



**Pedro Fauth Manhães Miranda
(Organizador)**

**As Ciências Jurídicas e a Regulação
das Relações Sociais**

Atena
Editora
Ano 2019



**Pedro Fauth Manhães Miranda
(Organizador)**

**As Ciências Jurídicas e a Regulação
das Relações Sociais**

Atena
Editora
Ano 2019

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Geraldo Alves
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobom – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
C569	As ciências jurídicas e a regulação das relações sociais [recurso eletrônico] / Organizador Pedro Fauth Manhães Miranda. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader. Modo de acesso: World Wide Web. Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-858-8 DOI 10.22533/at.ed.588191912 1. Direito – Brasil. 2. Direito – Filosofia. I. Miranda, Pedro Fauth Manhães. CDD 340
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

No atual estágio da História, as ciências jurídicas e as relações sociais estão profundamente conectadas, ainda que nem sempre tenha sido assim. No período pré-moderno, quando o Direito ainda não havia atingido o *status* científico – e seria, portanto, inadequado, senão impossível, falar em ciência jurídica –, as relações sociais eram ditadas pelos costumes e pela tradição, dotando de caráter vinculante a honra na palavra dada.

Atualmente, porém, o acordo verbal já não é suficiente para “fazer lei” entre as partes, de modo que a maioria das condutas humanas é regulada pelo Direito, fazendo surgir as ciências jurídicas. Mas nem todas as condutas são juridicamente tuteladas, vale ressaltar. Poder-se-ia pensar que o Direito se volta aos bens jurídicos mais importantes, dentre os quais a vida é o básico. Então, por que o suicídio não é punível, enquanto o homicídio, sim? E por que o aborto se encontra em um limiar de difícil consenso, legalizado em alguns países e criminalizado noutros? Porque a resposta não se encontra apenas no bem tutelado, mas também se a conduta humana compõe uma relação social, ou seja, se é direcionada a outrem. Os ordenamentos que permitem o aborto não consideram o feto sujeito de direitos e, portanto, a gravidez não configura relação social, o que é diametralmente oposto – tanto em causa, como em consequência – aos Estados que o criminalizam. Assim, no rol protetivo do Estado, somam-se aos direitos individuais, de 1ª dimensão, os sociais, de 2ª.

Por outro lado, na atual fase da sociedade (de risco, pós-moderna, líquida, de informação, pós-industrial, enfim, qualquer que seja a denominação escolhida), o Direito se complexificou para além das relações sociais, passando a tutelar bens jurídicos difusos, de 3ª dimensão, como o meio-ambiente. Contudo, estes se tornaram objetos jurídicos apenas por terem correlação direta com a vida humana, o que demonstra a intervenção regulatória das ciências jurídicas. A normalização que o Direito promove sobre a realidade é, neste sentido, positiva para alguns doutrinadores e, para outros, um mal necessário (considerando não serem tais pensadores anarquistas).

Tarefa impossível de ser plenamente atingida e, ao mesmo tempo, fundamental para a pacificação, mesmo que relativa, de qualquer sociedade, a normalização juridicamente forçada é dotada de uma ambiguidade inerente. Os trabalhos que compõem a presente obra, por disporem de uma pluralidade invejável de ideias, óticas e considerações, expõem esta dificuldade enfrentada pelo Direito, de contrafaticamente tentar estabilizar as relações sociais.

Visando promover um recorte sobre esta função regulatória do Direito, que possibilite análises complexas e interdisciplinares enquanto mantém um fio condutor básico, a presente obra da Atena Editora se volta, essencialmente, aos direitos cujas bases são as relações sociais, quais sejam, os de 1ª e 2ª dimensão, mas sem os confinar a seções específicas, delimitadas por categorias teóricas reducionistas. Deste modo, a divisão dos artigos ora apresentados é a mais simples possível – alfabética

–, buscando não restringir o diálogo interdisciplinar promovido a partir das ciências jurídicas. Assim, esperamos que a presente obra, diante da reciprocidade infinita e constante entre Direito e sociedade, tenha o condão de promover ao leitor reflexões sobre a realidade que o cerca, trazendo-lhe novas e instigantes perspectivas socio-jurídicas.

