez guardar essa vontade por um bom tempo. A partir de então, decidimos primeiramente nos formar, comprar uma casa através dos nossos esforços, e a partir daí adquirir uma estabilidade financeira para podermos realizar nosso sonho. Com o passar dos anos, nosso sonho parecia a cada dia está mais próximo. E então conhecemos o Carlos Eduardo, o antigo morador de rua que estava morando em um abrigo, ficamos encantados e decidimos adotá-lo. Surpreendidos ficamos com a vara de Jaboatão, nos acolheu de forma brilhante e nos acompanhou em cada passo dessa adoção, que nos final conseguimos ter um resultado favorável. E em Junho de 2013 passamos ao pelo segundo processo de adoção. Retrata-se da vida de dois irmãos que eram obrigados a roubar, a pedir para sustentar a família. E então foram 6 meses, do período que o conhecemos em uma casa de acolhimento até conseguirmos a legitimação da adoção. Até hoje vivemos em extrema harmonia, nunca sofremos nenhum tipo de preconceito, a escola os receberam muito bem, os três nos chamam de pai. A única coisa que tivemos que ensiná-los foi o verdadeiro significado do que é uma família, o que é cuidado, o que é afeto, atenção, o que em via de regra, eles não sabiam e não sentiam. Tudo o que sonhamos, hoje é realidade. E uma realidade incrível, a sensação de ser pai é inexplicável. Podemos dizer com todas as palavras que hoje, sim, somos uma família completa e verdadeira, e que visamos sempre o bem estar e a dignidade.” (Ivson e Carlos, 2017).

Tendo em vista que a adoção tem todo um processo construtivo por trás, esse casal homoafetivo, foi dentre tantos outros, o escolhido para mudar a vida, a rotina, e puderam dar a esperança de um futuro melhor para essas três crianças, as quais não possuíam base de construção pessoal e familiar, além de que, tinham seus direitos negligenciados. E como foi relatado, não sabiam e nem sentiam o que é o amor, afeto, e muito menos o verdadeiro significado do que é a família. Assim sendo, podemos notar que para eles o processo de adoção aconteceu de forma rápida e tranquila. Além disso, é notável também que a adoção ocorreu de forma pacífica, ou seja, a

justiça, neste caso, foi feita.

A adoção, nestes casos, vem satisfatoriamente recebendo incentivos, como bem ilustra Maria Berenice Dias: “A adoção vem sendo incentivada por campanhas, como modalidade de amenizar o grave problema social das crianças abandonadas ou institucionalizadas. A esse apelo só pode responder um dos parceiros. No entanto, mesmo sendo adotada por um, a criança vai ter dois pais ou duas mães.”

E continua esclarecendo que: “A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas torna impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito. Existindo um núcleo familiar, estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, a identificação da união estável do casal torna imperioso o reconhecimento da dupla paternidade. Para assegurar a proteção do filho, os dois pais precisam assumir os encargos do poder familiar.”

Como lembra Zeno Veloso: “O princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito das Famílias é fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor.”

Como já dito anteriormente, tudo gira em torno do bem estar da criança e do adolescente, bem como é buscado atender os interesses dos mesmos.

A 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastou pedido do Ministério Público do Paraná, que tentou impedir um interessado de adotar crianças de até três anos de idade, afirmando que o limite deveria ser de 12 anos, por ser “peculiar a condição do adotante” De acordo com Raul Araújo, Ministro e Relator do caso no STJ:

“Essa tentativa de limitação por parte do Ministério Público paranaense é ilegítima, já que não há previsão legal capaz de delimitar a faixa etária do adotando apenas porque o adotante é homossexual. Para ele, o pretendente deve, “sempre e em qualquer situação”, preencher os requisitos estabelecidos pelo ECA como, por exemplo, a oferta de ambiente familiar adequado.” (Brasil, 2017)

E para enaltecer ainda mais essa decisão da 4ª turma do STJ de Paraná, a ilustre colocação referente a este caso da presidente da comissão de Direito Homoafetivo do Instituto Brasileiro de

Direito de Família, ela afirma ser acertada a decisão do STJ, e continua:

“Esse questionamento, por si só, já é uma discriminação, pois muita gente confunde homossexualidade com abuso sexual de crianças. Portanto, a restrição que tentaram colocar neste processo é preconceituosa. Percebe-se que, neste caso, não existia nem um tipo de restrição, e o requerente estava apto e habilitado a adotar crianças. Sendo assim, é mais uma forma de o STJ quebrar esse preconceito e oportunizar a adoção por famílias que precisam desses menores, levando em conta o direito humano de se ter uma família”.(Brasil, 2017)

O comentário já diz por si. Ainda existe implantado no ser humano contemporâneo um preconceito e uma diferenciação dos interesses reais em processos de adoções por casais homoafetivos. Sendo que é perceptível que nada impede a adoção por casais homoafetivos, haja vista que, o procedimento de adoção analisa as reais condições para que os interesses da criança e do adolescente seja garantido.

7 CONCLUSÃO

Diante o exposto, verificamos a real necessidade da discussão entre a diferenciação e os avanços, no que diz respeito ao conceito de gênero e sexualidade, haja vista, na óptica da contemporaneidade se tratar de significados divergentes.

Analizou-se também a evolução do conceito de família e a sua importância neste debate, tendo em vista que, com esses progressos, tudo foi se adequando a interpretação das leis, e “normatizando”, mesmo que de forma indireta, a adoção por casais homoafetivos.

Vivemos um século conturbado, onde os valores se invertem... onde o ser é consequência do ter. A busca da felicidade de si e de outros, vai muito além de um pensamento crítico, arcaico e preconceituoso que é carregado durante séculos. Deixo a brilhante colocação de Marcelo Rittner em seu livro “Se não for agora, quando será?”, quando ele cita que:

“Mas, sem dúvida, pelo jeito de enfrentar nossos desafios e dificuldades podemos sentir qual é a nossa atitude, qual é a nossa fé e nossa esperança para obter a felicidade buscada, já que viver significa enfrentar os problemas e superar os obstáculos. Uma pessoa feliz não é aquela que está satisfeita com o que já conseguiu na vida. Uma pessoa feliz é, ao contrário, a que enfrenta obstáculos e desafios e tem a coragem e a sabedoria para superá-los; uma pessoa feliz é a que conta suas bênçãos, e não suas dificuldades. Uma pessoa feliz é aquela que, quando tem que enfrentar a escuridão, não a amaldiçoa, mas acende uma vela.” (Rittner, Marcelo, 2013- p.168)

E, finalmente, em respeito às normas jurídicas atualmente vigentes, à dignidade da pessoa humana, e na busca incessante pela felicidade, que se vislumbra a indispensabilidade de normas positivadas em relação a esse tema tão atual e urgente.

REFERÊNCIAS

BRITO, Ayres. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 1319706](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_1319706). Acesso em 22 abril. 2017.

BRITZMAN, Deborah. **O que é esta coisa chamada amor: identidade homossexual, sexualidade e currículo.** Revista Educação e Realidade, Porto Alegre n.º21, p.71-96: janeiro e junho, 1996.

BUENO, Silveira, 1898-1989. Silveira Bueno : **minidicionário da língua portuguesa.** –Ed. Ver. E atual. – São Paulo : FTD, 2001.

DIAS, Maria Berenice. “**A família homoafetiva**”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 6: direito de família** – de acordo com a lei n. 12.874/2013 /Carlos Roberto Gonçalves. – 11. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

FERNANDO, Luiz. “**Redação sem título**”. Disponível em <https://www.facebook.com/fernando.luiz.73113/posts/1873146012711556>. Acesso em 22 jan. 2020.

LOURO, Guacira Lopes. **Uma leitura da História da Educação sob a perspectiva do gênero.** In: Teoria & Educação. Porto Alegre: Pannonica, nº 6, pp. 1992.

LOURO, Guacira Lopes. “**Pedagogia das sexualidades**”. O corpo Educado: pedagogia da sexualidade – 3ª ed. Belo Horizonte: autentica 2010.

OLIVEIRA, Anna Karolyne Xavier Siqueira de; “**ADOÇÃO HOMOAFETIVA - POSSIBILIDADE DO SURGIMENTO DE UMA NOVA FAMÍLIA**”. Disponível em [https://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/TCC/DIR/ADOCÃO%20HOMOAFETIVA%20POSSIBILIDADE%20DO%20SURGIMENTO%20DE%20UMA%20NOVA%20FAMÍLIA.p df](https://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/TCC/DIR/ADOCÃO%20HOMOAFETIVA%20POSSIBILIDADE%20DO%20SURGIMENTO%20DE%20UMA%20NOVA%20FAMÍLIA.pdf). Acesso em 22 jan. 2020.

RITTNER, Marcelo, 1947- **Se não for agora, quando será?** / Marcelo Rittner ; [tradução de Sandra Martha Dolinsky]. –São Paulo : Planeta, 2013.

Sentença disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/708.pdf>, Brasil, 2017. Acesso em 22 abril 2017.

VELOSO, ZENO. “**Direito brasileiro da filiação e paternidade**”. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180.

BEM JURÍDICO PENAL: TRANSCORRÊNCIA HISTÓRICA E ÉTICA ARGUMENTATIVA

Yuri Castro Carneiro

Resumo

O estabelecimento do Direito Penal como ramo subsidiário da estrutura jurídica não é por menor inadequado, porquanto, configura-se no modo mais colérico de reordenação societária quanto a dignidade da pessoa humana, ou seja, a modalidade mais agressiva de correção comportamental e, por conseguinte, sistematização das penas cominadas. Deste modo, realiza-se, através de uma análise temporal sobre as classificações do bem jurídico penal, a sua indexação ao tipo penal, elemento indissociável da própria norma, a fim de detalhar qual papel urge como fundamental a concretização de um Direito Penal justificável racionalmente, reconstruindo imagem de integração entre bem jurídico e Direito Penal.

Palavras-chave: Bem jurídico tipo penal, norma.

CRIMINAL JURIDICAL ASSET: TRANSCURRENCE HISTORY AND ARGUMENTATIVE ETHICS

Abstract

The establishment of Criminal Law as a subsidiary branch of the legal structure is not inappropriate, since it is configured in the most choleric mode of social re-organization regarding the dignity of man, that is, the most aggressive modality of behavioral correction and systematization of penalties. In this way, through a temporal analysis on the classifications of the criminal legal good, its indexation to the criminal type is carried out, in order to detail which role urges as fundamental the concretization of a Criminal Law justified rationally, reconstructing the image of integration between legal and criminal law.

Keyword: Legal asset, criminal type, norm.

1 INTRODUÇÃO

No que concerne aos aspectos estruturais do sistema normativo que se deseje detalhar a fim de justifica-lo numa devida medida de racionalidade e logicidade, considera-se importante à conceituação do que seja o Bem Jurídico Penal com o intuito de, integrando-o na estrutura do tipo penal, tornar legítimo o quadro normativo que o contém e anexar ao código legal em comento a

legalidade necessária para a manutenção de um sistema penal compatível com as noções de dignidade da pessoa humana, através de uma justificativa dogmática pertinente.

Desta forma, apesar de não ser uníssona na doutrina a definição do que seja o referido termo, ao partirem da mesma ideia, em síntese da concepção de “elemento identificador das condutas criminosas”, ou seja, a centralidade do que seria uma conduta penalmente relevante, podemos identificar em distintas ramificações da academia conceitos que são relevantes a nível de estudo e debate da estrutura do tipo penal e da proteção dos indivíduos que são submetidos a organização comportamental que pretende elucidar aquele tipo.

Em definição sucinta, porém esclarecedora de Nelson Hungria (Apud Coelho, 2003, p. 126.) quando trata o bem jurídico como item que “incide sob a proteção do direito in genere”, a conceituação do referido autor é prática e adequada ao entendimento do termo na sua assunção fática como limitador da extensão da norma, sob quem se deve punir mediante qual comportamento a partir da violação de qual item, sendo este item o bem jurídico definido no tipo, objetiva ou subjetivamente, portanto, é o bem jurídico para Nelson Hungria, a substancia digna de proteção no interior da norma.

Destarte, sem deixar de lado outros doutrinadores, podemos elencar aqui o entendimento de Juarez Tavares quanto ao que o mesmo entende como Bem Jurídico Penal em consonância com a explanação feita acerca do conceito anteriormente referido, de “fundamento da incriminação” (TAVARES, JUAREZ. Teoria do injusto penal. Op. cit., p. 181.). Ademais, de acordo com Cezar Roberto Bittencourt (2000), citado por Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 129), o bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo direito, constitucionalmente assegurado, rechaçando-se os postulados funcionalistas de proteção de um determinado status quo. Já Cláudio Brandão (2001), ainda conforme cita Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 129), bem jurídico deve ser definido, pois, como o valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade. Por fim, se é que se pode pontuar deste modo, há a seguinte definição, mais completa e que atribui características novas que serão abordadas:

Bem jurídico penal é um valor tutelado pelo direito penal, que possui seu substrato na Constituição, ancorado na realidade social, sendo o elemento material da estrutura do delito e que tenha a capacidade de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor fundamental para a convivência pacífica em sociedade. (COELHO, 2003, p. 130).

1.1 Funções do bem jurídico

Já definido e bem traçada a conceituação do termo, é de plena razoabilidade determinar que cada item materialmente definido e integrado na estrutura do tipo penal, está e deve estar ali com uma finalidade bem definida de acordo com a vontade do indivíduo criador do respectivo item normativo, com suas adequações e recortes feitos com o intuito único e exclusivo de adaptar melhor a lei penal às suas diversas finalidades.

Desta forma, o bem jurídico se propõe a introduzir um elemento na estrutura normativa, esta que tem como intuito, além de atribuir punições diversas como consequência da violação do aparato estatal, prevenir os seus subordinados contra as condutas manifestamente ilegais que podem ser exercidas por qualquer agente (a inimputabilidade não torna o exercício impossível).

É necessário também pressupor que este não pode ser neutro, pois, seria deveras irrelevante adicionar um elemento neutro, ou seja, que não cumpre com os objetivos previstos no seio da regulação comportamental sobre a qual tratamos, por não se prestar ao papel de auxiliar na punição e/ou na prevenção dos atos que se encontram na esfera da possibilidade de realização por parte da esfera populacional em tela.

Destarte, menciona-se que, qualquer bem jurídico introduzido no âmbito da legislação penal, por tratar de elemento central do tipo o qual já identificamos seus diversos conceitos, pode destacar que este é e deve ser como critério existencial lógico, imbuído de valor, valor este que se demonstra a partir da adequação da conduta X como criminosa, como violadora de parâmetros sociais adequados de atuação no que tange ao respeito do ser como equivalente existencial e dono dos mesmos direitos que o ente delinquente, isto é, algo negativo perante a sociedade.

Portanto, se existe no bem jurídico valor capaz de categorizar as ações e omissões como posturas que não devem ser valoradas positivamente em toda organização social, há funções que são próprias deste componente e podem ser classificadas, segundo Coelho (2003) em função limitadora da possibilidade de punir estatal, na função sistemática e na dogmática.

Função de limitação do Jus Puniendi Estatal: Em suma, o legislador não poderá criminalizar uma conduta que não venha a ferir bem jurídico penalmente protegido, pois caso contrário cairá em violação crassa do princípio da legalidade, tendo como intuito subordinar o legislador não à mera vontade da estrutura estatal que subordine qualquer conduta como delinquente a bel prazer, mas delimitar a área em que seja factível o estabelecimento razoável dos que seriam os movimentos

criminosos, na tentativa de fugir de qualquer possibilidade de transformação do que seria uma sociedade com leis eticamente justificáveis para um Estado autoritário.

Função sistemática: Esta consiste numa adequação organizacional para melhor entendimento do próprio código, valoração do legislador e do hermeneuta, além da possibilidade conveniente de interpretação diante da instituição da relação bem jurídico x conduta criminosa conforme critérios de similitude e proporcionalidade adequados, e conforme Luiz Regis Prado (1997), citado por Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 132.), auxilia “como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do código penal”.

Função dogmática: O bem jurídico, ao determinar e delimitar o alcance da norma penal serve como critério interpretativo de indexação do fato supostamente típico ao texto previsto no código, ou seja, é objeto fundamental para ponderação do magistrado e do hermeneuta quanto a linha tênue entre a ação típica e o comportamento legal, devendo ser inclusive, centro da análise entre os elementos objetivos e subjetivos que fazem parte da conduta que viola o ordenamento jurídico respectivo.

2 TEORIAS DE FORMULAÇÃO DO BEM JURÍDICO

Tratado o bem jurídico na medida das suas definições e funções conforme a doutrina, é imperiosa a discussão sobre quais seriam os bens jurídicos penalmente relevantes a ponto de serem tutelados ou a partir de que noções dogmáticas far-se-ia a distinção necessária para a concretização de um Direito Penal baseado na tutela de bens jurídicos, quais critérios seriam necessários para tanto. Visto que este questionamento é o mais central no que corresponde ao tema, abordaremos uma síntese histórica com as principais correntes que se prestam a abordar o conceito de bem jurídico, atravessando o pensamento iluminista, e membros da academia como Feuerbach, Birnbaum, Binding, Von Liszt e os Neokantianos.

2.2 Iluministas

Há neste momento histórico, talvez a relação mais simplória entre o direito penal e a tutela dos indivíduos que devem ser abordados a nível de proteção justa e eficiente por parte do Estado. Como é sabido, a transição do absolutismo Europeu, este que é marcado por uma organização coercitiva fundamentada na moral religiosa e que, conseqüentemente pautava as infrações penais em valores teológicos além da concentração de poderes nas mãos do chefe de estado, para o Estado

liberal, racionalista, que detém o crédito histórico pela exposição da doutrina defensora dos direitos inatos, subjetivos, dos indivíduos ao mundo, e da conseqüente transformação do direito cunhado na moral religiosa para um direito privatista e metafísico, pode ser mais bem entendida se colocado no presente plano as noções de bens jurídicos compreendidas no referido momento histórico.