Pedro Fauth Manhães Miranda

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A (I)LICITUDE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DE CONDUÇÃO COERCITIVA NÃO PREVISTA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO	
Paulo Thiago Fernandes Dias Sara Alacoque Guerra Zaghout Tiago Lorenzini Cunha	
DOI 10.22533/at.ed.5881919121	
CAPÍTULO 2	12
A (IM)POSSÍVEL DISCUSSÃO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL EM TEMPOS DE MODERNIDADE TARDIA	
Tiago Lorenzini Cunha Paulo Thiago Fernandes Dias Sara Alacoque Guerra Zaghout	
DOI 10.22533/at.ed.5881919122	
CAPÍTULO 3	23
A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO NO DIREITO DE FAMÍLIA	
Guilherme Augusto Giroto	
DOI 10.22533/at.ed.5881919123	
CAPÍTULO 4	36
A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	
Muriel Amaral Jacob Sander Silva Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.5881919124	
CAPÍTULO 5	56
A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL ENTRE BRASIL E URUGUAI EM PROCESSO EXTRADITÓRIO	
Monique Vigil Klüsener Tais do Couto de Oliveira Valquiria de Castro Pereira	
DOI 10.22533/at.ed.5881919125	
CAPÍTULO 6	68
A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	
Murilo Pinheiro Diniz Stephanie Visintin de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.5881919126	
CAPÍTULO 7	80
A FIGURA DO NARCOTRAFICANTE LATINO-AMERICANO SOB A LENTE DA CRIMINOLOGIA CULTURAL	
Aline Pires de Souza Machado de Castilhos Andrey Henrique Andreolla Bárbara Zaffari Cavedon	

Ivan Pareta de Oliveira Júnior

DOI 10.22533/at.ed.5881919127

CAPÍTULO 8 91

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Jaqueline Oliveira da Silva Damis Cunha

DOI 10.22533/at.ed.5881919128

CAPÍTULO 9 109

A MEDIAÇÃO E O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE APLICADA À NOVA DIALÉTICA PROCESSUAL

Cristiny Mroczkoski Rocha

Juliano Alves Lopes

DOI 10.22533/at.ed.5881919129

CAPÍTULO 10 121

A UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS DISPOSTOS NA INTERNET: SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE EM UMA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

Paula Maria Oliveira de Macedo

Pedro Fauth Manhães Miranda

DOI 10.22533/at.ed.58819191210

CAPÍTULO 11 128

ABANDONO AFETIVO: SUAS CONSEQUÊNCIAS IRREVERSÍVEIS BEM COMO A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Leyde Renê Nogueira Chaves

Raquel Adriana Machado de Brito Araújo

DOI 10.22533/at.ed.58819191211

CAPÍTULO 12 138

ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 6.583/2013 FRENTE ÀS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA

Beatriz Tavares Fernandes dos Santos

DOI 10.22533/at.ed.58819191212

CAPÍTULO 13 151

CLASSE HOSPITALAR: A HISTÓRIA E AS LEIS QUE A CERCAM

Verena Maria Vechin

Vivian de Abreu

DOI 10.22533/at.ed.58819191213

CAPÍTULO 14 160

COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO UTILIZADO PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA OPERAÇÃO LAVA JATO: MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E INFORMAÇÕES RELEVANTES NAS INVESTIGAÇÕES

Maria Aparecida Vasco Cela

Luiz Antônio Fabro de Almeida

DOI 10.22533/at.ed.58819191214

CAPÍTULO 15	167
CRIANÇAS (IN)VISÍVEIS: O ESTATUTO DA ADOÇÃO	
Maria Lidia Amoroso Anastacio da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.58819191215	
CAPÍTULO 16	177
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MERAMENTE DECLARATÓRIA: SISTEMÁTICA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	
Thiele Milena Kubaski	
DOI 10.22533/at.ed.58819191216	
CAPÍTULO 17	183
DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A ÓTICA DA OPERAÇÃO LAVA JATO	
Eid Badr	
Edmara de Abreu Leão	
DOI 10.22533/at.ed.58819191217	
CAPÍTULO 18	197
DA PROTEÇÃO JURÍDICA CONFERIDA AOS ARRANJOS FAMILIARES NÃO TUTELADOS PELA LEGISLAÇÃO	
Beatriz Tavares Fernandes dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.58819191218	
CAPÍTULO 19	210
DIREITO E A CATEGORIZAÇÃO SEXUAL: UMA ANÁLISE SOCIO-JURÍDICA SOBRE A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO NOVO	
Thiago Augusto Galeão de Azevedo	
Douglas Santos Mezacasa	
DOI 10.22533/at.ed.58819191219	
CAPÍTULO 20	223
DIVULGAÇÃO NÃO CONSENSUAL DE IMAGENS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUA (IN)EFICÁCIA NA PROTEÇÃO DA MULHER	
Liziane da Silva Rodríguez	
Gabriela Ferreira Dutra	
Luiz Henrique Taschetto de Almeida	
DOI 10.22533/at.ed.58819191220	
CAPÍTULO 21	234
ENCARCERAMENTO FEMININO POR TRÁFICO DE DROGAS: MOTIVAÇÕES E DESDOBRAMENTOS	
Nathália Blockwitz Vasone	
Isael José Santana	
DOI 10.22533/at.ed.58819191221	

CAPÍTULO 22 247

ESTATUTO DA CIDADE: PRESERVANDO PATRIMÔNIOS

Talissa Maldaner
Janaína Rigo Santin

DOI 10.22533/at.ed.58819191222

CAPÍTULO 23 255

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA: A CADEIA DE CUSTÓDIA E OS MEIOS OCULTOS DE PROVA

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos
Andrey Henrique Andreolla
Ivan Pareta de Oliveira Júnior

DOI 10.22533/at.ed.58819191223

CAPÍTULO 24 263

O MITO E O MONSTRO: UMA ANÁLISE DO ESPETÁCULO DA CONDENAÇÃO NA OBRA “OS IRMÃOS KARAMÁZOV” DE DOSTOIÉVSKI

Leticia Peters Rossato
Pedro Fauth Manhães Miranda

DOI 10.22533/at.ed.58819191224

CAPÍTULO 25 271

O PROTAGONISMO DISCENTE NO ÂMBITO ACADÊMICO: AÇÕES EDUCATIVAS SOBRE SEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO

Carla Simone Leite de Almeida
Adelmo Fernandes do Espirito Santo Neto
Flaviane Mello Lazarini
Iury de Almeida Accordi
Joyce Mayumi Shimura
Luciana Maria Mazon
Thiago de Oliveira Garcia Simões
Andréia Ambrósio-Accordi
Alquenjar Rosentaski de Borba
Camila Ariane Dutra
David Willian Sperber Sell

DOI 10.22533/at.ed.58819191225

CAPÍTULO 26 283

OS ÍNDIOS BRASILEIROS: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA CAPACIDADE CIVIL, DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA PARTICIPAÇÃO DA FUNAI

Eduardo Antônio Pires Munhoz
Ângelo Aparecido de Souza Junior
William Thiago de Moraes

DOI 10.22533/at.ed.58819191226

CAPÍTULO 27 302

POR QUE AS INSTITUIÇÕES IMPORTAM?

Thiago Augusto de Oliveira Marinho Ferreira
Carolina Galvão Peres
Francisco Luis Bohns Ribeiro
Iris Dias Gonçalves

João Alves de Resende Junior
Luciano Silva Alves
Robson Silva Salustiano

DOI 10.22533/at.ed.58819191227

CAPÍTULO 28 311

PROJETO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA É LEGAL: UMA NOVA ABORDAGEM
POLÍTICA

Guilherme de Oliveira Trento
Caroline Lara Matias

DOI 10.22533/at.ed.58819191228

CAPÍTULO 29 320

PROTEÇÃO JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE INTERFACE COM OS DIREITOS
HUMANOS

Daniel de Oliveira Perdigão

DOI 10.22533/at.ed.58819191229

CAPÍTULO 30 325

PSICOLOGIA E PRÁTICA JURÍDICA: DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO

Ágda Bruna Alves da Silva Santos
Renato da Silva Matos
Alcir dos Santos Rocha
Priscila Lins Drummond

DOI 10.22533/at.ed.58819191230

CAPÍTULO 31 343

PUBLICIDADE, EMPODERAMENTO FEMININO E O REPOSICIONAMENTO DA
CERVEJA ITAIPAVA

Larissa Rayane Coêlho Costa Portela
Maria Aparecida Ramos da Silva

DOI 10.22533/at.ed.58819191231

CAPÍTULO 32 357

RELAÇÕES DE GÊNERO E PREVIDÊNCIA SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE A
CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Douglas Santos Mezacasa
Thiago Augusto Galeão de Azevedo

DOI 10.22533/at.ed.58819191232

CAPÍTULO 33 369

TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS HUMANOS COMO
CONQUISTA HISTÓRICA E A CRISE DE REFUGIADOS NA ATUALIDADE

Luciana Ramires Fernandes Magalhães

DOI 10.22533/at.ed.58819191233

CAPÍTULO 34	381
TRANSCONSTITUCIONALISMO: UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITOS HUMANOS <i>Rubens Mário dos Santos Franken</i>	
DOI 10.22533/at.ed.58819191234	
CAPÍTULO 35	392
UMA JURISDIÇÃO PARTICIPATIVA: MEDIAÇÃO <i>Carina Deolinda da Silva Lopes</i> <i>Franceli B. Grigoletto Papalia</i>	
DOI 10.22533/at.ed.58819191235	
CAPÍTULO 36	404
UMA OUTRA GLOBALIZAÇÃO: SOBERANIA CONDICIONADA DOS ESTADOS- NAÇÃO, CORROSÃO DA DEMOCRACIA, EXAUSTÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS E ESVAZIAMENTO DE DIREITOS <i>Alex Maciel de Oliveira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.58819191236	
SOBRE O ORGANIZADOR	417
ÍNDICE REMISSIVO	418

A (I)LICITUDE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DE CONDUÇÃO COERCITIVA NÃO PREVISTA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Paulo Thiago Fernandes Dias
Sara Alacoque Guerra Zaghlout
Tiago Lorenzini Cunha

RESUMO: Esta pesquisa tem como finalidade o estudo crítico e interdisciplinar da condução coercitiva, enquanto meio de obtenção de prova no processo penal. Em especial, a análise se ocupa de questões constitucionais, políticas e processuais penais afetas à modalidade de condução coercitiva de pessoa investigada e que não descumpriu qualquer chamamento anterior dos responsáveis pela investigação preliminar ou pelo processamento de determinada infração penal. Busca-se, assim, um olhar crítico sobre a teoria das nulidades e acerca da tradição autoritária ou democrática informadora do modo de atuar do Sistema de Justiça Criminal há décadas. Para tanto, a reflexão partirá do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444.