Se for salutar destacar que existem direitos distintos entre as épocas supracitadas, de importância ainda maior é dar o devido destaque aos pontos capitais das teorias desenvolvidas durante o período iluminista no que toca a proteção de bens jurídicos. Já que, no período governamental progresso estavam todos os indivíduos submissos a vontade do monarca, pois, este era o representante da vontade divina na terra, exige-se pela população o conserto deste nítido problema que põem em xeque qualquer possibilidade de seres humanos conviverem por quantidade razoável de tempo em condições de paz mínimas.

A mutação da forma de governo autocrática permeia a formação do Estado moderno, e desta forma, são intrínsecas ao processo de construção deste, algumas características elementares propostas pelos intelectuais e acadêmicos da época tanto em nível de validação desta nova modalidade de governo, quanto de objetivos dessa instituição claramente dissonante da anterior.

Precisamente, o Estado necessitava de limitações, visto que era e é injustificável, o uso desgarrado de legitimação, e inadequado para proteção e punição dos entes que fazem parte de sua estrutura realizada por este ser inanimado, porém representado por autoridades tão deslegitimadas quanto, isto posto, a limitação do poder de punir estatal era objetivo essencial da transição histórica citada.

Outrossim, para que se demarque a margem de atuação do Estado, este deve ser delineado pelos indivíduos que serão regidos de forma clara e uníssona, para tal, outro ponto elementar é a justificativa estatal dos contratualistas, com ênfase necessária a John Locke, que, assim como Thomas Hobbes e Jacques Rousseau, identificam na teoria do contrato social a justificativa adequada e válida, de modo atemporal para qualquer indivíduo dentro da jurisdição que se pretende atuar aquele ente.

Deste ponto partimos para o que será de maior importância neste trabalho científico, se justificado o Estado através do contrato social, e discernida sua função primordial, a limitação do direito de punir do Estado, questiona-se, através do quê?

Através de bens jurídicos descritos de modo que os homens não possam simplesmente removê-los ou argumentar contra sua existência única e exclusivamente pelo comum prazer de

fazê-lo, utilizando, portanto, dos direitos naturais deduzidos da existência humana como a liberdade, e a (auto) propriedade, desta forma, a nova estrutura conceitual e material do delito estaria estratificada na violação destes direitos inatos, pré-jurídicos, que seriam os únicos razoavelmente legítimos e merecedores de anteparo jurídico, pois, se transgredidos, violariam o próprio contrato social.

2.2 Birnbaum

Este é tido por boa parte da doutrina como patrono da concepção do termo bem jurídico, e faz em seu processo de edificação da significação da palavra críticas veementes a Feuerbach (autor que será tratado posteriormente para fins didáticos), já que, Birnbaum “buscou a construção de uma nova concepção de crime, pautada na lesão de um bem jurídico, e não de um direito subjetivo” (COELHO, 2003, p.39).

Assim, Birnbaum deixa de lado as compreensões impalpáveis trazidas à tona pela proteção dos direitos subjetivos e tenta nos colocar diante da existência de um mundo com particularidades reais distintas das que podem ser abordadas por noções extra perceptíveis, culminando na proteção de bens jurídicos reais do ponto de vista da percepção sensível, sendo exatamente por isso, pela capacidade de percepção do legislador, que este deve ser responsável por reconhecer os bens jurídicos advindos da realidade dos fatos vividos e do contexto sócio-econômico-cultural convividos pelos agentes em comento, podendo o delito violar outros interesses que não apenas os individuais, pois, se exposto o legislador a realidade sociais específicas, pode ser objeto de tutela de um direito penal que transcende a uma característica exclusivamente privatista, a proteção, inclusive, de valores morais e religiosos.

Birnbaum, portanto, apesar das raízes iluministas e do ponto de tangencia com Feuerbach, mesmo com as duras críticas proferidas contra este, demonstra quem sabe, uma tendência e certa concretização de ruptura sob a égide do que pode ser violentado a níveis individuais, coletivos e difusos, mediante a ressignificação do termo bem jurídico, com um misto de importância a determinado materialismo atrelado a destinações sociais organizadas sistematicamente com o intuito de cuidar de interesses que negam a pura individualidade dos sujeitos na medida das relações interpessoais e da notoriedade do resguardo desses interesses socialmente relevantes.

2.3 Binding

Este, urge na construção jurídica do elemento integrante do tipo penal com a finalidade de afastar das questões penais suas justificativas pré positivas, transcendentais, para assim, idealizar a norma e a manifestação estatal como, conforme Manuel Da Costa Andrade (1990), citado por Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 43), é a “única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico”, indicando a superioridade formal e moral do Estado, além de uma tendência a falta de possibilidade de limitação de punir do direito positivista, se seguido *ipsi literis* sua definição.

Tendo em vista a elucidação realizada, conclui-se o total repúdio quanto a existência de possíveis bens jurídicos que não foram criados pelos homens, apenas reconhecidos e validados, possibilitando neste recorte histórico, a partir do dirigismo estatal, criar direitos e deveres que devem de acordo com o legislador que esteja responsável por tal atividade, ser, a partir daquele momento, os únicos necessários a uma interação adequada no âmbito da interpessoalidade, criação que é consequência direta dos fundamentos comportamentais dos indivíduos, suas influências direta e/ou indiretas, os mecanismos de controle que são exercidos esmagadoramente sobre eles, e, o quanto o fluxo variável de economia-cultura pode teoricamente tornar necessária a intervenção na ação humana (tratada como uma variável bioquímica) objetivando o amolde desta nas condições desejadas pelo Estado, e conseqüentemente, por sua legislação, ao definir quais bens jurídicos são passíveis de tutela, por conseguinte, seria livre o legislador para considerar qualquer bem jurídico como digno de proteção penal.

Em conformidade com os argumentos supramencionados acerca da desvalorização dos fatores metafísicos de justificação das normas, Binding ainda reitera que, todo e qualquer bem jurídico se refere a comunidade e a proteção dos interesses sociais como tais, pois, não haveria distinção entre bens jurídicos supra-individuais e individuais, desta forma, a comunidade jurídica englobaria todos os seus componentes, impossibilitando a desvinculação do direito entre eles, desta forma, todo e qualquer direito e, portanto, bem jurídico, era não somente um bem jurídico individual, quanto coletivo na mesma proporção já que, só tem razão de ser em função da coletividade.

2.4 Neokantianos

Apesar de ter como contraste nítido com o positivismo jurídico, o provimento de valor dentro do seu sistema organizacional, não está tão distante assim a nível de fundamentação da noção de bem jurídico anteriormente citada. Contudo, como houvera sido dito, os neokantianos

consideram a existência de valores como direcionadores para que a norma seja erguida, não valores individuais, mas culturais, pois os valores determinariam o andamento da vida humana, influenciando na vida societária e sendo reafirmada na medida em que é influenciada reciprocamente, pois, se existe um valor que é cultural, a cultura apenas se expõe a partir da prática reiterada de ações e costumes ao longo do tempo com a espontaneidade necessária para que se mantenha apesar das circunstâncias, dessa forma, o bem jurídico aludido por estes acadêmicos, estaria representado na própria finalidade da norma, enquanto simultaneamente seria o elemento central do complexo cultural do qual surge o direito enquanto tipo penal.

Da mesma forma que o bem jurídico positivista, e aqui inclusive uma das semelhanças entre as respectivas correntes de pensamento, a valoração cultural não resulta num limite a possibilidade de punir estatal, pois, não há perspectiva de determinar a natureza material do bem jurídico, e muito menos, da emissão de juízos de valor analíticos sobre o binômio positivo-negativo da respectiva cultura e do comportamento e/ou bem jurídico protegido a partir desta, tornando esta uma justificativa absurdamente vaga.

3 ÉTICA ARGUMENTATIVA

Inicialmente, partiremos da conclusão para que se torne clara a linha de pensamento aqui firmada, a ética argumentativa seria uma tese de Hans Herman Hoppe, autor da Escola Austríaca de Economia, e sua conclusão é que a ética libertária seria a única lei válida e aplicável a todos os indivíduos a qualquer tempo, pois, quaisquer outras éticas ao contrário desta, se utilizadas, cairiam em contradição performática. Pontos principais para o entendimento razoável desta corrente de pensamento é a definição de contradição performática e do que seria a ação humana, portanto, façamo-las.

Uma contradição performática (performativa), instituto desenvolvido por Jurgen Habermas e utilizado como fundamento teórico na tese de Hoppe, consiste numa contradição entre o que é dito/escrito, e o que é intrínseco a pessoa ou a própria argumentação no ato da fala/escrita, é um comportamento contraditório e resulta numa contradição existencial, uma possibilidade do “não ser”, “ser”, ou seja, de um “NÃO A” equivaler a um “A” (HOPPE, 2013). As pressuposições de quem realiza a argumentação tem de contradizer o enunciado asserido, como se qualquer indivíduo pudesse argumentar que não existe, quando o ato-fato de argumentar recai logicamente na existência deste (HABERMAS, 1989).

Ademais, é indeclinável demonstrar o restante do alicerce da teoria hoppeana, a teoria da ação, esta que será demonstrada a partir da assunção de um argumento como verdadeiro, a utilização de uma premissa maior que inicialmente se concluirá verdadeira, para que no decorrer do texto, teste-se a veracidade desta afirmação que, neste caso, seria a afirmação de que SERES HUMANOS NÃO AGEM. Supondo que este seja o ponto central de uma argumentação, deduz-se que alguém a fez, caso seja possível afirmar que seres humanos não agem, essa constatação implica a sua realização por alguém, um indivíduo, objeto central da análise em comento, tendo em vista que, ideias e sua consequente exposição não se realizam sozinhas, toda emissão de pensamentos e juízos feitos deve ser praticada por alguém, por que se não o fosse, impossível seria a sua existência, que pressupõem a do homem que a exteriorizou.

Ora pois, se pudera, numa conclusão semelhante à de Descartes, influir que a existência do homem existe a priori nessa argumentação, continuar-se-á nesta linha de raciocínio. Sendo a ação definida como a manifestação da vontade humana, esta implica a existência de uma ESCOLHA, feita ao agir, pois é consequência da própria manifestação de vontade, já que apenas podemos manifestar nossa vontade sobre algo ou algum fato, da VALORAÇÃO, já que, ao escolher, preterimos quaisquer outras opções disponíveis para que possamos consumir o desejo pelo objeto não preterido, destarte, as outras duas implicações lógicas, quais sejam o tempo e a escassez, serão mais bem abordadas a frente.

Divago, porém retorno, se um pensamento é exposto por um indivíduo, e deduzimos simploriamente, claro, a sua existência, havemos de concluir um binômio acerca da possibilidade de ação no ato em comento, referente a EXPOR o pensamento (e que assim o fez), ou vice versa, a tentativa de negar a ação humana é clara e evidentemente rechaçada pela possibilidade de escolha do homem quanto a sua conduta futura (no momento que antecede a ação, claro), ademais, reafirmando um dos outros pressupostos de validade do axioma da praxeologia, a valoração, como já foi explicada, houvera sido mais valioso para ele naquele momento, a partir do meio que lhe era facultado, exprimir sua opinião, que não fazê-la, deste modo, podemos observar que qualquer tentativa de negar a ação humana, recairá nos seus pilares de validade e existência, sendo assim, uma contradição performativa, desta forma, conclui-se por obviedade que, todos os seres humanos agem.

Exposta a essência da ética de propriedade, ou de um dos sub-descritivos utilizados para embasa-la, é mister salientar que a sobreposição do método reverso de dedução a partir de uma

argumentação não poderia ter sido escolhido ao acaso; é justamente essa mesma argumentação que será ponto central da teoria de Hans Herman Hoppe, explicarei o motivo(HOPPE, 2013).

Aliadas as particularidades concernentes a ação anteriormente descrita, estão as duas categorias supramencionada que ficaram conclusas a uma melhor descrição e indexação ao nosso ponto central de discussão, o autor responsável pela construção desta teoria nos traz que a origem de todos os conflitos é a escassez, isto é, a negativa da finitude, além disto, que esta atinge todos os recursos(meios utilizados para a consecução de um fim), pois caso os recursos não o fossem, seriam infinitos, e permeariam todo o espaço, impossibilitando a ação(o que já foi minunciosamente impossibilitado).

Posto que todos os fins existissem num universo infinito, o que se demonstra totalmente incoerente, há total inverossimilhança quanto a existência de critérios temporais, pois, para que um recurso seja infinito, é imprescindível que o tempo inexista, já que, a sua presença conclui que os recursos estão submetidos a escassez, dado que caso não fosse desta forma, pressuporia que o universo é imutável e sempre esteve e estará do modo que se encontra, considerando que os recursos sempre estiveram neste universo atemporal e a ele estarão submetidos eternamente, concluindo que, os recursos são escassos.

O corpo, deste modo, é um recurso escasso, recurso, pois é meio utilizado para que obtenhamos o fim desejado, e escasso, pois não pode atingir dois fins ao mesmo tempo, assim, podemos inferir que os conflitos surgem na medida que indivíduos tentam utilizar o mesmo recurso para fins conflitantes, o que apenas pode ocorrer com recursos escassos.

Deste modo, uma ética, classificada como regramento de normas destinadas a dizer o que não se deve fazer, carece apontar quais comportamentos devem ser seguidos para não gerar conflitos, podendo ser aplicada a todos os seres humanos a todo tempo sem que nesta incorra conflitos internos, já que estes violariam a definição do que é ética.

A ética qual se refere está implícita a priori na argumentação, onde esta explicita que, indivíduos que argumentam, mesmo que não concordem em absolutamente nada, terão que concordar sobre a existência deste consenso, e que este é, portanto, um ato livre de conflitos.

A única categoria capaz de reiterar a veracidade do que foi alegado seria o controle exclusivo sobre o próprio corpo e o conseqüente reconhecimento quanto a apropriação do outro perante si, visto que sua negação implicaria em duas possibilidades segundo Murray Rothbard:

Uma certa categoria de pessoas tem o direito de ter a propriedade sobre outra classe, ou; todos tem o direito de possuir sua própria fração sobre todos os outros indivíduos. A primeira alternativa implica que enquanto uma classe merece o direito de ser humana, a que difere é, na realidade, sub-humana. Porém como eles são de fato seres humanos a primeira alternativa se contradiz ao negar direitos humanos para quem efetivamente o é. [...] A segunda alternativa sustenta que todos os homens deveriam ter o direito de possuir a propriedade de uma parcela igual de todos os outros. [...] podemos afirmar que este ideal se considera um disparate; afirma que cada homem tem o direito de ter propriedade sobre parte de todos os outros, e, no entanto, ele não tem o direito de ter propriedade sobre si mesmo. (ROTHBARD, 2013. P. 43)

Perante as condições até aqui apresentadas, como a integral adequação dos parâmetros de validade da ação humana a partir da argumentação e a utilização do próprio corpo como recurso escasso (e sua definição) que o é, podemos através dos conceitos abordados chegar à conclusão que apenas o direito subjetivo dos indivíduos a auto propriedade (além dos seus descritivos posteriores que são o direito a apropriação e a propriedade) é capaz de reger adequadamente na esfera do comportamento os entes tratados no decorrer da argumentação.

A ética é, assim, a lei de propriedade, trazendo consigo inclusive, todos os seus corolários, como o direito natural a liberdade, a (auto) propriedade e sua razão de ser, a própria vida, e, portanto, o Direito Penal e o estudo atinente aos Bens Jurídicos deve leva-los em consideração a fim de salvaguardar um sistema sem contradições e capaz de transmitir as condutas adequadas tanto com o objetivo de não se permitir conflitos, como o fazer sem que também estabeleça dispositivos que violem estes direitos dos indivíduos, ponderando os corolários e os descritivos da teoria Hoppeana como os Bens Jurídicos adequados a esse fim, tal qual exposição previamente realizada, a partir de uma analogia a Feuerbach.

4 FEUERBACH

Este objeto de complementariedade da tese de bens jurídicos relevantes trazida à tona no presente artigo emerge em meio a influência pura e direta do iluminismo quanto a proteção de direitos subjetivos, mas em contraponto, é também influenciado pelo idealismo Kantiano no que está relacionado a separação entre o direito e a moral, além da negação de qualquer finalidade de étimo religioso dentro dos propósitos do direito penal.

Ainda para Feuerbach, o delito seria, a priori, elemento separado das concepções teológicas e morais, e definir-se-ia como “lesão de um direito subjetivo que decorre da teoria contratualista

aplicada no âmbito penal”, conforme entendimento de Luiz Regis Prado. E Feuerbach, em concórdia com a tese que será abordada, acerta ao considerar os direitos subjetivos como os bens jurídicos mais eficazes a consecução de garantia das liberdades individuais, encerrando a lista nestes a priori, pois se pode valorar e ponderar a existência de bens jurídicos outros a partir de um consenso universal mediante cada micro e/ou macrosociedade que se disponha a tal.

Em face do exposto, quem, em harmonia com a ética argumentativa justifica um direito penal a partir desta, tem de fazer uma junção com o referido autor clássico para que reafirme a noção de direitos subjetivos exposta por ambos e definir, além da exclusividade destes, por definição ontológica, no rol de bens jurídicos penais imprescindíveis, a utilização coercitiva de qualquer corrente doutrinária que fundamente bens jurídicos e que fuja desta órbita, irá violar em algum percentual a própria existência dos indivíduos, já que, agrediria algum dos axiomas deduzidos a partir da teoria da argumentação, e transgredindo-os, apenas o fariam indo de encontro à própria essência humana, sendo deste modo, injustificáveis e antiéticos.