PALAVRAS-CHAVE: Condução Coercitiva; Nulidades; Autoritarismo; Processo Penal Constitucional.

**A (UN)LAWFULNESS OF THE PROOF
OBTAINED BY MEANS OF CO-OPERATION
NOT PROVIDED FOR BY LEGAL
ORDINANCE**

ABSTRACT: his research aims at the critical and interdisciplinary study of coercive conduct, as a means of obtaining evidence in criminal proceedings. In particular, the analysis deals with constitutional, political and procedural issues related to the coercive conduct of the investigated person and has not failed to address any previous call of those responsible for the preliminary investigation or for the processing of a particular criminal offense. Thus, a critical view of the theory of nullities and of the authoritarian or democratic tradition that inform the Criminal Justice System's way of acting for decades is sought. Therefore, the reflection will start from the judgment of the Arbitration of Non-compliance with Fundamental Precept No. 395 and 444.

KEYWORDS: coercive driving; nullities; authoritarianism; constitutional criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho acadêmico dedicado ao estudo da condução coercitiva, considerada meio de obtenção de prova, à luz da teoria das nulidades e, portanto, de uma leitura constitucional e democrática do processo penal, notadamente após o advento da Carta de 1988. A abordagem traz ainda uma compreensão da tradição autoritária que (in)forma o modo de atuação do Sistema de Justiça Criminal,

reticente, inclusive, a alterações normativas voltadas à humanização desse ramo autônomo do Direito.

A pesquisa se mostra relevante em razão do uso excessivo e indiscriminado que determinadas operações policiais, ministeriais e judiciais vêm imprimindo à condução coercitiva: não raro, com inequívocos prejuízos à imagem e à presunção de inocência das pessoas conduzidas em sede de investigações preliminares e/ou processos penais.

Em regra, essas conduções coercitivas contam com ampla cobertura midiática, potencializando, sobremaneira, a exposição dos conduzidos e a formação antecipada de culpa perante o público. Os conduzidos, por conseguinte, antes de tornarem-se réus, em face da exploração negativa e ilimitada (mídias sociais) de suas imagens, escoltados por policiais ou algemados, já ingressam nos processos criminais com o estigma de culpados ou de criminosos, tamanha a espetacularização do meio de obtenção de prova em análise (COELHO, 2018, p. de internet).

Para que se tenha uma ideia, apenas no âmbito da operação “lava jato”, estima-se que mais de duas mil pessoas foram conduzidas coercitivamente, e isso apenas a partir de 2014 (GODOY, 2017, p. de internet). Mais. Amparados num suposto poder geral de cautela, magistrados determinaram a condução coercitiva de pessoas que sequer se enquadravam nas disposições do artigo 260 do Código de Processo Penal.

Diante do quadro desenhado acima, duas arguições de descumprimento de preceito fundamental, 395 e 444, foram propostas, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu pela não receptividade constitucional do artigo 260 do CPP, apenas no que tange à condução coercitiva de investigado ou acusado para fins de interrogatório. Ainda segundo o julgamento, as conduções realizadas até o julgamento referido permaneceriam válidas, vedando-se a retroatividade dos efeitos da decisão colegiada.

Ainda que nem todos os votos tenham sido publicados até a data de fechamento deste artigo (21 nov. 2018), percebe-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no bojo das ADPF's 395 e 444, pouco colaborou para os prejuízos processuais e cíveis causados às pessoas conduzidas à força (inconstitucionalmente). Caberia ao Supremo a declaração da nulidade desses atos? A declaração de nulidade das conduções coercitivas, imprestáveis segundo o ordenamento jurídico constitucional, estaria condizente com a teoria das nulidades processuais penais? Pode um ato ilícito, condução coercitiva fora das hipóteses legais, gerar efeitos contra investigados e/ou processados criminalmente?

Com base em consistente revisão bibliográfica, a pesquisa se classifica como qualitativa, já que não se dedica ao levantamento de dados, nem à feitura de investigação empírica (PASOLD, 2018). Assim, as questões acima serão enfrentadas, partindo-se da hipótese de que o processo penal segue preso a uma ideologia autoritária, tanto no aspecto normativo (em especial pela legislação aprovada durante o Estado Novo), quanto no âmbito da atuação do Sistema de Justiça Criminal (talvez

desde à sua própria constituição).

O JULGAMENTO DAS ADPF'S 395 E 444 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SENSÇÃO DE MAIS DO MESMO: A COMPREENSÃO DO PROCESSO PENAL PELO VIÉS AUTORITÁRIO DA DÉCADA DE 1940

Conforme adiantado, duas arguições de descumprimento de preceito fundamental foram ajuizadas contra a imposição de condução coercitiva de pessoas investigadas e acusadas em sede de feitos criminais.

Na ADPF 395, de autoria do Partido dos Trabalhadores, requereu-se ao Supremo Tribunal Federal a declaração da parcial incompatibilidade do artigo 260 do CPP, especialmente no que tange à expressão “interrogatório”, diante da insofismável violação ao direito de manter-se silente durante o referido ato. Logo, nos termos da inicial, sentido algum existe em conduzir coercitivamente alguém, cuja violência é inafastável, para ato considerado como extensão do direito de defesa, ou seja, que permite a permanência do conduzido em silêncio.

Mais restritiva quanto ao objeto de julgamento, a ADPF 444, proposta pelo Conselho Federal da OAB, guerreia o cabimento do meio de prova condução coercitiva apenas no atinente à fase de investigação preliminar, em razão da ofensa a direitos fundamentais consagrados na Constituição da República e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre os quais, o do devido processo legal.

No artigo 260, do capítulo III do Título VIII do Código de Processo Penal, o legislador previu a possibilidade de condução coercitiva do acusado quando, devidamente intimado, ele não comparecer aos seguintes atos processuais: interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro que dependa da participação/presença do acusado.

Entretanto, o que já era discutível à luz da cristalina ofensa ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, passou a ser usado também como instrumento para inverter a presunção constitucional e convencional de inocência. Principalmente, em decorrência do espetáculo midiático formado para o cumprimento dos mandados de condução coercitiva.

Sobre o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, também conhecido como o direito que veda a autoincriminação, ele funciona, assim, ao mesmo tempo, como um direito fundamental da pessoa e ainda como “uma garantia: garantia da liberdade de autodeterminação do cidadão” (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 472).

Ao permitir a pessoas investigadas e acusadas da prática de crime que permaneçam em silêncio, as sociedades civilizadas tratam referida garantia como extensão do próprio exercício do direito de defesa.

Oposto ao modelo autoritário está o modelo democrático, em que o indivíduo não perde sua condição de sujeito na relação processual. Ele não é o objeto da investigação, mas um ator em igualdade de condições com a parte acusatória. Aqui, a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se autoincriminar como barreira intransponível na instrução

probatória por parte da acusação. Por conseguinte, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito (BOTTINO, 2009, p. 574).

Assim considerando, em hipótese alguma se deve subverter essa garantia, utilizando-se, sub-repticiamente, o silêncio do investigado em seu prejuízo. Logo, Dias (2016, p. 102) acentua que a autodefesa “[...] é exercida pessoalmente pelo acusado (ou investigado), o qual, caso queira, pode declarar ou não sua versão dos fatos (interrogatório judicial ou extrajudicial), bem como, contribuir ou não com a atividade probatória”.

A autodefesa pode ser manifestada de forma positiva ou negativa pelo acusado ou investigado. A autodefesa positiva é basicamente exercida no ato do interrogatório judicial e se caracteriza pelo agir positivo do interrogado, por meio de declarações prestadas à autoridade judiciária, ministerial ou policial. Além do mais, o suspeito ou acusado pode fornecer material genético, datilográfico, participar de reconstituições e etc.

A autodefesa negativa se revela quando o investigado ou acusado se nega a colaborar com as investigações, justamente por não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, bem como quando se nega a fornecer declarações durante o ato de interrogatório judicial ou extrajudicial, permanecendo em silêncio.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* que, em tradução livre, dispõe que ninguém é obrigado a revelar-se, possui assento constitucional no artigo 5º, LXIII, quando estabelece que a pessoa presa será informada de seus direitos, dentre os quais, o de manter-se em silêncio. Apesar de o Texto Constitucional se referir à pessoa que se encontra sob custódia do Estado, ainda que provisória, o Supremo Tribunal Federal há tempos estende a aplicação do princípio a toda e qualquer pessoa, independentemente de seu *status libertatis*.

Para tanto, sob pena de invalidade do ato, o sujeito passivo da investigação ou do processo deve ser cientificado pela autoridade responsável sobre a possibilidade de exercer o direito ao silêncio (ou de não colaborar, seja de que maneira, com a investigação da qual é alvo). Essa advertência é fruto de exigência constitucional, legal e convencional, devendo constar dos autos. Essa advertência é fundamental e indispensável para atos como o do interrogatório.