5 CONCLUSÃO

A discussão acerca da legitimidade da definição de um rol (i) limitado de bens jurídicos existe e mostra-se elementar no Direito Penal, pois, é pressuposto de qualquer ramificação jurídica, digo, de uma teoria geral do direito que se permita, nesse caso, tutelar os crimes mais gravosos contra os indivíduos subsumidos a determinada jurisdição, e a depender da corrente, contra a ordem sociocultural que permeia as relações interpessoais.

Visto isso, uma análise histórica é necessária e determinante a fim de elucidar possíveis equívocos nas teorias clássicas e que por muito, fundamentaram a ordem jurídica mais essencial ao ser, pois, trata-se igualmente da mais gravosa a este.

Desta forma, ao atravessar o mar de justificativas do que poderia ser considerado um bem jurídico, suas funções e seus pressupostos, concluir-se-á que um agrupamento entre a ética argumentativa, que justifica e deduz a existência de apenas quatro direitos (que são naturais) e a corrente de bem jurídico de Feuerbach, que além de também classificar o crime como lesão ou perigo de lesão aos nossos direitos subjetivos, distancia-se da moral e dos critérios religiosos a nível de fundamentação.

Portanto, conforme exposto no presente trabalho, apesar da imensa importância do processo de organização e construção das linhas de pensamento sobre bens jurídicos por parte distinta da academia, esta se demonstra útil principalmente para reforçar a sua antieticidade quando analisada a ética argumentativa nos seus mais minuciosos detalhes, e em consequência do admitido previamente no transcorrer do texto, é de extrema importância reafirmar que a assunção da liberdade, vida, propriedade por absoluto e autopropriedade como os bens jurídicos dignos de tutela penal configuram, a luz destas teorias, a única possibilidade de abarcar o necessário e o ético, filosoficamente, dentro da esfera penal, respeitando a existência de todos os indivíduos na medida de sua universalidade, e protegendo-os adequadamente.

REFERÊNCIAS

COELHO, Yuri Carneiro. Bem Jurídico-Penal. 1. Ed. Mandamentos: Belo Horizonte, 2003.

ROTHBARD, Murray N. Por uma nova liberdade: O manifesto libertário. 1. Instituto Ludwig Von Mises Brasil: São Paulo, 2013.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOPPE, Hans H. Uma Teoria Sobre Socialismo e Capitalismo. 2. Ed. São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises Brasil: São Paulo, 2013.

HABBERMAS, Jurgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo; tradução de Guido A. de Almeida. 1. Ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1989.

A VOLTA DA CPMF – SERIA UM RETROCESSO?

Daniel Candido Viana Coentro

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo trazer informações da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF), mais conhecido como imposto do cheque, que era uma contribuição que incidia nas movimentações a débitos em conta corrente, tinha previsão de ser provisório e durar apenas 24 meses, mas através de uma brecha foi prorrogado várias vezes. As informações apresentadas nos mostram como foi a receita desde 1993 a 2017, e como foi utilizado nos anos de 1997 a 2017, chama atenção o fato da não utilização total dos recursos. A arrecadação foi feita diretamente na conta bancária, e o crédito entrava na conta do Tesouro, que por sua vez tinha a Desvinculação de Recursos da União (DRU) de parte desses recursos creditados. Faremos um amostrado para verificar se o retorno da CPMF seria uma volta ao passado, ou se poderia retornar. Os dados apresentados foram obtidos por meio de solicitação ao Ministério de Economia, pela Secretaria de Orçamento Federal, através do Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento.

PALAVRAS-CHAVE: CPMF. DRU. Arrecadação.

THE CPMF'S RETURN - WOULD IT BE A BACKWARD?

ABSTRACT

This paper aims to provide information on the Provisional Contribution on Financial Transactions (CPMF), better known as check contribution, which was a contribution that focused on movements to debits in current account, was expected to be provisional and last only 24 months, but through a breach it was extended several times. The information presented shows us how was the revenue from 1993 to 2017, and how it was used in the years 1997 to 2017, draws attention to the not fact that the total use of resources. The collection was made directly to the bank account, and the credit was entered the Treasury account, which in turn had the Untying of Union Resources (DRU) part of these funds credited. We will sample to see if the CPMF return would be a return to the past, or if it could return. The data presented were obtained through a request to the Ministry of Economy, the Federal Budget Secretariat, through the Integrated Planning and Budgeting System.

KEYWORDS: CPMF. DRU. Tax Revenues.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil existe uma grande concentração de tributos, fazendo com que algumas empresas só invistam se houver isenção, esse efeito atrapalha o crescimento econômico do país, pois há favorecimento aos grandes empresários.

Alguns veículos de notícias traziam informações que candidatos à presidência da república no ano de 2018 e seus economistas projetavam o retorno da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF), ou a criação de um Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), que teria o fator gerador semelhante, ou seja, as movimentações em contas bancárias, tendo como objetivo diminuir o déficit que estava sendo apresentado na época da eleição.

Frente a estas informações a pesquisa a seguir busca trazer informações sobre como funcionou a CPMF, desde as receitas obtidas até as destinações, relatando informações sobre os dados apresentados, tendo como objetivo buscar a eficiência da contribuição no momento da sua vigência, e atestar se seria valido trazer de volta o seu funcionamento. Através de buscas no orçamento público federal e solicitação ao Ministério da Economia, as tabelas a serem apresentadas relatam as informações que são de direito da população, porem muitas vezes mostradas apenas como dados, e não transmitida de forma que traga o entendimento da maior parte dos contribuintes.

2 CPMF

Foi criada inicialmente como um imposto e era chamada de Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), pela Emenda Constitucional (EC) nº 3 de 17.03.1993 e Lei Complementar (LC) nº 77 de 24.07.1993, no Governo de Itamar Franco, foi inspirada em um imposto inglês que visava estabilizar o mercado na Inglaterra dos anos 30. Aqui no Brasil como forma de evitar a sonegação do imposto, cruzava os dados dos contribuintes existentes nos bancos com os declarados na Receita Federal.

O seu fato gerador era os lançamentos a débitos existentes nas contas bancárias conforme inciso I da lei que a criou, sua alíquota era de 0,25%, e vigorou até dezembro de 1994. As Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 e 949 emitidas pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sydney Sanches declarou a inconstitucionalidade e a suspensão do imposto, alegando que o mesmo deveria começar a vigorar apenas no exercício posterior a data de criação, por não respeitar o princípio da anterioridade, e o da imunidade tributária.

No fim de 1996 o Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei 9.311 de 24.10.1996, em que instituía agora como contribuição a CPMF com a premissa de aumentar os recursos para a área da saúde. As regras a serem utilizadas seria semelhante ao da extinta IPMF,

porém isentando desta vez os lançamentos nas contas da União, Estados, Municípios, do Distrito Federal, autarquias e fundações, conforme Inciso I do art. 3º.

O valor da contribuição foi reduzido para 0,20% e conforme art. 1º da Lei 9.539 de 12.12.1997, a incidência seria sobre os fatos gerados no período de 24 (vinte e quatro) meses correntes a partir de 23.01.1997, ou seja, até 23.01.1999.

Em nota técnica 6/2007 a Unafisco conceitua a CPMF como:

“A CPMF é uma contribuição Social, que ao ser definida como fonte de financiamento das ações e serviços da saúde e a sua arrecadação tendo como destino o Fundo Nacional de Saúde, tem relação direta com artigo 195 da Constituição Federal (CF) que trata do financiamento da seguridade social.” (UNAFISCO, 2007, p. 3)

2.1 As Prorrogações

Em março de 1999 entrou em vigor a EC 21, em que prorrogava o prazo de vigência por mais 36 (trinta e seis) meses, fazendo vigorar até 23.01.2002. Assim como, mesmo o art. 9º informando qual seria o limite máximo da alíquota, fizeram uso do § 6º do art. 195 da Constituição Federal (CF), para que fosse majorada para 0,38%, nos 12 (doze) primeiros meses e 0,30% nos meses subsequentes, destinando os recursos provenientes ao aumento para o custeio da previdência social.

A EC 37 de 12.06.2002 prorrogou para 31.12.2004 o fim da CPMF, alterando novamente a alíquota para 0,38% até o fim de 2003 e descrevendo as destinações, que seriam, 0,20% ao Fundo Nacional da Saúde, 0,10% para o custeio da previdência social e 0,08% para Fundo de Combate à Pobreza, e durante o período em que estivesse em vigor em 2004 sua alíquota seria de apenas 0,08% sendo destinada integralmente ao Fundo de Combate à Pobreza.

Próximo a data de minoração da alíquota, entrou em vigor a EC 42 de 19.12.2003 em que no seu art. 90º prorroga para 31.12.2007 o fim desta contribuição, e mantendo durante o período restante a taxa que está em vigor, não especificando se as destinações continuariam as mesmas.

A Proposta de Emenda à Constitucional (PEC) Nº 50/2007 tentava propor que a CPMF fosse prorrogada mais uma vez, desejando que seu fim fosse 31.12.2011, sendo aprovada em segundo turno pela Câmara de Deputados por 333 votos a 113 e 2 abstenções, e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) por 44 votos a 15, mas fora rejeitada no Senado Federal no dia 13.12.2007 por 45 votos a 34.

Segundo Roberto Maltchik e Alexandro Martello (2007), o então senador Romero Jucá

tentava com essa proposta fazer com que os recursos dos próximos três anos de arrecadação fossem transferidos integralmente para a saúde, sendo que durante esse período fosse debatido uma provável reforma tributária, podendo ainda haver a extinção do tributo em 2009.

2.2 Desvinculação De Receitas Da União (DRU)

Com a implementação do plano real, e visando a estabilização da economia em 1994 foi criada o Fundo Social de Emergência (FSE) conforme Emenda Constitucional de Revisão (ECR) nº 1/1994, as EC nº 10/1996 e 17/1997 alterou a denominação para Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e prorrogou a para o fim de 1999, e a EC 27/2000 criava a desvinculação de 20% de impostos e contribuição sociais de União, o prazo estabelecido pela emenda era até 2003, a EC 93/2016 aumentou para 30% a desvinculação, e o prazo final agora é 2023.

Tendo a sua base de cálculo estabelecida, a DRU retira este percentual de recursos previstos constitucionalmente, e reloca para outras finalidades.

O mecanismo da DRU tem papel fundamental para que a meta de superávit primário seja alcançada (DIAS, Fernando, 2011, p.12).

2.3 As Receitas E Destinações

Na tabela 1 podemos ver que a receita total da CPMF foi de R\$ 236,74 bilhões de reais, mesmo considerando reversões em alguns períodos, enquanto se levarmos em conta apenas as receitas obtidas durante os anos em que ficou em vigor, ou seja, 1993, 1994 e de 1997 a 2007, o montante foi de R\$ 226,55 bilhões.

Tabela 01
Execução de Recursos da CPMF
Valores em Milhões R\$

Fonte	Ano		Valor
IPMF	1993	1	28,40
IPMF	1994		3.673,08
IPMF	1995	2	158,99
IPMF	1996	2	-2,09
CPMF	1997		6.907,80
CPMF	1998		8.112,78
CPMF	1999		7.948,59
CPMF	2000		14.396,56
CPMF	2001		16.602,14
CPMF	2002		20.266,82
CPMF	2003		22.985,59
CPMF	2004		25.761,46
CPMF	2005		28.942,17
CPMF	2006		32.030,18
CPMF	2007		38.898,79
CPMF	2008	3	1.111,58
CPMF	2009	3	93,86
CPMF	2010	3	23,94
CPMF	2011	3	77,18
CPMF	2012	3	-118,67
CPMF	2013	3	-203,66
CPMF	2014	3	69,09
CPMF	2015	3	20,80
CPMF	2016	3	8.918,00
CPMF	2017	3	32,31
Total			236.735,69

¹ Arrecadação foi interrompida pelas ADI nº 939 e 949

² Residual da IPMF

³ Residual da CPMF

Fonte: Ministério da Economia

Elaboração: Autor

Foi efetivado 95% do previsto por lei orçamentária, e mais de R\$ 7 bilhões ficou sem ser utilizado para as áreas informadas na sua descrição, e mesmo assim, o único ano em que a utilização da dotação foi utilizada totalmente foi em 2017, quando foi autorizado R\$ 32,31 milhões, e foi destinado totalmente a saúde, mas quando olhamos para o período de sua vigência o ano de 2001 foi o que mais se aproximou, utilizando 98,36% tabela 2.

Tabela 02

Execução de Recursos da CPMF**Valores em Milhões R\$**

Fonte	Ano	Dotação Atual †	Saúde	Previdência Social	Total Utilizado (b)	(%) Utilizado (b / a)
CPMF	1997	5.380,00	5.176,00	-	5.176,00	96,21%
CPMF	1998	6.615,00	6.497,00	-	6.497,00	98,22%
CPMF	1999	7.953,00	4.227,00	3.444,00	7.671,00	96,45%
CPMF	2000	12.018,11	6.883,61	4.869,08	11.752,69	97,79%
CPMF	2001	10.969,73	7.132,83	3.656,58	10.789,41	98,36%
CPMF	2002	13.338,07	10.487,82	2.385,65	12.873,47	96,52%
CPMF	2003	15.001,10	9.397,08	4.893,92	14.291,00	95,27%
CPMF	2004	16.399,36	10.430,03	5.305,33	15.735,36	95,95%
CPMF	2005	18.245,35	10.907,68	5.928,94	16.836,62	92,28%
CPMF	2006	21.155,19	13.306,54	6.756,06	20.062,60	94,84%
CPMF	2007	23.344,58	14.856,50	7.572,12	22.428,62	96,08%
CPMF	2008	540,77	533,00	-	533,00	98,56%
CPMF	2009	1.004,62	1,66	-	1,66	0,17%
CPMF	2010	273,30	254,30	-	254,30	93,05%
CPMF	2011 ¹	-	-	-	-	-
CPMF	2012 ¹	-	-	-	-	-
CPMF	2013 ¹	-	-	-	-	-
CPMF	2014 ¹	-	-	-	-	-
CPMF	2015 ¹	-	-	-	-	-
CPMF	2016 ¹	-	-	-	-	-
CPMF	2017	32,31	32,31	-	32,31	100%
Total		152.270,49	100.123,36	44.811,68	144.935,04	95,18%

¹ Não houve receita para a fonte 155 Fonte: SOF/SIOP

Elaboração: O Autor

Quanto aos valores arrecadados, de 1997 a 2000 parte deles era destinado ao Fundo de Estabilização Fiscal, que a partir de 2000 foi transformado na DRU.

Lembrando que a DRU tem por objetivo o saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e a estabilização econômica, principalmente através de ações de custeio dos sistemas de saúde e previdência (SENADO, 2000), não podemos afirmar quais foram as destinações finais dos recursos desvinculados.

Tabela 03

Transferências de Recursos da CPMF
Valores em Milhões R\$

Fonte	Ano	Receita	Fundo de Combate à Pobreza	FEF/DRU
CPMF	1997 ¹	6.907,80	-	1.381,56
CPMF	1998 ¹	8.112,78	-	1.622,56
CPMF	1999 ¹	7.948,59	-	1.589,72
CPMF	2000 ¹	14.396,56	-	2.879,31
CPMF	2001	16.602,14	3.494,75	2.621,48
CPMF	2002	20.266,82	4.266,17	3.200,13
CPMF	2003	22.985,59	4.838,47	3.629,42
CPMF	2004	25.761,46	5.422,79	4.067,73
CPMF	2005	28.942,17	6.092,33	4.569,97
CPMF	2006	32.030,18	6.742,35	5.057,57
CPMF	2007	38.898,79	8.188,20	6.142,12
CPMF	2008	1.111,58	233,99	175,52
CPMF	2009	93,86	19,76	14,82
CPMF	2010 ²	23,94	-	4,79
CPMF	2011 ²	77,18	-	15,44
CPMF	2012 ²	-118,67	-	-
CPMF	2013 ²	-203,66	-	-
CPMF	2014 ²	69,09	-	13,82
CPMF	2015	20,80	4,38	3,28
CPMF	2016 ²	8.918,00	-	1.783,60
CPMF	2017 ²	32,31	-	6,46
Total		232.877,31	39.303,19	38.779,29

¹ Não havia previsão de destinação para o Fundo

² Não foi encontrada informações sobre valores destinados Fonte: Ministério da Economia
Elaboração: O Autor

Os valores referentes ao Fundo de Combate à Pobreza são referentes aos 0,08% do da alíquota total, sendo destinados até 2007 R\$ 39,3 bilhões de reais, e são desconsideradas para o cálculo da FEF/DRU.

Quando vamos comparar a receita das arrecadações do ano referente a CPMF, com a dotação atualizada, vemos que tem uma disparidade, e por mais que em 2010 os gastos sejam maiores do que as receita informadas, tabela 4, o total de recursos utilizados frente a receita não chega a 80%.