Noutros atos processuais, como o reconhecimento, se o acusado, à luz da ordem constitucional, ignorar a intimação da autoridade para participar de referido ato, ele estará acobertado pelo exercício do direito ao silêncio. Dessa forma, o artigo 260 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição da República, quando determina a condução coercitiva do acusado que, após devidamente intimado, não se fizer presente à autoridade convocadora. Primeiro, diante da impossibilidade de obrigar-se o acusado a participar de atos que possam incriminá-lo. Segundo, pela ausência de razoabilidade mínima em conduzir-se alguém apenas para dela ouvir

sua negativa.

Em apertada síntese: mesmo dentro das hipóteses do artigo 260 do Código de Processo Penal, a condução coercitiva não encontra amparo constitucional. Essa conclusão é decorrente da força normativa da Constituição da República, pois, nos termos ensinados por Wedy (2013, p. 80), é o “Código de Processo Penal que deve ser interpretado conforme a Constituição, e não o inverso, como sói acontecer na prática policial e judicial”.

Mas, e quando o acusado sequer é intimado? Além da inconstitucionalidade, há flagrante ilegalidade. Ao Estado é defeso agir ao arrepio da lei, principalmente quando se está diante de ato restritivo de liberdade, como o é a condução coercitiva.

Não se preocupa apenas em discutir a legalidade ou não da utilização da condução coercitiva, tanto em fase preliminar de investigação ou de julgamento, mas também o autoritarismo nele encartado. Essa colocação se faz necessária, afinal, os regimes autoritários nazista e fascista da década de 1930, em última análise, não eram ilegais.

O terror passa, portanto, a ser aplicado não como instrumento para um fim, mas como método permanentemente acionado, o que implica dizer que mesmo após a liquidação da oposição política os regimes totalitários não abandonam os atos de intimidação, convertendo o terror inicial em lei. Assim, o terror totalitário concede às leis decretadas pelo regime totalitário a mesma atenção concedida às vigentes antes da tomada do poder, o que reafirma a legalidade do terror, pensado como a própria essência dessa forma de “governo”, já que se encontra imbricado à sua ideologia” (SILVA, 2012, p. 436).

Faz-se necessário um olhar mais amplo e verticalizado sobre a própria essência ideológica do Processo Penal implantado desde sempre no Brasil (PRADO, 2015).

Conforme Giacomolli (2015, p. 145), ainda há muito autoritarismo na cultura jurídica, desde códigos (leis esparsas, regimentos, portarias, decretos, etc.), percorrendo a prática judiciária (vale ressaltar que a despeito da nova ordem fundada pela Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal conservou sua estrutura e sua composição da época do regime militar. Ademais, não se tem notícia de que os integrantes do judiciário, do Ministério Público e das polícias judiciárias tenham passado por cursos de atualização, destinados à readequação de suas atividades ao Texto Constitucional então aprovado), até o próprio ensino do direito nas universidades/faculdades de direito brasileiras (em que se inclui a massificação de obras voltadas para a preparação de concursos públicos e do exame da ordem, nas quais não se estabelece qualquer senso crítico, mas, ao contrário, determina-se o quê o candidato deve apreender e reproduzir em sua prova. Em resumo, são obras com viés impositivo e não educativo).

Nos termos do item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro aprovado em 1941, dúvidas não há da vinculação ideológica desse diploma com o direito processual penal fascista implantado na Itália. O estatuto adjetivo brasileiro possuía (ou ainda possui?) forte inspiração no Código Penal Italiano de

autoria intelectual de Arturo Rocco, um dos juristas mais envolvidos com a causa e o regime fascista de Mussolini e irmão do então Ministro da Justiça Alfredo Rocco, de 1930. Esse diploma italiano estabelecia a concentração de poderes na figura do juiz e o total menosprezo à presunção de inocência (AMARAL, 2014, p. 140).

Ainda que muitos dispositivos originários não sejam aplicados atualmente, em face de decisões proferidas por Tribunais Superiores, notadamente após a promulgação da Constituição da República, destaca-se que o Código de Processo Penal brasileiro ainda sustenta regras que estabeleçam: a) a sigilosidade de procedimentos, b) a produção de prova de ofício pelo juiz, c) a possibilidade de instauração de processo pelo juiz (procedimento judicialiforme), d) a instrumentalidade das formas, e) o protagonismo judicial (juiz preside o processo e conduz as inquirições de partes e o interrogatório do acusado), f) o famigerado recurso de ofício das decisões concessivas de habeas corpus (repita-se: das concessivas), como também, g) a utilização do silêncio do acusado contra ele mesmo, dentre outros.

Voltando ao período compreendido entre 1930-1945, o Brasil se encontrava sob a vigência do chamado Estado Novo (ou policial), sendo presidido por Getúlio Vargas. Tratava-se de um regime político autoritário e que se baseava no reforço da defesa social, como justificativa para a restrição de liberdades públicas e o combate ao comunismo.

O arsenal de poderes persecutórios do Presidente da República na vigência desse estado de emergência incluía: (i) detenção em local não destinado a réus de crime comum; desterro para outros pontos do território nacional ou residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir; (ii) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas; (iii) suspensão da liberdade de reunião; (iv) busca e apreensão em domicílio (artigo 168)” (MALAN, 2015, p. 23/24).

Um dos principais propagadores do Estado Novo e com grande influência na elaboração dos diplomas legislativos da época (códigos penal e processo penal, por exemplo), foi o Ministro Francisco Campos, entusiasta do protagonismo judicial, que considerava fundamental para a busca da verdade no processo. Para Campos, o processo penal servia como mecanismo de pesquisa da verdade e de distribuição da justiça. Assim, necessário que a ação penal fosse, obrigatoriamente, oferecida para determinados tipos de crimes.

A reforma do processo significa muito mais do que uma questão de técnica: ela constitui uma reivindicação popular, o aparelho judiciário perdendo o caráter de um segredo carismático só acessível aos grandes iniciados e manejado à mercê das conveniências e dos interesses puramente individuais, para tornar-se um instrumento adequado à pesquisa da verdade nos feitos e à distribuição da justiça entre as partes em conflito. O juiz não será mais o mero espectador do combate entre os litigantes, limitado a decidir sobre os dados, certos ou falsos, que estes lhe oferecerem, mas ficará investido da autoridade do Estado para realizar a parcela

Em estudos sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, Jardim (2001) expõe que se trata de uma decorrência do princípio da legalidade, sendo que a opção por um ou outro postulado se sujeita ao desenvolvimento político e social, dos valores éticos e sociais consagrados pela sociedade.

Jardim entende que o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, oposto ao da oportunidade, é de natureza democrática, à medida que não estabelece ao Ministério Público, titular da ação penal pública, poderes discricionários para o oferecimento ou não da denúncia:

Destarte, se falta uma condição para o regular exercício da ação ou se a lei cria outro obstáculo intransponível, não há obrigatoriedade no sentido de o Ministério Público manifestar a pretensão punitiva, muito pelo contrário, deve requerer o arquivamento. Não surgindo o dever de agir, não se coloca a questão da obrigatoriedade da ação penal (JARDIM, 2001, p. 56).

O autoritarismo e a cultura punitivista de que se fala são reminiscências da cultura inquisitiva que informa (e deforma) parcela considerável dos atores da persecução criminal pátria, notadamente, membros da magistratura e do Ministério Público (conforme crítica que vem sendo levantada por Streck (2015, p. de internet), quando se reporta à desobediência civil de determinados órgãos do Judiciário ou do Ministério Público, que resistem em cumprir normas de cunho constitucional, convencional e infraconstitucional. Veja-se o número elevado de enunciados de súmula destinado ao não cumprimento de normas do Código de Processo Civil, vigente a partir de 2016). Esse quadro não é difícil de ser pintado, afinal, verifica-se forte resistência dessas instituições no sentido de adequação à ordem constitucional que se quis efetivar com a Constituição da República de 1988.

Entretanto, parece mais acertada a posição de Prado (2014), segundo o qual, o princípio da obrigatoriedade nada tem de democrático, sendo, em realidade, um estímulo ao atuar do juiz na instrução probatória, sempre que entender que as provas apresentadas pelo Ministério Público foram insuficientes ao encontro da verdade. Prado ressalta que a regra que estabelece a obrigatoriedade da ação penal pública, de fato, configura uma razão de estado, no sentido do uso finalístico do processo penal (e também do direito penal) para a imposição de punição (que se torna imperiosa), em perfeita sintonia com a ideologia autoritária vigente nas décadas de 30 e 40 (2014, p. 23):

Esta concepção de processo penal revelou-se funcional ao modelo autoritário de processo penal que dominou a realidade brasileira por muito tempo e o esquema ideológico sobre o qual está amparada sobrevive – ainda que por aparelhos – quer no plano normativo, quer no âmbito da jurisprudência.

Essa argumentação de Prado (2014) é muito pertinente. Veja-se que o Código de

Processo Penal brasileiro permite que o juiz se recuse a arquivar um inquérito policial, quando pedido pelo Ministério Público (artigo 28), bem como, que condene o acusado, ainda que o *Parquet* requeira a absolvição (artigo 385). Esses mandamentos, somados à atividade instrutória do julgador (inclusive de ofício), entregam o autoritarismo do direito processual penal pátrio (também encarnado no Título referente às nulidades processuais).

Ademais, essa ideologia autoritária permeia todo o Processo Penal, mas recai, principalmente, sobre a instrução probatória e sua forma de encontrar a verdade, da feita que ao Ministério Público é vedado desistir da prova colhida. Assim, o juiz o fará (buscará provas) ou remeterá o caso ao Procurador Geral da Justiça (nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal) ou condenará o acusado (apesar do pedido de absolvição formulado pelo *Parquet*).