Tabela 04
Utilização dos Recursos da CPMF
Valores em Milhões R\$

Fonte	Ano	Receita (a)	Utilizado na Saúde (b)	Utilizado no Fundo de Combate à Pobreza (c)	Utilizado no Fundo de Combate à Pobreza (d)	(%) Realizado (b+c+d) / a
CPMF	1997	6.907,80	5.176,00	-	-	74,93%
CPMF	1998	8.112,78	6.497,00	-	-	80,08%
CPMF	1999	7.948,59	4.227,00	3.444,00	-	96,51%
CPMF	2000	14.396,56	6.883,61	4.869,08	-	81,64%
CPMF	2001	16.602,14	7.132,83	3.656,58	3.494,75	86,04%
CPMF	2002	20.266,82	10.487,82	2.385,65	4.266,17	84,57%
CPMF	2003	22.985,59	9.397,08	4.893,92	4.838,47	83,22%
CPMF	2004	25.761,46	10.430,03	5.305,33	5.422,79	82,13%
CPMF	2005	28.942,17	10.907,68	5.928,94	6.092,33	79,22%
CPMF	2006	32.030,18	13.306,54	6.756,06	6.742,35	83,69%
CPMF	2007	38.898,79	14.856,50	7.572,12	8.188,20	78,71%
CPMF	2008	1.111,58	533	-	233,99	69,00%
CPMF	2009	93,86	1,66	-	19,76	22,82%
CPMF	2010	23,94	254,3	-	-	1062,24%
CPMF	2011	77,18	-	-	-	-
CPMF	2012	-118,67	-	-	-	-
CPMF	2013	-203,66	-	-	-	-
CPMF	2014	69,09	-	-	-	-
CPMF	2015	20,80	-	-	4,38	21,06%
CPMF	2016	8.918,00	-	-	-	-
CPMF	2017	32,31	32,31	-	-	100%
Total		232.877,31	100.123,36	44.811,68	39.303,19	79,11%

Fonte: SOF/SIOP
Elaboração: O Autor

Temos um total de R\$ 48,64 bilhões de reais referente a receita da CPMF que não teve nenhuma destinação informada, mesmo que a DRU do mesmo período tenha sido de R\$ 38,78 bilhões de reais, e se considerarmos que esses recursos não foram utilizados para a saúde, ou previdência social, ainda resta um saldo de R\$ 9,86 bilhões de reais no caixa do tesouro, sem que

tenha seus recursos informados.

Como a CPMF foi criada para um fim específico, sua destinação tinha que ser detalhada no plano orçamentário, assim podemos dizer que os princípios da Universalidade, Princípio pelo qual o orçamento deve conter todas as receitas e todas as despesas do Estado. Indispensável para o controle parlamentar, GONTIJO (2004), e o princípio da Especificação, as receitas e as despesas devem aparecer de forma discriminada, de tal forma que se possa saber, pormenorizadamente, as origens dos recursos e sua aplicação, GONTIJO (2004) não foram cumpridos.

3 CONCLUSÃO

A proposta inicial da contribuição, tem uma ideia que de modo geral é muito boa para financiamento da saúde e previdência, porem a forma com que foi executada nos mostra que houve divergências, a exemplo dos valores de R\$ 9 bilhões referente a receitas não utilizadas. A DRU também vem como forma de diminuir parte dos recursos, além de que o objetivo final não justificava a sua criação, ampliação e majoração.

O retorno desta contribuição poderia ser viável para um período de até 24 meses, não havendo a DRU para desviar parte das arrecadações, com a inclusão de um inciso que proíba a sua prorrogação por mais do que uma vez, e com o limite máximo duração de 48 meses, e como supracitado, para que sua vigência sirva para dar tempo que uma comissão faça um estudo para a realização da reforma tributária.

Com a mesma alíquota da última vigência, ou seja 0,38%, a população que recebe até dois salários mínimos não seria tão afetada, levando em conta que o fator gerador é as movimentações a debito, a pessoa que recebe R\$ 1.996,00 e utilizasse este valor integralmente no mês, pagaria R\$ 7,58 de CPMF.

Mas, a reutilização desta ferramenta, para fins de arrecadação, poderia criar uma possibilidade de evasão bancária, pois muitas pessoas iriam realizar movimentações em espécie, para tentar evitar a tributação, mesmo com a utilização de dados da Receita Federal para verificar os gastos e o imposto pago. Outra situação que pode ocorrer é o aumento das mercadorias devido a tributação na compra das mercadorias por parte dos revendedores, podendo causar uma recessão e demandando maior estímulo do governo para controle do mercado.

Para a implementação o governo precisaria do apoio do povo, e deixando bem claro o caráter **PROVISÓRIO**, que os recursos seriam utilizados somente para saúde, previdência e

combate à pobreza, comprovando que é necessário para haja tempo da criação de um estudo para uma reforma tributária consciente, que tenha êxito efetivo nas contas públicas, e não haja necessidade futura de criação de mais tributos e uma nova desvinculação, ainda que abranja os estados, municípios e o distrito federal, visando um equilíbrio das contas públicas em todo o país, possibilitando o crescimento de forma econômico sustentável, com desburocratização e elevação na eficiência tributária, melhorando assim a qualidade dos gastos públicos. Apenas nesta hipótese o retorno da CPMF é necessário, do contrário seria um retrocesso e um prejuízo para a população, devendo o governo tomar outras medidas para solucionar os problemas financeiros que alega ter.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, A.; IDIANA, T. **2,4% detêm mais da metade das isenções de IR**. Estadão. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,2-4-detem-mais-da-metade-das-isencoes-de-ir,70002215174>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SANTOS, C. H.; PIRES, M. C. C. Carga tributária bruta e investimento. **IPEA**. Brasília, 2008. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=975:carga-tributaria-bruta-e-investimento&catid=29:artigos-materias&Itemid=34> Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar N° 77**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp77.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N°939-7 Distrito Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência, 1993. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>> Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N°949-4 Distrito Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência, 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346712>> Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Lei N° 9.311, de 24 de outubro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 134, n.208, 25 out. 1996. Seção 1, p 21877-21879.

UNAFISCO, Departamento de Estudos Técnicos. Nota Técnica 6/2007 - A Arrecadação e o Destino dos Recursos da CPMF. Brasília, DF, jun. 2007.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei N° 9.539, de 12 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, ano 135, n.242, 15 dez. 1997. Seção 1, p 29950.

BRASIL. Emenda Constitucional N° 21, de 18 de março de 1999. Brasília: Presidência da República. Casa Civil, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc21.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional N° 37, de 12 de junho de 2002. Brasília: Presidência da República. Casa Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc37.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional N° 42, de 19 de dezembro de 2003. Brasília: Presidência da República. Casa Civil, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional N° 93, de 8 de setembro de 2016. Brasília: Presidência da República. Casa Civil., 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

SENADO, Agencia. Prorrogação da CPMF é rejeitada; DRU é aprovada e vai a segundo turno. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2007/12/13/prorrogacao-da-cpmf-e-rejeitada-dru-e-aprovada-e-vai-a-segundo-turno>> Acesso em: 04 mai. 2019.

SENADO, Agencia. Senado aprova proposta que prorroga a DRU até 2023. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>> Acesso em: 04 mai. 2019.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E O PARADIGMA QUANTO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vanubia Pereira de Jesus

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância. Nesse sentido, tem como objetivo apresentar a formação histórica do princípio da presunção de inocência, valorando a sua adequação com a execução da pena, ressaltando a sua incorporação nos Tratados Internacionais, a importância que têm para o processo penal democrático e sua materialização no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A pesquisa se justifica com a pauta social e jurídico penal formada pela problemática que se insere no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal que, como guardião da Constituição Federal tem na expressão da presunção de inocência um tema controvertido no âmbito da constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado de condenação penal. A pesquisa se desenvolve a partir do método dedutivo, com exploração bibliográfica e jurisprudencial, especialmente a partir da análise do Habeas Corpus nº 126.292/SP, que é paradigmático para o universo jurídico-penal brasileiro.

Palavra-chave: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Prisão. Cláusulas Pétreas.

ABSTRACT

The purpose of the present investigation is the provisional execution of the sentence after the confirmation of the sentence in the second instance. In this sense, it aims to present the historical formation of the presumption of innocence principle, valuing its adequacy with the execution of the penalty, emphasizing its incorporation in the International Treaties, the importance they have for the democratic criminal process and its materialization in Brazil, with the promulgation of the Federal Constitution of 1988. The research is justified by the criminal social and legal agenda formed by the problematic that falls within the scope of action of the Supreme Federal Court that, as guardian of the Federal Constitution has in the expression of presumption of innocence a theme controversial in the context of the constitutionality of the arrest before the final judgment of a criminal conviction. The research develops from the deductive method, with bibliographical and jurisprudential exploration, especially from the analysis of Habeas Corpus n ° 126.292 / SP, which is paradigmatic for the Brazilian criminal legal universe.

Keyword: Presumption of innocence. Provisional execution of the sentence. Federal Court of Justice. Prison. Stone Clauses.

1 INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa é a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, especificamente quanto à relação entre manifestação punitiva que resulta na constrição da liberdade e o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, o estudo se desenvolve a partir da análise crítica do entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena após a confirmação de condenação em segunda instância, observando se este posicionamento dado pela Corte estaria em conformidade com o princípio da presunção de inocência, que se encontra no rol das cláusulas pétreas previsto na Constituição Federal.

A decisão se mostrou muito debatida pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista que, a Constituição veda expressamente que se considere alguém culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, além do que, seria incoerente a Corte aumentar o número de presos provisórios, sendo que julgou em arguição de descumprimento de preceito fundamental o estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

O método utilizado no presente estudo foi o dedutivo, com exploração bibliográfica e jurisprudencial, especialmente a partir da análise do Habeas Corpus nº 126.292/SP.

Para tanto, verifica-se no primeiro capítulo um breve histórico sobre o princípio da presunção de inocência e sua importância como elemento imprescindível para os Estados fundados no respeito as garantias individuais.

No segundo capítulo, analisa-se o conteúdo da presunção de inocência na Constituição brasileira e suas várias vertentes de proteção ao investigado/ acusado.

No terceiro capítulo, encara-se propriamente o objeto deste artigo, tratando do Habeas Corpus 126.292/SP, que rompeu com a jurisprudência garantista prevalecente na Corte a quase uma década. Aborda-se, nesse âmbito, os antagonismos desta posição através de um método dialético, trazendo os principais argumentos utilizados pelos Ministros.

Sem a pretensão de esgotamento do tema, em respeito ao espaço destinado à construção do artigo, o estudo pretende contribuir à análise crítica de um tema que se evidencia como essencial ao desenvolvimento de um sistema penal democrático em que a proibição penal e manifestação

punitiva se justifiquem pela necessidade de preservação e desenvolvimento de espaços de liberdade.

2 A SERVENTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA A UM SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO

Os costumes e a organização política de uma sociedade são reverberados em intensidade no direito penal e seu processo¹. Por isso, comprova mais do que qualquer outro ramo do direito, as posições democráticas, bem como, as autoritárias que estruturam a constituição de uma nação, eis que tratam de um dos bens jurídicos mais custosos para o ser humano, senão o mais valioso, à liberdade²

Os indivíduos nascem livres e devem ter a sua liberdade garantida dentre os seus direitos essenciais. Desse modo, um sistema penal que se considere civilizado deve preservar a liberdade como um dos pilares da humanidade, que fundamenta e orienta a racionalidade da manifestação do poder de punir do Estado.

A presunção de inocência, nesse contexto, torna-se um princípio reitor da manifestação punitiva no âmbito do processo penal. Sendo, a partir dele, possível verificar o refinamento de um sistema jurídico através do seu nível de observância: a proporcionalidade entre a adequação da punição e a necessidade de preservação da liberdade. Trata-se, então, de um instituto caro, é verdade, mas imprescindível para os Estados que se considerem democráticos.³

Esse princípio fundamental de civilidade representa fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos, pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos.⁴

¹ RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: Do Texto à Ação: Ensaios de Hermenêutica II. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S. P. 228.

² COSTA, Lucas Gabriel Santos. *A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal*. A intervenção da vítima no fato perigoso. 2019. Tese - Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

³ LOPES, Aury Jr.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>.2016, p. Xx. Acesso em: 18/10/2019.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 441.

É importante consignar que existe uma certa controvérsia acerca da origem desse princípio, para alguns doutrinadores como Canotilho⁵ teve origem com a Carta Magna de 1215, mas para maioria da doutrina fato incontestável é que foi amplamente difundido da forma como concebemos até hoje no início do século XVIII com advento da Revolução Francesa e seus ideais Iluministas⁶.

A apresentação do contexto histórico não tem a pretensão de um esgotamento lógico-temporal do desenvolvimento da presunção de inocência. Busca, no entanto, contextualizar a importância desse referencial a um processo penal democrático.

Nesse sentido, o iluminismo foi uma filosofia de contraposição a Idade das Trevas, onde julgamentos cruéis eram realizados em nome da Igreja e de Deus⁷. As acusações eram inconsistentes, porque feitas sem critérios sólidos, os acusados não tinham o direito a defesa, não podiam conhecer de seus acusadores, os meios de provas utilizados eram supersticiosos, como as provas de fogo, e a insuficiência ou mesmo a falta de provas era razão para lamentavelmente condenar-se a sanções desumanas, vide a queima de pessoas vivas na fogueira em plena praça pública, a prisão perpétua e a realização de torturas⁸.

Para Beccaria⁹, esses métodos além de impiedosos e completamente irracionais trazem um resultado nada desejável, no caso da tortura, por exemplo, o inocente que não suportar as dores vai confessar um crime que não cometeu e aquele que de fato cometeu o crime se conseguir superar as dores sem nada confessar, acaba saindo com status de inocente, desaparecendo então toda a diferença que existe entre ambos.

A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, mau grado a dureza dos seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a. Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. **La filosofía penal de la ilustración española**. IN: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. **La filosofía penal de la ilustración española**. IN: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>.1764, p.23. Acesso em: 28/09/2019.

Percebe-se que havia um total desprezo no alcance da realidade dos fatos, a presunção era de culpa e não de inocência. O Estado era a própria Igreja que para manutenção de seu poderio movimentava-se a todo custo de se chegar a um culpado.

Com advento do Século das Luzes¹⁰, passa-se a uma racionalização do pensamento em contraposição a cegueira dos dogmas da Igreja. O ser humano passa a buscar o seu reconhecimento como sujeito de direitos, sendo responsável pela compreensão e resoluções dos problemas de convívio social. A expansão dos espaços de liberdade passa a ser uma questão primordial, trazendo respostas a problemas centrais do direito criminal, como por exemplo: quando castigar, com que pena, quem é competente, e como fazer para que uma pessoa seja submetida a uma pena.¹¹

Surge então em 1789, o primeiro diploma internacional de direitos humanos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagra o princípio da presunção de inocência em seu art. 9º, trazendo a premissa de que:

Art. 9º- Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Verifica-se uma nova ótica de tratamento do acusado, ao qual deve ser mantido como inocente até a sentença penal condenatória conforme preceitua Maurício Zanoide de Moraes¹²:

Dentro do espírito revolucionário francês de rompimento de tudo quanto antes vigia, para início de um mundo novo, pela primeira vez na história fixa-se expressamente a necessidade da persecução penal partir da perspectiva de inocência do investigado/acusado, devendo ser assim tratado no curso do processo. Apenas ao final da persecução poderia haver, se assim fosse provado, a consideração de sua culpa.

Mas, muito embora estivéssemos diante de tamanho avanço, a presunção de inocência foi novamente atacada com a implementação dos regimes fascistas e totalitários do final do século

¹⁰COSTA, Lucas Gabriel S. **O direito penal como instrumento de controle social do método ideológico de dominação.** Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015. P. 456.

¹¹SANCHÍS, Luis Prieto. **La filosofía penal en la ilustración española.** Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/2.1.4la-filosofia-penal-de-la-ilustracion-espanola.pdf>>. Acesso em: 02/10/2019.

¹²MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010, p. 115.

XIX, esses regimes desolaram a humanidade com uma sequência de horrores, principalmente durante a Segunda Guerra Mundial, erguendo-se a partir daí muita luta internacional a fim de fundar o respeito aos direitos humanos como valores elementares e universais.¹³

O poderio do Estado através da persecução penal passa a ser criteriosamente limitado, somente sendo possível a restrição da liberdade do indivíduo, observando-se as hipóteses previamente estabelecidas em lei, sobretudo atendendo a presunção de inocência.

Foi então aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 pela Assembleia da Organização das Nações Unidas que ratificou expressamente a presunção de inocência.

XI.1 Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O sistema passa a ser o acusatório, prevendo uma série de garantias para o imputado, o ônus da prova passa a ser da acusação, a ela cabendo provar a culpa e não o contrário, veda-se a utilização de provas contra si, é garantido o direito ao silêncio e no caso de dúvidas quando da análise das provas o Juiz deverá absolver o réu.

A partir daí diversos outros diplomas internacionais começaram a incorporar a presunção de inocência em seus instrumentos, alguns deles: A Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950; o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica de 1969.¹⁴

O Brasil, influenciado por esses anseios e após terríveis anos de Ditadura Militar, consagra o princípio em sua Constituição Cidadã de 1988, a primeira Constituição Democrática do país, que no rol dos Direitos e Das Garantias Fundamentais, traz entre outros direitos à inviolabilidade da liberdade, estabelecendo em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. ”

¹³PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2006, p.386. Disponível em:<<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Fl%C3%A1via%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 02/11/2019

¹⁴LOPES, Aury Jr.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>.2016, p. --. Acesso em: 18/10/2019.

Podemos traduzir do dispositivo um grande avanço, ainda mais que o preconceito social da culpa, encontra-se ainda tão arraigado em dias atuais. Basta olhar para os noticiários, ou até mesmo quando se ouve dizer de um fato criminoso, e não se poderá negar que há uma insistente suposição de culpa incutida no inconsciente dos cidadãos¹⁵, a tendência é imediatamente fazer prejulgamentos em torno da culpa daquele que está sendo acusado e sensibilizar-se com o lugar da vítima e de fato isso é uma tendência muito humana, porque o homem se afasta de tudo que o assusta.¹⁶

O grande problema está na externalização desses pensamentos precipitados, que resulta em ações de seletividade penal e execuções sumárias e quando se faz (in) justiça com as próprias mãos: como se vê nos linchamentos públicos e até mesmo na (in) aplicação das normas pelos profissionais do direito.

Portanto não é mais louvável se conceber um sistema jurídico que considere o cidadão como culpado sem que tenha sido declarada formalmente sua culpa, mediante um devido processo legal. O ser humano, no uso de seu poder, é capaz de tudo, inclusive como visto anteriormente, de reprimir e tormentar inocentes como se culpados fossem.

Afinal, já atestara Ferrajoli¹⁷ que quando um inocente tem razão de temer ou desconfiar de um juiz, é porque isso está fora do Estado Direito, devendo ser decretada sua falência e todos os valores políticos que o legitimam.

3 O CONTEÚDO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Depois de duas décadas de governos ditatoriais comandados pelas Forças Armadas, a carta política de 1988 dá início a um ciclo de evolução para a história brasileira, afastando-se dos resquícios deixados por esse tenebroso período da memória, assim como ascendendo direitos e garantias a patamares jamais antes vistos, conduzindo para Luis Carvalho¹⁸ o sistema processual penal no seu devido lugar de guardião da liberdade:

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política crimina nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 49 – 52

¹⁶FENOLL, Jordi Nieva. **La razón de ser de la presunción de inocencia**. Barcelona, Enero, 2016, p. 5.

¹⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 441.

¹⁸CARVALHO, Luis. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6º Edição. Editora Saraiva. 2014, p. 187.

Nunca em um texto constitucional, na história brasileira, preocupou-se tão profundamente em dotar o processo de meios e instrumentos indispensáveis ao direito de defesa, para que da contradição entre esta e a acusação pudesse surgir a verdadeira justiça.

Das conquistas valoradas na Constituição encontra-se o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, demarcado no art. 5º, inciso LVII, no rol dos Direitos e das Garantias Fundamentais, que estabelece a inviolabilidade do direito à liberdade, determinando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

O constituinte brasileiro como depreende-se logrou o princípio em sua mais ampla acepção, tendo em vista que para que se possa considerar algum cidadão culpado, é preciso observar o lapso temporal findo da normativa, que vai até o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou seja, até que a decisão seja irreversível. Antes disso, desde a investigação até o final do processo o indivíduo deve ser tratado como inocente.¹⁹

Atento a possibilidade de decisões políticas contrárias às disposições mandamentais originárias que refletem a essência do Estado de Direito e aos fins pela qual a Carta Magna foi instituída, o constituinte resolveu sacramentar a presunção de inocência e todos os outros direitos e garantias fundamentais, em núcleo intangível da carta política, as conhecidas cláusulas pétreas, que são irrenunciáveis, não podendo ser objeto de alterações para diminuir-lhe seu valor nem mesmo por Emenda Constitucional, por força do artigo 60, parágrafo 4º.²⁰

Mas embora esteja preciso a significação do seu conteúdo, o que se tem visto desde proclamação da garantia é uma série de discussões doutrinárias, inclusive numa incessante busca pela diferenciação entre “presumir inocente” e “ninguém será considerado culpado” ou “não culpabilidade” conforme consignou o texto constitucional.

Não obstante, o doutrinador Gustavo Henrique Badaró²¹ afasta acertadamente essa distinção:

[...] as expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias

¹⁹LOPES, Aury Jr.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Parecer. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>.2016, p. Xx. Acesso em: 18/10/2019.

²⁰ROMANO, Rogério Tadeu. As cláusulas pétreas não podem ser reformuladas. Revista Jus Navegandi. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/77722/as-clausulas-petreas-nao-podem-ser-reformuladas>>. Acesso em: 03/11/2019.

²¹BADARÓ, Gustavo Henrique, **Direito Processual Penal.** São Paulo, Elsevier-Campus Jurídico, 2008, p. 16.

– se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Ainda sobre a questão o doutrinador Eugênio Pacelli²² esclarece:

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). A Constituição da República, portanto, promoveu: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Também em sentido contrário as pretensões que rastreiam distinção quanto a temática, o doutrinador Luis Gustavo de Carvalho²³ concorda que não há diferença alguma de noção entre presunção de inocência e não culpabilidade e arremata parafraseando Girolamo Bellavista “Quando non si è presunti colpevoli, si è presunti innocenti.”

Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró²⁴, elucidando Bueno de Carvalho e o Ministro Eros Grau asseveram ainda que:

A essa altura do estágio civilizatório, constitucional e democrático, o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar algum, é pressuposto neste momento histórico, da condição humana.

É importante destacar que o Brasil ratificou em seu ordenamento jurídico, os Pactos de São José da Costa Rica, que em seu artigo 8º, § 2º, dispõe: “toda pessoa tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, bem como, o Pacto Internacional

²²PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª Edição revisada, atual. e ampl. São Paulo. Editora Atlas, 2017.

²³CARVALHO, Luis. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6º Edição. Editora Saraiva. 2014, p. 188.

²⁴LOPES, Aury Jr.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. 2016, p. Xx. Acesso em: 18/10/2019.

de Direitos Civis e Políticos “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

Verifica-se portanto, que ambos os dispositivos internalizados pelo país dispõem expressamente da terminologia presunção de inocência, “caindo por terra” todas as alegações que negam sua existência, eis que por força do art. 5º, § 2º da Constituição e entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP²⁵ estes possuem *status* supralegal, paralisando a eficácia jurídica de quaisquer normas infraconstitucionais que com eles conflitem.

No tocante ao alcance da presunção de inocência o doutrinador Aury Lopes Jr.²⁶ subdivide-o em algumas acepções, mencionando antes de tudo que trata-se de garantia política que visa a liberdade do indivíduo e que deve ser observado ao longo de todo o processo em contraposição ao interesse coletivo de punir. Prossegue analisando o princípio sob uma ótica técnico-jurídica dividida em regra de julgamento e regra de tratamento.

Como regra de julgamento elucida que o juiz na hora de avaliar o caso concreto deve considerar todas as provas produzidas pelas partes no processo, tendo que eliminar todas as dúvidas pertinentes e que afetem a decisão final, pois que se subsistir uma fagulha de incerteza deverá o julgador tender pela absolvição do réu (*in dubio pro reo*).

No tocante a regra de tratamento considera que o sujeito presumidamente inocente, deve ser assim tratado durante todo o processo, não podendo por óbvio ser equiparado em nenhuma circunstância a alguém que já foi legalmente comprovado culpado daí porque por exemplo a proibição de prisões processuais automáticas e a antecipação da pena em caráter provisório.

O autor acrescenta ainda uma dimensão de proteção externa ao processo contra as rotulações sobre a imagem do investigado/acusado, colocando que a presunção de inocência em

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 26/11/2019.

²⁶ LOPES, Aury Jr.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. 2016, p. XX. Acesso em: 18/10/2019.

conjunto com outras garantias previstas na Constituição como o direito de imagem, dignidade e privacidade são barreiras ao aproveitamento abusivo por parte da mídia e sustenta “O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.”²⁷

Nota-se que, a Constituição vedou com a presunção de inocência ou não culpabilidade a possibilidade de que qualquer pessoa seja ela investigada ou acusada de um fato criminoso tenha sua culpa declarada antes da sentença penal condenatória transitar em julgado, ficando por isso proibido a *estigmatização* do indivíduo que não pode ser considerado culpado antes de um julgamento definitivo, revelando como consequência a premissa da liberdade.

Por óbvio não se coibiu com isso as prisões antes de uma decisão definitiva, elas existem e devem ser utilizadas sempre que indispensáveis, seria ilógico um Estado que sob nenhuma hipótese e fundamentos pudesse prender alguém, tendo que aguardar nas mais casuísticas situações a confirmação de culpa do acusado em última instância de jurisdição, justamente por isso, o constituinte preservou as prisões cautelares, que não reverberam em um juízo de culpa do acusado, mas tão somente na necessidade de garantir a eficácia no prosseguimento da investigação ou do processo, a exemplo daquele que ameaça de morte as testemunhas do processo em que responde, o risco de fuga para outro país, entre outras hipóteses expressamente previstas em lei.

Outros incisos do artigo 5 vem ao encontro da máxima de proteção da liberdade, tais como LXI que impede a prisão arbitrária, dissociada de uma motivação judicial; o inciso LXII, pela qual os captores estão obrigados a comunicar o Juiz competente sobre a prisão em flagrante do acusado; o inciso LXIII, que obriga a comunicação ao preso de todos os seus direitos constitucionais e legais; o inciso LXIV que dispõem sobre a obrigação de comunicar ao preso a identificação do autor de sua prisão ou de seu interrogatório policial ou judicial. Também os incisos LXV (relaxamento da prisão ilegal) e LXVI (insubsistência da prisão se houver, para o caso, previsão legal de liberdade provisória, com ou sem fiança), são outros exemplos da mesma regra geral pela liberdade dos indivíduos.²⁸

Depreende-se, portanto, que as prisões só podem ser utilizadas se imprescindíveis, seja em decorrência da necessidade de investigação, do processo ou de cumprimento da pena transitado em

²⁷ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2019, p. 355.

²⁸ NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **A Presunção de inocência como um direito humano fundamental na constituição brasileira e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33845/pdf>>. Acesso em: 26/11/2019.

julgado, isso porque numa democracia as excepcionalidades estão sempre bem delimitadas, sendo tudo que está fora da Constituição exercício arbitrário do poder.

4 A RUPTURA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

Desde o advento do princípio na Carta Magna, é inequívoco afirmar que este tem sido alvo de sucessivos e acalorados debates, principalmente quando o que se está em “jogo” é a liberdade. As discussões não se limitaram somente ao âmbito doutrinário, como visto anteriormente, mas sobretudo, têm importado em relevantíssimos julgados na Suprema Corte: que frequentemente assume posicionamentos diferentes sobre a (im) possibilidade de execução provisória da pena após condenação de segunda instância, ou melhor, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal.

A grande questão tem se pautado em, se de fato é preciso aguardar o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, ou seja, até que não caiba mais nenhum recurso para que se possa executar a pena, ou se a pena poderia ser cumprida independentemente do trânsito em julgado, de forma provisória, já que quando reformada ou confirmada a condenação de segundo grau, haveria um juízo de culpa do acusado, ainda que provisório.

Nesse sentido, ordens e justificações de todo o tipo têm sido utilizados pela Suprema Corte, que volta e meia muda de entendimento como se a norma que está expressamente declarada variasse seu conteúdo de tempos em tempos, gerando além de injustiças, uma enorme insegurança jurídica.

Preservando o papel de “Guardião da Constituição”, em 05 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus nº 84078/MG, se debruçou sob o paradigma da execução provisória da pena após condenação em segunda instância e à luz da presunção de inocência, decidiu pela impossibilidade de prisão em caráter provisório da pena, eis que não encontra lugar no texto legal, concedendo a ordem para que o réu pudesse recorrer em liberdade.

Na relatoria do Ministro Eros Grau e com um placar de sete votos a quatro, o que se vislumbrou foi uma interpretação de cunho garantista e de cumprimento ao quanto disposto no artigo 5º, inciso LVII.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...]²⁹.

Contudo, pacificado esse entendimento por quase uma década, sobreveio uma surpreendente reviravolta. E em 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292, retomou novamente a discussão da tese, firmando entendimento ao qual após confirmada a condenação em grau de apelação não se estaria ferindo a presunção de inocência.

A ordem foi denegada para que o paciente pudesse recorrer em liberdade, abrindo-se precedentes para que pessoas sejam presas provisoriamente por imposição de pena antes do trânsito em julgado, contrariando frontalmente o mandamento constitucional.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.³⁰

Antes de adentrar ao mérito do quanto disposto nos votos dos Ministros, foi possível perceber no julgamento deste *Habeas Corpus* uma Corte notoriamente influenciada por espetáculos midiáticos, principalmente no tocante a “Operação Lava Jato” e sua engendrada caçada aos crimes de colarinho branco, é necessário frisar também, que algumas instituições a exemplo do Ministério Público Federal, vinham desde o ano de 2015 recolhendo assinaturas a fim de apresentar um projeto

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 26/11/2019.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

de lei que trazia como ponto de reforma exatamente a possibilidade de execução da pena após julgamento de mérito em grau de apelação.³¹

O clima vivenciado no país era de combate a corrupção e de caçada aos políticos, ainda que para isso custasse métodos não legais para se chegar aos mesmos, vide as prisões, os vazamentos telefônicos e conduções coercitivas ilegais, o cerceamento da ampla defesa, etc.³² Todos esses meios utilizados por setores da justiça, vinham acompanhados de um espetáculo e como desenvolveu em seu livro o autor e advogado Walfrido Warde³³ trata-se de um “espetáculo da corrupção”, que excitou o espírito punitivista nos (as) brasileiros (as), o que consubstancialmente acabou por refletir a decisão final deste *Habeas* conforme veremos a seguir.

Dos argumentos utilizados pelos Ministros para justificar tal revisão no entendimento, sucedeu-se um conjunto de problemáticas. Depreendeu-se um debate raso em torno da nomenclatura com a indicação de que a Constituição não logrou a presunção de inocência e sim a não-culpabilidade e vice-versa, como se houvesse diferença de conteúdo entre ambos, quando na verdade o significado de ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória conforme preceitua a Constituição é equivalente a toda pessoa deverá ser presumida inocente até uma sentença penal definitiva.

Além do que, esse debate de terminologia deveria estar mais do que superado se não fossem as forças reacionárias e a vontade obstinada de punir, basta uma simples pesquisa ao dicionário e há de se notar que o antônimo de culpado é inocente, portanto, quando o constituinte afirma que “ninguém será considerado culpado até sentença penal condenatória” é porque todos serão presumidos inocentes até uma sentença penal firma.

Questões foram levantadas no sentido de que a presunção de inocência por se tratar de princípio deve ser relativizada e sobrepesada com outros, a exemplo da duração razoável do processo numa busca por efetividade do sistema penal, para o Ministro relator Teori Zavascki³⁴ era

³¹BRASIL. Ministério Público Federal. **10 medidas contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 20/11/2019

³²LIMA, Danilo Pereira; NEVES, Isadora Ferreira. De Robespierre à "lava jato": quem irá salvar o Direito dos virtuosos?. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-22/diario-classe-robepierre-lava-jato-quem-ira-salvar-direito-virtuosos>>. Acesso em: 01/10/2019.

³³WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**. Rio de Janeiro, Editora Casa da Palavra/LeYa, 2018, p. 27.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

necessário observar não somente as garantias do acusado, mas também da sociedade, que precisa experimentar um judiciário que não seja moroso e que efetivamente dê respostas ao crime.

O Ministro Barroso³⁵, nessa linha, por diversas vezes cita o descrédito do sistema de justiça penal perante à sociedade, a reflexão colocada em “xeque” é que, o tempo que se aguarda para esgotamento de todos os graus de recursos acaba por conduzir em muitos casos a perda da pretensão punitiva estatal, impedindo a execução da pena em decorrência da prescrição dos crimes.

Alegou-se nesse ponto ainda, que a advocacia criminal tem colaborado para a lentidão e até mesmo o afogamento do sistema de justiça, pois que utilizam de vários meios recursais, a fim de protelar o trânsito em julgado em benefício de seus clientes.

Contudo, manifestamente esses fundamentos não poderiam assistir razão, isso porque, diferentemente de outros princípios que trazem orientações gerais e abstratas, a presunção de inocência é um princípio-regra e como tal impõe notório dever de tratamento ao investigado/acusado e lapso temporal expresso para que se permita concluir que alguém é culpado, essa regra não pode ser relativizada e vai até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória³⁶.

A efetividade de um sistema não pode servir de pretextos para exclusão de garantias, porque os fins não justificam os meios, ainda que esses fins pareçam muito relevantes é preciso seguir as regras do jogo democrático, e respeitar essas regras é obedecer às leis.

A Constituição veda expressamente que se considere um indivíduo culpado antes do transitado em julgado de sentença penal condenatória, o que é senão considerar alguém culpado colocando-o no cárcere em decorrência de pena que não transitou em julgado e fora das hipóteses legais de prisões processuais?!³⁷

A lentidão do judiciário brasileiro se funda em problemas que nada tem a ver com a preservação de garantias do acusado, a ineficácia do Estado não pode ser colocado na conta do exercício da advocacia, desses que estão desenvolvendo seu trabalho, que deveras é imperioso para o sistema de justiça, se a defesa criminal utiliza de tais recursos é porque eles existem na ordem

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

³⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais uma questão de regra ou de princípio- execução provisória da pena**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 09/11/2019.

³⁷CARVALHO, Luis. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6º Edição. Editora Saraiva. 2014, p. 189.

legal e os juízes e tribunais percebendo o caráter protelatório destes têm meios para saná-los, nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio³⁸ afirmou categoricamente que embora reconheça todas as problemáticas afetadas nos votos anteriores sobre a morosidade do sistema de justiça, existem diversos meios que o Estado pode utilizar e que dedicam-se a interrupção do prazo prescricional dos crimes.

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro[...].

É completamente irrazoável se considerar que o réu quando interponha Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça ou Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, tenha que aguardar o resultado recolhido ao cárcere, ora, se a justiça é morosa como levantado por diversas vezes nas palavras dos Ministros, imagine-se para o réu que terá que aguardar o desfecho de seu julgamento sendo privado de sua liberdade.

[...] O direito penal e o processo penal são provas inequívocas de que o *Estado-Penitência* (usando a expressão de Loïc Wacquant), já tomou ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do tempo.³⁹

Uma das grandes celeumas verificadas nesse julgado é até que momento deve-se considerar o indivíduo presumidamente inocente, isso porque, muito embora a Constituição tenha expressamente condicionado ao trânsito em julgado, há uma “ala” defensiva de que essa presunção só poderia ir até a condenação de segundo grau, eis que, após o julgamento da apelação estaria formado um juízo de culpa do réu, ainda que provisório, ficando encerrada a possibilidade de discutir matérias de fato nas instâncias superiores, pois o Recurso Especial e Extraordinário pela própria natureza destinam-se a discutir apenas matérias de direito e não importam como regra em

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

³⁹ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2019, p. 39.

efeito suspensivo, havendo justamente por esses motivos uma pouca reversibilidade da situação do réu.

A argumentação continua na direção de que, por ser os Recursos Especial e Extraordinário mais estreitos no tocante a sua matéria, seria plenamente válido prender o acusado com condenação em segunda instância, porque dificilmente veria seu julgamento revisitado nas instâncias superiores já que quando interpostos esses recursos não teria o condão de fazer justiça ao caso concreto, mas tão somente devolver para análise as matérias referentes a decisões que contrariem lei federal ou a Constituição, daí porque, não se poderia considerar presumidamente inocente uma pessoa condenada em grau de apelação. Nessa linha o Ministro Gilmar Mendes afirma: “Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo.”

No entanto, em que pese realmente os Recursos Especial e Extraordinário só possam ser interpostos em matérias bem específicas que tratem de questões de direito, isso não inviabiliza, ainda que em menor número, é verdade, ter o réu reconhecida nestes a sua inocência e até mesmo a diminuição da sua pena, não podendo por expressa previsão constitucional compará-lo a alguém que já teve sua sentença condenatória transitado em julgado, a Constituição não logrou “considerar-se culpado após condenação de segunda instância” ou “após grau de apelação”, devendo-se, por ora, aguardar o esgotamento de todos os recursos cabíveis, nesse diapasão, vale destacar as palavras do decano Ministro Celso de Mello.

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.

A despeito ainda do conteúdo desses recursos é preciso trazer alguns pontos questionáveis. Inicialmente, embora possuam previsão nos artigos 102, III e 105, III, da Constituição Federal, a mesma é silente quanto à possibilidade ou não de efeito suspensivo.

O Código de Processo Penal, somente prevê o Recurso Extraordinário que em estreito conteúdo pouco desenvolve-o, faltando-lhes regulamentação quanto aos procedimentos a serem adotados, não possuindo o Recurso Especial nenhuma referência legal no CPP e em decorrência

dessas lacunas e omissões o Código de Processo Civil é utilizado subsidiariamente. “Art. 283 do CPP- O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

Ora, fazendo uma leitura simplória desse artigo, poderia-se auferir em relação ao Recurso Extraordinário que não haveria necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para execução da pena, devendo o sentenciado de segundo grau tão logo ser recolhido à prisão, ocorre que, muito embora este artigo do CPP não tenha sido revogado, as matérias infraconstitucionais devem se conformar com o que dispõe a Constituição Federal e não o contrário.

Não bastasse a própria Constituição para retirar-lhes a eficácia, o artigo 283 do CPP e a Lei de Execução Penal, proíbem coerentemente com o que regulamenta a ordem constitucional a prisão antes do trânsito em julgado. Nesse sentido, vale lembrar as palavras do Ministro Eros Grau quando do julgamento do HC N° 84078/MG:

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. [...] ⁴⁰

Vejamos ainda, que no direito civil que se revela a cuidar de questões relativas ao campo patrimonial, pode-se garantir caução nos Recursos Especial e Extraordinário para ver-se suspenso os efeitos da condenação. Já no âmbito penal seria a grande caução a privação da liberdade do indivíduo?! Sobre essa incongruência retrata o Ministro Marco Aurélio.

Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 84.078-7/MG. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 26/11/2019.

E segue o Ministro Lewandowski⁴¹:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

Ademais, no voto do Ministro relator Teori Zavascki⁴², foi possível ainda verificar justificações de cunho comparativo com ordenamentos estrangeiros. A conclusão a que se chegou é que deveria-se interpretar a Constituição a fim de possibilitar a execução provisória da pena, já que em diversos países, a exemplo da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina não se suspende a execução da pena aguardando *referendum* da Corte Suprema.

Mas vejamos, é preciso ter moderação quanto a algumas afirmações, isso porque, a Constituição brasileira coube por bem definir o lapso temporal para que se deixe de presumir um cidadão inocente, que repita-se, só se encerra com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, devendo-se, portanto, afastar-se essas explicações no sentido de acompanhar os ordenamentos de outros países, ora, o que prevalece é o ordenamento pátrio, é a Constituição concebida no país, as leis de outros países não podem servir de fundamentos para aterrar as nossas regras.

A Constituição brasileira cabe toda a reverência, foi construída sob a ótica de respeito aos direitos e garantias fundamentais, de uma sociedade que aspirava por dias melhores e que a pouco tempo estava embalando numa árdua luta contra o autoritarismo de um Estado que não só calava como também torturava e aniquilava todos aqueles contrários a suas imposições, não atoa firmou em seu primeiro título o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, vale destacar a manifestação do Ministro Celso de Mello:

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.

Outro momento que em muito chamou atenção nesse julgado foram as declarações trazidas pelo Ministro Barroso de que somente os réus ricos conseguem recorrer às instâncias superiores, porque somente estes têm condições de ter os melhores advogados criminalistas e que os réus pobres não têm dinheiro para ter bons advogados, nem a Defensoria Pública tem estrutura para “banco procrastinação”, continuou o Ministro afirmando pela desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado já que há pouco provimento dos Recursos Extraordinários e concluiu dizendo que dessa forma diminuir-se-ia a seletividade do sistema penal, principalmente no que tange aos crimes de colarinho branco.

Bom, em primeiro momento, é preciso afastar-se dessa ideia de que só se tem uma boa defesa aqueles que têm condições de pagar os advogados mais caros, isso é uma meia verdade, não se deve lograr uma boa ou má defesa ao preço de quem paga mais por elas, além do que, o fato da Defensoria Pública não atender a todos os réus pobres da forma como deveria não podem servir aos discursos de “quanto menos melhor”, afinal, onde está escrito que os réus pobres com seus advogados baratos ou não e defensoria pública não alcançam o Supremo?!

Pior, reduzir o direito de recorrer à procrastinação e afirmar que tem que prender os réus porque a possibilidade de reverter sua situação nas instâncias superiores é em menor número, é senão, um argumento de jurisprudência defensiva, daqueles que querem ver diminuído ao máximo a quantidade de garantias do cidadão.

Ademais, é preciso parar de visualizar-se pessoas como se fossem números, porque ainda que estivéssemos falando de um inocente que conseguiu reverter sua situação nas cortes superiores, é mais do que louvável, porque a regra máxima dos estados democráticos de direito é que mais vale vários culpados soltos do que um inocente preso.

Nesse diapasão, vale lembrar mais uma vez a posição do Ministro Eros Grau⁴³ em seu voto no HC nº 84.078-7/MG:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

Um outro ponto muito controverso no julgamento deste Habeas é a total incoerência de se possibilitar a prisão em segunda instância, quando o mesmo plenário do STF reconheceu por unanimidade em 2015 na ADPF nº 347⁴⁴ o estado de coisas inconstitucional em que se encontra sistema carcerário brasileiro. Sobre essa perplexidade ressalta o Ministro Lewandowski⁴⁵:

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

Não menos importante, há de destacar-se neste julgamento o posicionamento de alguns Ministros quanto a um limite de conformação com o texto constitucional, isso porque há conteúdos constitucionais que são insuperáveis, não podendo-lhes ser atribuído outro sentido, senão aquele insculpido em seu próprio texto. A Constituição Federal resolveu consignar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e transitar em

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 26/11/2019.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26/11/2019.

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

julgado é pacificamente reconhecido na doutrina e jurisprudência como sendo a decisão ao qual não caiba mais nenhum recurso. Para o Ministro Marco Aurélio:

[...]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. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.

Nessa mesma linha segue o Ministro Levandovisck:

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que in claris cessat interpretatio. E aqui nós estamos, evidentemente, in claris, e aí não podemos interpretar, data vênua

Em síntese, neste julgado, firmou-se por maioria de votos a execução da pena antes do trânsito em julgado, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Ocorre que, a decisão do Supremo de tão discrepante com a ordem constitucional ensejou os pedidos de Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283, do [CPP](#), que impede, assim como dispõe a Constituição Federal a prisão antes do trânsito em julgado.

Não bastassem esses pedidos, o Supremo vislumbrou-se em 04 de abril de 2018, novamente discutindo a tese da prisão em segunda instância em sede de Habeas Corpus n° 152752/PR⁴⁶, impetrado pelo ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

No julgamento deste Habeas, chamaram atenção algumas questões, o Ministro Marco Aurélio, relator das Ações Diretas de Constitucionalidade criticou a ora Presidente do Tribunal, a Ministra Carmém Lúcia, por não ter acatado seu pedido de pautar as ADCS, para o Ministro, era questão de ordem pautar primeiro as ADCS, pois a sua decisão importa em efeitos erga omnes, ou seja, para todos, e a tese a ser discutida no Habeas Corpus tinha como “pano de fundo” exatamente

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator: Min. Edson Fachin, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 10/11/2019.

a prisão em segunda instância, continuou o Ministro criticando veemente a possibilidade de se estar naquele momento julgando a capa do processo e não o seu conteúdo.

A rigor, a rigor, por isso ou por aquilo, apreciando este habeas corpus, estaremos apreciando as ações declaratórias de constitucionalidade. O Colegiado será o mesmo quanto à decisão que proferirá nas duas ações – de nº 43 e nº 44. E causará estranheza se avançar-se agora – não sei qual será a conclusão do Colegiado – para o indeferimento da ordem neste habeas e depois acolherse os pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade. Ou seja, estamos julgando em definitivo – e precisamos ter presente que processo não tem capa, tem conteúdo estritamente – a questão de ser ou não possível, ante a cláusula do principal rol das garantias constitucionais, o do artigo 5º, alusiva ao princípio da não culpabilidade – pelo Pacto de São José da Costa Rica, princípio da inocência –, a execução da pena, portanto, sanção implementada antes do trânsito em julgado.

O placar a que se chegou no julgamento deste *Habeas* foi de seis votos a cinco, a Ministra Rosa Weber surpreendentemente votou contra sua própria compreensão acerca da tese (a Ministra sempre se posicionou contra a execução antecipada da pena), com o argumento que desta forma estaria-se prestigiando a colegialidade e a segurança jurídica do Tribunal, sendo que naquele momento se votasse conforme seu livre convencimento estaria formada uma nova maioria e, portanto, vedada a possibilidade da prisão antecipada da pena. Foi denegada a ordem para que o paciente pudesse recorrer em liberdade.

Contudo, a celeuma da prisão em segunda instância não se esgotou por aí e em 19 de dezembro de 2018, o Ministro Marco Aurélio, em decisão liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54, suspendeu a execução antecipada da pena de todos os presos condenados em grau de apelação, dentre os argumentos utilizados, o Ministro, mais uma vez reforçou que não se pode precipitar a execução da sanção penal, porque isso importa em antecipação de culpa do acusado, sendo plenamente vetado pela Constituição Federal.⁴⁷ A liminar foi imediatamente derrubada pelo Ministro Presidente do Tribunal, Dias Tofolli.

Enfim, foi julgada em recente decisão de 7 de novembro de 2019 as ADCS 43,44 E 54 e o Supremo como Corte Constitucional que é disse exatamente o que impõe a letra da lei, foi então declarada a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que impede a execução antecipada da pena,

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307371&ext=.pdf>>. Acesso em: 28/11/2019.

ficando vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Edson Fachin.

5 CONCLUSÃO

Nota-se no presente artigo a complexidade e relevância do tema abordado, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, tendo como ponto de partida o mesmo texto constitucional, ora diz ser possível a execução antecipada da pena e ora diz que não.

Verificou-se nos julgados diversas violações explícitas ao texto Constitucional, isso porque, à Constituição brasileira coube por bem definir que nenhum cidadão pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de condenação penal, não podendo o Supremo Tribunal Federal superar a esse limite hermenêutico.

O processo penal não pode ser logrado ao preço da conveniência dos magistrados, do anseio social e das exposições midiáticas, isso porque o direito penal foi construído sob a égide de muita luta social, para que o indivíduo passasse a ser visto como ser humano e não como inimigo do Estado, não se podendo reformular conceitos consolidados que perfazem a essência de ser do próprio direito.

É preciso compreender que todos os tipos de prisões estão bem delimitados na Constituição Federal, não podendo o Supremo Tribunal Federal criar um novo método de prender pessoas através de condenação em grau de apelação, isso é terminantemente vedado pela Lei Maior, desprovido de qualquer fundamentação, não agrega nenhum robustecimento, afinal, cabe ao Supremo a guarda da Constituição.

Sabe-se que ao Supremo cabe dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, mas, é preciso lembrar que há limitações à função de intérprete, isso porque, a Constituição Federal é uma Carta produzida pelo Constituinte e não uma folha em branco para os Ministros escreverem o que quiserem.

Os fins definitivamente não justificam os meios e nenhum argumento, ainda que pareça muito relevante pode predominar sobre a soberania da Constituição, terminantemente proibiu este tipo de prisão antecipada, desprovida de qualquer fundamentação, sem nenhum robustecimento, que ceifa do cidadão seu bem maior, a liberdade de ir e vir, pura e simplesmente porque foi condenado em segunda instância, ora, quantos casos são revistos nas instâncias superiores.

As considerações finais se evidenciam como pontes e portas abertas ao desenvolvimento futuro do objeto e da proposta de pesquisa. Nesse sentido, ao apresentar o resultado crítico da pesquisa, busca-se menos o esgotamento do tema (de grande relevância e complexidade social e jurídico-penal) que a apresentação de um posicionamento que contribui para um sistema penal democrático e limitado por um princípio-regra, essencial à preservação e respeito à liberdade, como a presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique, **Direito Processual Penal**. São Paulo, Elsevier-Campus Jurídico, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique,. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 09/11/2019

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>.1764,. Acesso em: 28/09/2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Ministério Público Federal. **10 medidas contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 20/11/2019

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**, 03 de dezembro 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 26/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. Relator: Min. Eros Grau,05 de fevereiro 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 26/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator: Min. Edson Fachin, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 10/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307371&ext=.pdf>>. Acesso em: 28/11/2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a. Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6^o Edição.. Editora Saraiva. 2014.

COSTA, Lucas Gabriel S. O direito penal como instrumento de controle social do método ideológico de dominação. Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015. P. 456.

¹SANCHÍS, Luis Prieto. **La filosofía penal en la ilustración española**. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/2.1.4la-filosofia-penal-de-la-ilustracion-espanola.pdf>>. Acesso em: 02/10/2019.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. *A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal*. A intervenção da vítima no fato perigoso. 2019. Tese - Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

FENOLL, Jordi Nieva. **La razón de ser de la presunción de inocência**. Barcelona, Enero, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3^a Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.

LIMA, Danilo Pereira; NEVES, Isadora Ferreira. De Robespierre à "lava jato": quem irá salvar o Direito dos virtuosos?. Revista Consultor Jurídico. Disponível em:<

<https://www.conjur.com.br/2019-jun-22/diario-classe-robepierre-lava-jato-quem-ira-salvar-direito-virtuosos>>. Acesso em:01/10/2019.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16^o edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2019

LOPES, Aury Jr.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. 2016 Parecer. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>,. Acesso em: 18/10/2019.

MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **A Presunção de inocência como um direito humano fundamental na constituição brasileira e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33845/pdf>>. Acesso em: 26/11/2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21^a Edição revisada, atual. e ampl. São Paulo. Editora Atlas, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14^a Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2006, p.386. Disponível em:<<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/FI%C3%A1via%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 02/11/2019

RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: Do Texto à Ação: Ensaios de Hermenêutica II. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S. P. 228

ROMANO, Rogério Tadeu. As cláusulas pétreas não podem ser reformuladas. Revista Jus Navegandi. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/77722/as-clausulas-petreas-nao-podem-ser-reformuladas>>. Acesso em: 03/11/2019.

SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración española*. IN: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Educiones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais uma questão de regra ou de princípio-execução provisória da pena**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 09/11/2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política crimina nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**. Rio de Janeiro, Editora Casa da Palavra/LeYa, 2018

O PROCEDIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE, SEUS PROBLEMAS DOGMÁTICOS E A HARMONIZAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Alexandre Doria Passos

RESUMO

A Lei 13.105/15 trouxe ao ordenamento brasileiro uma série de inovações procedimentais, dentre as quais aquela que norteia o presente estudo, o procedimento de tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, objeto questionamentos doutrinários. Assim, utilizando o método dedutivo, com pesquisa aplicada e exploratória associada à bibliográfica, ter-se-á como ponto de partida a apresentação do instituto da tutela provisória, bem como do referido procedimento, para passar à observação dos principais problemas apontados pela doutrina, para, ao fim, mostrar como a doutrina e jurisprudência tem tentado harmonizar algumas lacunas legislativas ao longo de quase 04 (quatro) ano de vigência do NCPC.

Palavras chave: Tutela Provisória Antecipada Requerida em Caráter Antecedente. Problemas. Harmonizar.

THE PROCEDURE OF INTERLOCUTORY RELIEF REQUESTED IN THE COMPLAINT, ITS DOGMATIC PROBLEMS AND DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL HARMONIZATION

ABSTRACT

Law 13.105/15 brought to the Brazilian system a series of procedural innovations, among which the one that guides this study, the procedure of interlocutory relief requested in the complaint, object of doctrinal questions. Thus, using the deductive method, with applied and exploratory research associated with the bibliography, the starting point will be the presentation of the provisional remedy institute, as well as the referred procedure, to proceed to the observation of the main problems pointed out by the doctrine, to, at the end, show how the doctrine and jurisprudence has tried to harmonize some legislative gaps over almost 04 (four) years of the NCPC's effectiveness.

Key-words: Procedure of interlocutory relief requested in the complaint. Problems. Harmonize.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.105/15 foi gestada por uma Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal no ano de 2009, que, no ano seguinte, apresentou o anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, aprovado e sancionado em 16 de março de 2015, com entrada em vigor no dia 18 de março de 2016.

O Novo Diploma Processual Civil trouxe inúmeras inovações ao sistema processual pátrio, dentre as quais a criação de um procedimento voltado a viabilizar a análise e concessão de pedido de tutela provisória antes mesmo de serem formulados os pedidos principais, o que se chamou de tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, criando a possibilidade de pleitear a medida provisória sem que sejam delimitados todos os pedidos principais.

Mas, juntamente com a inovação, veio à tona uma série de questionamentos doutrinários, muitos deles em decorrência de uma normatização extremamente sucinta, para não dizer omissa, do legislador.

O presente estudo busca debruçar sobre alguns desses questionamentos, a fim de verificar qual tem sido a solução dada pela doutrina e pela jurisprudência para viabilizar a aplicação do referido procedimento sem maiores percalços.

Para isso, utilizando-se do método dedutivo, e com pesquisa aplicada e exploratória associada à bibliográfica, primeiramente será preciso compreender a atividade jurisdicional e a função da tutela provisória no sistema processual, para então observar o procedimento de tutela provisória antecipada antecedente e apresentar alguns dos temas polêmicos detectados pela doutrina, para só então apresentar os caminhos que têm sido trilhados pela doutrina e jurisprudência na busca de harmonizar o procedimento inaugurado pelos artigos 303 e 304 da Lei nº 13.105/15.

2 A TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA E O PROCEIDMENTO ANTECEDENTE DO NCPC

O ser humano tem como traço característico a tendência de se associar a outros indivíduos, como condição essencial à sobrevivência e como meio de realização de fins e necessidades. Consequentemente, a vivência em coletividade faz com que ocorram conflitos entre indivíduos, ou entre esses e o Estado, sob as mais diversas perspectivas, e que não sendo resolvidos, geram angustia e tensão aos envolvidos, aflorando no ceio da sociedade como um fator antisocial (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 28).

Nos primórdios civilizatórios, inexistia qualquer tipo de estrutura organizada voltada a buscar solver esses conflitos, os quais eram resolvidos pelo uso da força, prevalecendo a vontade daquele que tivesse o maior poderio. Com o tempo, pôde-se perceber que esse não se mostrava como sendo o melhor caminho, e a solução de entraves na sociedade passou a ser feito não mais por ato das próprias partes, mas sim a partir da atuação de um terceiro, no qual os envolvidos depositavam louvavam e depositavam sua confiança (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 29).

Somente no séc. III dC é que o Estado passou a ser esse terceiro que intervém no conflito em busca de uma solução. E, na sequência desse processo histórico, que se inicia com uma justiça privada e passa à justiça pública (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 31), chega-se ao momento em que se estabelece a exclusividade dessa, com a vedação da justiça particular quando do advento do Estado Moderno, que dispunha de todo um aparato voltado a solucionar os conflitos oriundos do convívio coletivo, buscando concretizar a convivência humana pacífica (MARCATO, 2013, p. 22).

Assim, *“O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos”* (MARINONI, 2004, p. 26); ou seja, cabe ao Estado não somente prestar a atividade jurisdicional, mas fazê-la de forma qualificada, propiciando ao

jurisdicionado o seu direito de forma adequada, eficiente e efetiva, como previsto dentre as normas fundamentais que orientam o NCPC⁴⁸.

Ocorre que a concretização da jurisdição se perfaz por meio de um processo, o qual, impreterivelmente, demandará tempo, o qual poderá variar de acordo com o litígio e suas especificidades. É inegável que não se pode conceber a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário de forma automatizada, a ponto de uma vez apresentados os fatos, de pronto, imediatamente, termos a solução do conflito.

Contudo, existem situações em que por menor que seja o intervalo de tempo necessário para obtenção de uma tutela definitiva, a parte poderá demonstrar a necessidade de obtenção de uma tutela jurisdicional imediata. Segundo o saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki (1999, p. 66), apesar de o decurso do tempo ser inevitável para a obtenção de uma tutela jurisdicional que forneça segurança jurídica, há situações em que o aguardo porá em risco o direito reclamado e a própria efetividade da jurisdição.

Em casos como esses, os ordenamentos jurídicos passaram a prever as chamadas tutelas provisórias, as quais buscam, exatamente, repelir os riscos do tempo que recaem sobre a atividade jurisdicional ou o próprio direito pleiteado pelo querelante, alcançando um maior grau de efetividade jurisdicional, funcionando essa como verdadeira ferramenta de acesso à justiça (SOUZA, 2011, p 271).

Coube a doutrina italiana da primeira metade do século XX, encabeçada por Giuseppe Chiovenda (2000, p. 281-283), promover a evolução do instituto, distanciando tutela cautelar da execução forçada, colocando-a ao lado da função cognitiva e executiva como uma ação, e tendo por finalidade afastar um temor de dano e garantindo a futura satisfação do direito, ou seja, o que chama de vontade da lei.

⁴⁸ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Posteriormente, Piero Calamandrei (1936, p. 19) foi responsável por defender que não se tratava de uma ação, mas sim como um provimento.

Viceversa debbo ricorrere a questa misura provvisoria cautelare perché, se volessi attendere la emanazione del provvedimento definitivo, la necessaria lentezza del processo ordinario farebbe sì che questo giungesse inefficace, quando già il danno, che com um immediato provvedimento preventivo avrebbe potuto essere evitato, si fosse prodotto in maniera irrimediabile.

Após, foi a vez de Francesco Carnelutti (1958, p. 357-358) contribuir com a evolução do instituto, visualizando a cautelaridade como um processo a ser posto ao lado do processo cognitivo e do executivo; tendo por meio de uma medida voltada a inibir uma conduta, para restituir ou antecipar a tutela.

O legislador pátrio incorpora ao ordenamento processual brasileiro, na forma do art. 798 do Código de Processo Civil de 1973⁴⁹, a previsão da tutela provisória cautelar de aplicabilidade ampla a qualquer que fosse o tipo de procedimento.

Pode-se dizer, então, que em um primeiro momento, o legislador voltou suas atenções somente para situações em que a atividade jurisdicional executiva se mostrava em risco (MITIDIERO, 2013, p. 21), mostrando-se necessária a adoção de medidas capazes de protegê-la, sem, contudo, conceder de imediato ao sujeito o direito perquirido. Estamos falando de medidas de natureza acautelatória.

No que diz respeito ao que se conhece como tutela provisória satisfativa, o que se encontrava no texto originário do CPC de 73 eram hipóteses restritas a determinados procedimentos especiais, a exemplo das ações possessórias (art.928 do CPC de 73⁵⁰).

⁴⁹ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁵⁰ Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Diante desse cenário legislativo, a doutrina e jurisprudência, sob o argumento do “Poder Geral de Cautela” passaram a estender a aplicabilidade do art. 798 do CPC de 73, a fim de que fossem concedidas tanto medidas acautelatórias e satisfativas, dando vez ao que se acostumou a chamar de medidas “Cautelares Satisfativas”, um enorme um contra senso lingüístico.

A interpretação desse instituto sempre foi controvertida na doutrina, especialmente no que respeita ao alcance e conteúdo das tais “medidas provisórias adequadas”. No cerce da polemica situou-se a questão de se saber se essas medidas eram apenas consistentes de garantia do processo, restritamente consideradas, ou se, ao revés, poderiam comportar também providências que representassem a própria antecipação do direito material afirmado pelo interessado. (ZAVASCKI, 1999, p. 40).

Em 1994, com a edição da Lei nº 8.952, que alterou a redação do art. 273 do Código de Processo Civil, o ordenamento passou a conter dois *locus* diferentes relacionados as regulamentação das medidas provisórias para qualquer que fosse o processo de conhecimento. Quando a medida tivesse natureza acautelatória, observar-se-ia o art. 798, caso a finalidade da medida fosse satisfativa, dever-se-ia observar requisitos próprios elencados no art. 273, os quais se mostravam mais rigorosos e diferentes do que aqueles postos para as medidas cautelares (ZAVASCKI, 199, p. 44-45).

E assim foi até a edição da Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), o qual trouxe inovações no que se refere à tutela provisória. Além de unificar geograficamente a regulamentação, unificou os requisitos ensejadores da tutela cautelar e da antecipada, as quais passaram ser espécies do gênero tutela provisória de urgência.

Todavia, a grande novidade está contida nos artigos 303 e 304 do referido diploma, os quais regulamentam o procedimento antecedente de concessão da tutela antecipada, permitindo que o jurisdicionado provoque o Poder Judiciário para pleitear, naquele momento, tão somente a tutela provisória de urgência antecipada, sem formular a integra dos pedidos que, por ventura, buscar-se-ia obter de forma definitiva.

Trata-se de instituto que, para Lorena Braga d’Almeida Guedes (2016, p. 130-132) e Antonio de Moura Cavalcanti Neto (2016, p. 197), teve inspiração no ordenamento francês, mais

especificamente no instituto do “*référé provision*”, posto no art. 809 da Codificação Processual Civil Francesa⁵¹.

No entanto, há quem defenda que, em verdade, a maior inspiração do legislador vem do procedimento especial de ação monitória. É o caso de Fredie Didier, Paula Sarno Rafael Alexandria Oliveira (2019, 730-731), Eduardo Talamini (2012, p. 22) e Marco Paulo Denucci Di Spirito (2016, p. 367-369).

Afora o debate acerca da origem das influências que levaram o legislador a fazer constar os artigos 303 e 304 no NCPC, o procedimento de tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente serve, como já dito a que o demandante formule, em um momento inicial, somente o pedido de tutela provisória, antes mesmo de apresentar os fundamentos e o pedido principal.

Para tanto, o Autor da demanda terá que, na peça inaugural, observar além do quanto posto no art. 319, também o conteúdo do caput art. 303, indicando qual será o pedido principal, apesar de só formular o pleito de urgência, bem como, fazer expressa menção de que pretende se valer do benefício posto no caput do art. 303.

A pergunta que a ser feita no primeiro momento seria: qual a vantagem oriunda desse procedimento? E a resposta está no *caput* do art. 304, que prevê que, uma vez não impugnada a decisão interlocutória concessiva da tutela provisória antecipada antecedente, a mesma se torna estável, outra novidade apresentada pela Lei nº 13.105/2015, que, apesar de fazer com que a decisão proferida continue gerando efeitos, por expressa previsão legal não se confunde com a coisa julgada⁵².

⁵¹ Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

⁵² Art. 304. (...) § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

3 PRINCIPAIS QUESTÕES DOGMÁTICAS RELACIONADAS À TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE

As inovações apresentadas pelo legislador infraconstitucional quanto a tutela provisória antecipada antecedente foram fortemente aplaudidas pela doutrina e jurisprudência. Mas, ao mesmo passo, trouxeram inquietudes na dogmática jurídica⁵³, muitas delas decorrentes da ausência de uma regulamentação mais extensa e precisa quanto ao tema. Heitor Vitor Mendonça Sica (2016, p. 343-363), por exemplo, debruçando-se sobre o procedimento de tutela antecipada antecedente, identificou doze problemas relacionados ao procedimento de tutela provisória antecipada antecedente.

O presente estudo não irá exaurir todas as questões relacionadas ao procedimento em debate, mas voltará seus olhos para aqueles que entendemos ter maior relevância na prática forense.

A primeira delas reside na questão da ordenação dos prazos estabelecidos pelos art. 303, § 1º, I, e art. 304, caput, do NCPD, em outras palavras, em como serão organizados os prazos para aditamento da inicial por parte do Autor e para impugnação pelo Réu.

Questão interessante pode ocorrer quando o prazo para recurso pelo Réu e para o aditamento do Autor for coincidente. A consequência da inércia do Réu implica a estabilização da tutela antecipada (§ 2.º do art. 303), ao passo que a consequência do Autor implica a extinção do processo com a revogação da tutela antecipada adrede deferida (§ 1.º do art. 304). Nesta hipótese, extinguir-se-á o processo com ou sem a tutela antecipada “estável”? (WAMBIER, 2016, p. 565).

Para Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 710), após a concessão da tutela provisória satisfativa, os prazos em questão não fluirão de forma simultânea, devendo fluir tão somente o prazo posto para o Réu promover a impugnação da decisão interlocutória. O prazo conferido por lei para a parte

⁵³ Con otras palabras: La dogmática jurídica es esencialmente evaluativa en un sentido más radical que el ya expresado. Con la ayuda de estos cuatro elementos,, podemos dar una formulación más precisa de los contenidos del punto de vista epistemológicamente interno cuando se lo compara con el punto de vista externo representado por las ciencias sociales. La dogmática jurídica está ligada siempre – al menos en un cierto grado – a suposiciones básicas jurídico-positivas, toma como punto de partida una cierta lista de fuentes del derecho, depende de ciertas reglas y principios metodológicos y, en ciertas situaciones, toma decisiones basadas en valores. Aarino, Aulis. Lo racional como razonable. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 54.

Autora aditar a inicial estaria condicionado à conduta adotada pela parte adversa. Ou seja, caso o Réu não promova a impugnação cabível, a decisão se estabilizará e, por isso, o Autor sequer precisará aditar a petição inicial. De outro modo, havendo a impugnação cabível, o Autor deverá ser cientificado pelo juízo, dando início à contagem do seu prazo.

Segundo referido doutrinador, “*Exigir, nessa altura, do Autor a tomada de providência somente compatível com não estabilização da medida provisória, seria uma incongruência, seria forçar o andamento de uma causa cujo objeto já se extinguiu*” (JÚNIOR, 2019, p. 710)..

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 937), no bojo do seu consagrado Código de Processo Civil Comentado, apesar de aparentemente conjugarem do entendimento de que os prazos de aditamento e de impugnação não devem ser computados simultaneamente, caminham em sentido diametralmente oposto quanto ordem de contagem, iniciando-se pelo prazo aditamento para somente depois fluir o prazo de impugnação.

Diferentemente, o Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira (2019, p. 734), deixam claro em seu Curso de Direito Processual Civil, que tem interpretação completamente distinta, posicionando-se no sentido da fluência simultânea dos prazos em questão, e concluem:

Não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial (art. 303, § 1º, I, CPC). Isso porque o prazo para aditamento – 15 dias, no mínimo – pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo de recurso (art. 1.003, § 2º c/c art. 231, CPC).

No entanto, não questionam as conseqüências de tal entendimento, o que é feito pelo professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 522-523), que, apesar de reconhecer o equívoco legislativo e a possibilidade da existência de outras correntes, chama atenção para a impossibilidade de interpretações *contra legem*, razão pela qual defende que os prazos em questão não devem ser contabilizados de forma sucessiva e condicionados, e sim concomitantemente. E, na hipótese de o Réu promover a impugnação e o Autor não aditar a inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito. De outro modo, em o Autor tendo promovido o aditamento e o Réu não tendo realizado

a impugnação pelos meios cabíveis, o juízo deverá intimar o requerente para que opte pela continuidade do processo em busca da tutela definitiva ou pela estabilização da tutela provisória.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Melo (2016, p. 561), em obra conjunta, reconhecem que apesar do silêncio do legislador, ambas as partes serão comunicadas imediatamente da concessão da tutela provisória, sendo o Réu imediatamente citado e intimado da audiência designada. Contudo, o prazo de defesa só terá termo inicial quando da realização da audiência de conciliação ou mediação sem êxito.

No mesmo sentido, Misael Montenegro Filho (2016, p. 599-601) adere a tese de notificação imediata do Autor e do Réu, mas evolui seu raciocínio para, na prática, defender o desmembramento do que está consignado no inciso II, do § 1º, do art. 303. Ou seja, o juízo, ao deferir a tutela provisória, deve determinar a citação do Réu para que promova a impugnação da decisão interlocutória, e só será intimado da designação da audiência de conciliação ou mediação na hipótese do Autor promover o aditamento que lhe cabe

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2019, p. 226), não adentram no mérito da forma de contagem dos prazos de aditamento e de impugnação, mas deixam claro que não comungam da idéia de haver para o Autor o poder de escolha, na medida em que afirmam que *“o processo só seguirá rumo à audiência de conciliação e mediação, se o Réu interpuser agravo de instrumento contra a decisão que antecipou a tutela”*.

José Miguel Garcia Medina (2018, p. 503), em seu Curso de Direito Processual Civil Moderno, reconhece haver um problema legislativo nesse ponto, e apresenta, na sua visão, duas possíveis soluções. Partindo da idéia de que as partes serão notificadas imediatamente da decisão, e que o prazo da parte Autora tente começar a fluir, via de regra, antes do prazo concedido ao Réu, caberia ao magistrado fixar para o Autor um prazo maior do que 15 (quinze) dias, como autorizado pelo art. 303, § 1º, I, ou estipulá-lo de imediato, condicionando sua contagem à comunicação referente a conduta adotada pelo Réu de impedir a estabilização da tutela.

Ou seja, em uma solução os prazos seriam contabilizados em paralelo, na outra os prazos seriam contados de forma sucessiva.

Como se percebe, segundo essa ótica, não caberia ao Autor a escolha do prosseguimento ou não da demanda, mas sim ao Réu.

Outro ponto sensível está na estabilização da tutela provisória concedida em caráter antecedente. Pois, o art. 304, *caput*⁵⁴, estabelece, expressamente, somente um pressuposto para sua configuração, a inércia do réu com a não interposição do recurso cabível. Mas será que a única forma de afastar a estabilização seria com a interposição do recurso cabível?

O legislador teria limitado à impugnação por meio do recurso cabível como única conduta capaz de afastar a estabilização, ou, em verdade, a sua intenção seria prever que o demandado poderia se utilizar de outros meios para dar prosseguimento ao litígio, e com isso, fosse por meio do agravo de instrumento ou por meio de contestação apresentada nos autos em momento inoportuno, ou outro meio capaz de demonstrar sua discordância com o pleito autoral, impedir-se-ia a concretização da estabilização da tutela provisória concedida nesses moldes?

Por fim, o terceiro e último ponto que merece destaque está posto no art. 304, § 1º, da Lei nº 13.105/15, o qual trata da hipótese em que o réu não promove a impugnação que lhe cabe sobre a tutela provisória concedida em caráter antecedente, fazendo incidir o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória, determinando-se simplesmente que o processo será extinto.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

⁵⁴ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Diante do tal redação, a pergunta é: a extinção do processo, no caso em que o réu deixa estabilizar os efeitos da tutela, será com ou sem resolução do mérito.

Para Heitor Vitor Mendonça Sica (2016, p. 357), no momento em que o juiz constatar que o réu não interpôs o recurso cabível, conforme estipulado pelo art. 303, § 1º, II, deverá proferir sentença terminativa, ou seja, sem resolução de mérito, estabilizando a tutela provisória. Nesse sentido, posicionam-se Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira (2019, p. 740-741); Antonio de Moura Cavalcanti Neto (2016, p. 206).

De outro lado, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart, Daniel Mitidiero (2019, p. 227), Bruno Garcia Redondo (2016, p. 287), entendem que diante do silêncio legislativo a extinção do processo deve ocorrer com resolução do mérito.

Diante de tais incertezas, o que se pode confiar é de que a palavra final deverá ser dada pelo Poder Judiciário, com o passar do tempo, por meio dos magistrados que serão “*chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o direito*” (CAPPELLETTI, 1999, p. 74)⁵⁵.

4 A DOCTRINA, A JURISPRUDÊNCIA E A HARMONIZAÇÃO DA PREVISÃO LEGAL COM A PRÁTICA FORENSE

Diante de tantas interpretações, é importante, primeiramente, voltarmos os olhos para o quanto fixado pelo legislador no Capítulo I, Título único, do Livro I, da Parte Geral do NCPC, que apresenta o rol de normas fundamentais do processo civil, onde encontramos princípios como o da razoabilidade, razoável duração do processo, economia dos atos processuais, o respeito ao autogreçamento da vontade e o da primazia da decisão de mérito.

⁵⁵ Cappelletti, Mauro. Juízes legisladores. Tradução: Sérgio Antonio Editor. Porto Alegre: 4'S, 1999, p. 74.

Partindo desses feixes orientadores, quanto à questão envolvendo a organização dos atos processuais no âmbito do procedimento de tutela provisória de urgência antecipada antecedente, de logo parece possível se concluir que não parece adequado deixar a cargo do réu a escolha de se o processo pode seguir adiante ou a tutela provisória deverá ser estabilizada e o processo ser extinto como determina o § 1º, do art. 304.

Com isso, cremos que uma vez deferida a tutela provisória requerida em caráter antecedente, devem as partes ser notificadas, com fruição imediata e paralela, se assim for, dos prazos previstos nos artigos 303, § 1º, I, e 304, *caput*, mas sem que seja, desde já, designada audiência de conciliação ou mediação, o que seria feito pelo juízo na hipótese de autor e réu praticarem os atos que lhe cabem.

Ao Autor caberá promover o aditamento no prazo de 15 (quinze) dias, ou no prazo que o juiz fixar, como determinado no inciso I, do § 1º, do art. 303. Já ao Réu, quando citado, em um primeiro momento, deverá promover tão somente a impugnação da decisão interlocutória.

Caso o Autor não promova o aditamento, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 2º), sendo desnecessária a designação de audiência de conciliação ou mediação. Mas, caso o faça, a sequência dependerá da conduta do Réu, que, em tendo promovido a impugnação cabível, fará com que o juízo designe audiência de conciliação ou mediação, nos termos do artigo 334, devendo as partes serem intimadas para nela comparecer e, o Réu, tomar ciência dos termos do aditamento, contando-se seu prazo de defesa na forma do art. 335.

Em não tendo o Réu promovido a impugnação, o juízo deverá intimar o Autor para informar sobre o seu interesse no prosseguimento da demanda conforme os termos do aditamento ou se opta pela estabilização da tutela provisória. Manifestando-se pela estabilização, o processo será extinto nos moldes do § 1º, do art. 304.

De outro modo, pugnano pelo prosseguimento do feito, uma vez que existem situações em que, por mais que seja possível a adoção da estabilização, o Autor detém interesse jurídico na obtenção

de uma cognição exauriente (TALAMINI, 2012, p. 27), será necessário dar sequência ao procedimento, seja por conta do pedido de tutela provisória significar tão somente parte do mérito, seja quando a tutela provisória for concedida parcialmente (REDONDO, 2016, p. 285), cabendo ao juízo designar audiência de conciliação ou mediação, nos termos do art. 334, sendo o Réu intimado da mesma e dos termos do aditamento, contando-se seu prazo de defesa na forma do art. 335.

Seguindo-se essa organização dos atos processuais, privilegia-se a vontade do Autor, sujeito que exerceu o seu direito de ação, provocando o Poder Judiciário e o tirando-o da inércia. Pois, mostra-se equivocado deixar nas mãos do réu o destino da demanda.

Bem como, seria uma ofensa aos princípios da celeridade processual e da efetividade entender de que, uma vez concedida a tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, seria primeiro o Autor intimado para promover o aditamento e somente depois o Réu seria citado da demanda e para cumprimento do quanto determinado e intimado para comparecimento à audiência já designada.

Também se mostra ofensivo ao princípio da economia dos atos processuais acreditar que no primeiro momento, quando deferida a tutela de urgência, o réu já deveria ser intimado de uma audiência que sequer se sabe se irá ser realizada, na medida em que dependerá, primeiro, da concretização da impugnação por parte do réu, e depois, da manifestação do autor pelo prosseguimento do processo. Seria uma ocupação, mesmo que temporária, da pauta de audiências desnecessária, alongando a pauta de audiências de forma desnecessária.

No que se refere à estabilização da tutela provisória de urgência concedida em caráter antecedente, e o questionamento de se tão somente a interposição de agravo de instrumento teria o condão de afastar sua concretização, a doutrina, majoritariamente, tem entendido que no momento em que o legislador dispôs que a estabilização estaria condicionada a não apresentação do recurso cabível pelo Réu, em verdade teria-se dito muito mais do que a interpretação literal pode alcançar.

Segundo, Ravi Peixoto (2016, p. 250-255), a exteriorização da vontade contrária à estabilização da demanda poderia ser feita por meio do próprio agravo de instrumento, ou ainda por meio da contestação ou reclamação, não sendo os embargos de declaração, o pedido de reconsideração e o pedido de suspensão da segurança, por si só, instrumentos hábeis a impugnar a tutela provisória e, consequentemente, afastar a sua estabilização.

A jurisprudência, por sua vez, tem se mostrado firme nas instâncias ordinárias. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar a Apelação nº 1001494-23.2018.8.26.0495, reconheceu-se a não estabilização da tutela em decorrência de a Ré ter apresentado contestação, apesar de não ter sido manuseado o recurso cabível a impugnar a decisão interlocutória⁵⁶.

No mesmo sentido se encontram precedentes no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vide posição adotada quando do julgamento da Apelação Cível nº 0161753-92.2019.8.21.7000⁵⁷.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao apreciar a Apelação Cível nº 0011279-16.2016.8.07.0013⁵⁸, seguindo a idéia de que a contestação pode afastar o fenômeno da

⁵⁶ TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO CADASTRO INFORMATIVO ESTADUAL (CADIN). LIMINAR DEFERIDA PELO JUÍZO A QUO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA RÉ CONTRA A R. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM FULCRO NO ARTIGO 304, §1º, DO NCPC (LEI Nº 13.105/2015). ACOLHIMENTO PARCIAL. FENÔMENO PROCESSUAL DENOMINADO “ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA” NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. DECISÃO LIMINAR IMPUGNADA PELA RÉ EM CONTESTAÇÃO. NECESSIDADE DE APRECIACÃO DO MÉRITO DO PEDIDO. EXTINÇÃO AFASTADA. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO, À LUZ DO ARTIGO 1013, §3º, II, DO DIPLOMA PROCESSUAL. DEMORA DA FAZENDA ESTADUAL PARA O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL COM O OBJETIVO DE COBRAR DÍVIDA INSCRITA. MUNICÍPIO AUTOR QUE TEM SIDO IMPEDIDO DE RECEBER VERBAS ESTADUAIS DEVIDO À NEGATIVAÇÃO DO SEU NOME. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO, CONFIRMANDO-SE A TUTELA DE URGÊNCIA. CONDENAÇÃO DA RÉ NO DEVER DE PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DA PARTE AUTORA, ORA ARBITRADOS EM R\$ 2.500,00 (DOIS MIL E QUINHENTOS REAIS), NOS TERMOS DO ARTIGO 85, §8º, DO NCPC. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

⁵⁷ APELAÇÃO CÍVEL. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA, COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. EXTINÇÃO INDEVIDA. [...].Ocorre que tanto a doutrina quanto a jurisprudência (em especial o STJ, no REsp. 1.760.966-SP), consolidaram-se no sentido de que o oferecimento de contestação é suficiente para obstar a estabilização da decisão antecipada, por representar outro modo de impugnação ao que foi adrede decidido. Sentença cassada, para que o feito tenha prosseguimento. [...].

⁵⁸ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OCUPAÇÃO. ESCOLA PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO. COISA JULGADA. INTERESSE PROCESSUAL. [...]. 6. A contestação que não ataca os fundamentos da concessão da tutela,

estabilização, foi além para verificar que a argumentação e o conteúdo da defesa. E, ao verifica que essa, apesar de ter sido apresentada, não atacou os fundamentos da concessão da tutela, mas a ratificou ao argüir a superveniente perda do interesse processual advindo do cumprimento da medida, acabou por reconhecer a estabilização.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que se percebe é uma dispersão das decisões proferidas em diferentes Turmas. Ao julgar o REsp 1760966/SP⁵⁹, em 04/12/2018, a Terceira Turma entendeu que a apresentação de contestação pelo Réu supre a não interposição do Agravo de Instrumento. Diferentemente, a Primeira Turma, ao apreciar o REsp 1797365/RS no dia 03/10/2019, entendeu como irrelevante a apresentação de contestação quando a parte Ré deixa de cumprir com o quanto expressamente posto no *caput* do art. 304.

Por fim, sobre a omissão legislativa, que deixou de adjetivar a extinção do processo quando concedida a tutela antecedente e estabilizada, deixando a dúvida se seria com ou sem resolução do mérito, apesar de localizarmos doutrinadores de grande importância posicionando-se a favor de cada uma das posições, parece que a corrente que melhor se amolda à sistemática imposta pelo ordenamento jurídico é a que defende que, nessa hipótese, a extinção do processo se perfaz sem a resolução do mérito.

Pois, não se pode esquecer que o legislador, apesar de sua “omissão” no art. 304, § 1º, é claro ao afirmar, no § 6º, do mesmo dispositivo, que a decisão que concede a tutela provisória antecipada antecedente não fará coisa julgada.

Assim, a leitura do §1º, não pode ser feita de forma isolada, mas em conjunto com o § 6º, ambos do art. 304, para compreender que, se a decisão que estabiliza a tutela provisória antecipada

ao contrário, a ratifica, ao argüir a superveniente perda do interesse processual advindo do cumprimento da medida, não obsta a estabilização da tutela. [...].

⁵⁹ RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

antecedente não forma coisa julgada, é por que nela não haverá resolução do mérito, caso contrário, teria a potencialidade de formar coisa julgada, vide art. 502 do NCPC.

No entanto, na prática, há jurisprudência se posicionado de modo diverso, como é o caso extraído do julgamento da Apelação Cível nº 0011279-16.2016.8.07.0013, quando o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconheceu que *“Diante da concessão e integral cumprimento integral da medida antecedente, e da ausência de recurso, o pedido inicial deve ser extinto com mérito (Art. 304, §1º do CPC).”*

5 CONCLUSÃO

Como visto ao longo do trabalho, a experiência jurisdicional demonstrou a necessidade de contar com instrumentos processuais voltados a proteger tanto a atividade jurisdicional como o direito do jurisdicionado dos efeitos do tempo.

Apesar de o ordenamento pátrio, em um primeiro momento, ter voltado seu olhar tão somente para as medidas acautelatórias, com o tempo e diante das necessidades vivenciadas, os operadores do direito foram responsáveis pela ampliação do campo de aplicação das medidas provisórias, alcançando tutelas de caráter satisfativo, o que só veio a ser reconhecido, de forma expressa, na legislação quando da edição da Lei nº 8.952/94, concretizando os princípios da efetividade e eficiência do Poder Judiciário.

Com a edição do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, foi dado o passo seguinte nessa escalada evolutiva das tutelas provisórias, criando um novo rito processual destinado à concessão de tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente, ou seja, permitiu-se que o jurisdicionado, diante de um contexto de extrema urgência, e sem contar com elementos necessários à propositura de pedidos provisório e pedido principal, provoque o Judiciário para obter, naquele momento, tão somente a tutela provisória, e na sequência desenvolver o processo com seus pedidos principais.

Ocorre que por conta da inauguração desse novo procedimento, diversas incertezas foram lançadas no âmbito acadêmico, dentre elas os três pontos aqui investigados.

Para o primeiro deles, a ordenação dos atos processuais e a forma de contagem dos prazos para que o Autor emende a inicial e para que o Réu proceda a impugnação da decisão interlocutória, a doutrina se mostra dispersa e a jurisprudência ainda não se manifestou, razão pela qual se entende que os prazos devem ser contados em paralelo, se assim for o caso, e o prosseguimento da demanda sempre dependerá da conduta da parte autora, nunca do Réu.

Relativamente à reflexão de se somente o agravo de instrumento seria meio hábil a evitar a estabilização da tutela, a doutrina majoritariamente tem se perfilhado no entendimento de que qualquer que seja o meio utilizado pelo Réu, desde que demonstre sua discordância com a tutela proferida, seria capaz de afastar o fenômeno da estabilização.

De outro modo, a jurisprudência tem se mostrado vacilante. Enquanto nos Tribunais de Justiça o entendimento adotado tem seguido o posicionamento doutrinário predominante, no Superior Tribunal de Justiça tem divergido, ainda necessitando de melhor alinhamento.

Por fim, quanto aos questionamentos acerca da natureza da decisão que tem seus efeitos estabilizados, apesar de existirem jurisprudências dispostas em sentido oposto, o melhor entendimento parte de uma interpretação conjugada dos §§ 1º e 6º do mesmo art. 304, cumulada com o art. 502, que leva ao entendimento de que o processo é extinto sem resolução de mérito, uma vez que não tem a potencialidade de formar coisa julgada.

São muitas as dúvidas e os debates acerca dos enunciados normativos que regem o procedimento de tutela provisória antecipada antecedente. Nos 4 (quatro) anos já transcorridos de vigência, doutrina e jurisprudência têm buscado harmonizar tais questões, de forma uníssona para uns pontos, divergindo em outros, e com o tempo continuarão a depurar tais questões; com o que o presente trabalho tenta contribuir.

REFERÊNCIAS

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução: Sérgio Antonio Editor. Porto Alegre: 4'S, 1999.

CARNELUTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização* In: *Grandes temas do novo CPC*. v. 6: tutela provisória. Didier Jr., Fredie (coord. Geral). Costa, Eduardo José da Fonseca. Pereira, Mateus Costa. Gouveia Filho, Roberto P. Campos (Coord.). *Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm: 2016.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de derecho processual civil*. Tomo I. Madrid, Reus, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 2. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Adequações procedimentais para a tutela satisfativa antecedente no código de processo civil/2015*. In: *Grandes temas do novo CPC*. v. 6: tutela provisória. Didier Jr., Fredie (coord. Geral). Costa, Eduardo José da Fonseca. Pereira, Mateus Costa. Gouveia Filho, Roberto P. Campos (Coord.). *Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm: 2016

GUEDES, Lorena Braga d'Almeida. *Breve análise sobre a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente: da procédure de refere às lacunas do CPC/15*. In: *Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem*. Peixoto, Renata Cortez Vieira. De Sousa, Rosalina Freitas Martins. Andrade, Sabrina Dourado França (Coord.). Recife: Editora Armador, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - Vol. 1*. 60 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARCATO, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da justiça*. In.: ZUFELATO, Camilo (Org.); YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, Vol. 2. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de direito processual civil, 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica de antecipação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil. 12 ed. reform. E atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria De Andadre. Código de processo civil comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: Volume único. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEIXOTO, Ravi. Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência. In:Grandes temas do novo CPC. v. 6: tutela provisória. Didier Jr., Fredie (coord. Geral). Costa, Eduardo José da Fonseca. Pereira, Mateus Costa. Gouveia Filho, Roberto P. Campos (Coord.). Tutela Provisória. Salvador: Juspodivm: 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In:Grandes temas do novo CPC. v. 6: tutela provisória. Didier Jr., Fredie (coord. Geral). Costa, Eduardo José da Fonseca. Pereira, Mateus Costa. Gouveia Filho, Roberto P. Campos (Coord.). Tutela Provisória. Salvador: Juspodivm: 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In:Grandes temas do novo CPC. v. 6: tutela provisória. Didier Jr., Fredie (coord. Geral). Costa, Eduardo José da Fonseca. Pereira, Mateus Costa. Gouveia Filho, Roberto P. Campos (Coord.). Tutela Provisória. Salvador: Juspodivm: 2016.

SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de Urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil - A Estabilização da Medida Urgente e a Monitorização do Processo Civil Brasileiro. In: Revista de Processo nº 209. Ano 37. São Paulo: Editora RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.