Trata-se, conforme pensado em 1941, de um Processo Penal voltado à condenação e não à garantia dos direitos fundamentais da pessoa (que pouco ou quase nada pode) que se encontra sob processo e julgamento perante o Estado (que muito ou quase tudo pode). No contexto do processo penal autoritário brasileiro, há, inquestionavelmente, um Superpoder Judiciário:

A categoria ««verdade material»» e as influências recíprocas entre direito material e direito processual penal, da obrigatoriedade da ação penal pública à pretensão (retórica) de castigar todos os autores de crimes e assim afirmar a razão de estado sobre a razão individual, contrária à norma penal, instilaram o fluído ideológico que se espalhou pela doutrina e jurisprudência brasileiras e passou a ser o vocabulário obrigatório do discurso jurídico sobre prova e verdade (PRADO, 2014, p. 30).

Destaca-se o posicionamento de Carvalho, quando assevera que essa cultura (autoritária), na qual os membros da magistratura e do *parquet* estão imersos e, por consequência, a mentalidade inquisitiva, funciona como mecanismo de criação de vias que levam ao aumento da criminalização. Não é surpreendente a constante criação de tipos penais e o discurso siamês da relativização de garantias processuais penais:

A mentalidade inquisitória que percebe como legítima a demanda punitiva cria, nos principais momentos processuais – v.g. pedido de prisão cautelar, indiciamento do investigado, oferecimento e recebimento da denúncia, sentença e aplicação da pena, incidentes de execução -, importantes espaços de abertura/vazão ao punitivismo. Nestes momentos centrais da atuação dos operadores jurídicos, a opção entre ampliar ou minimizar o poder punitivo é colocada de forma explícita. Ocorre que a formação cultural autoritária dos atores transforma espaços de fechamento em canais de abertura, cujo objeto, sobretudo no momento de aplicação judicial da pena, será significativo para o aumento quantitativo do encarceramento (CARVALHO, 2010, p. 98-99).

No mesmo caminho é o estudo de Streck (2011, p. 216), para quem há uma crise de paradigmas que afeta a atuação dos membros do Judiciário e do Ministério Público, os quais também são responsáveis diretos pelo fosso que existe entre o

texto constitucional, as normas infraconstitucionais e as demandas sociais.

Decisões que impõem a condução coercitiva de investigado e de acusado, principalmente fora das hipóteses legais, valem-se de uma retórica que visa maquiagem a violência por trás de uma medida decretada ao arrepio da legalidade e da constitucionalidade. Ainda que se busque camuflar um ato violento em algo benéfico ao investigado, a violência institucional persistirá. Nesse diapasão, Adorno ensina que “quando se coloca o direito do Estado acima do dos membros da sociedade, já está colocado, potencialmente, o horror” (1995, p. 123).

Decisões desse jaez servem para fragilizar a situação do investigado, bem como para antecipar a inclinação do magistrado para o caminho que leva à condenação. Trata-se de um anúncio. Nesse sentido, a violação à presunção de inocência é indiscutivelmente manifesta.

Ao modular os efeitos de sua decisão, não determinando a nulidade das provas obtidas por meio das conduções coercitivas amparadas ou não no artigo 260 do Código de Processo Penal, mas plenamente inconciliáveis com a Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal manteve a lógica autoritária de interpretação que vem perpetuando a ideologia violentadora, desigual e arbitrária fundadora desse ramo do Direito, bem como do próprio modo de atuação do Sistema de Justiça Criminal.

Referida lógica impõe que a noção de prejuízo leva em conta, precipuamente, aquilo que é do interesse do Estado e não o da pessoa sujeita à investigação ou ao processamento. Inverter-se, indubitavelmente, o sentido ético e constitucional imposto pela Constituição de 1988. Nesse sentido, as violações frontais e escandalosas a direitos fundamentais não são, para o Supremo Tribunal Federal, suficientes para a definição do conceito de prejuízo. Assim, a decisão exarada nas ADPF’s 395 e 444 não possuem efeito retroativo:

Por seu turno, no processo penal, no qual inexistente lide e muito menos é possível admitir-se a flexibilização e renúncia a direitos fundamentais, a forma representa a concretização daqueles direitos de índole fundante da instrumentalidade constitucional do processo penal. Não há um objeto de tutela símile ao se falar de processo civil e penal. A construção artificial de um objeto genericamente amoldável a servir de amparo teórico para a teoria geral do processo é a resultante deste culto à ‘ciência do processo’ em detrimento da resposta oferecida. No processo penal, a forma é garantia e, como tal, representa a observância e materialização das cláusulas constitucionais, cujo âmbito de proteção recai sobre a parte hipossuficiente em primeiro plano (GLOECKNER, 2010, p. 448).

CONCLUSÃO

O julgamento das ADPF’s nº 395 e 444 pelo Supremo Tribunal Federal, apesar do reconhecimento da parcial incompatibilidade do artigo 260 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal, deixou evidente que há um longo caminho à frente, no que se refere à democratização e à constitucionalização das práticas processuais penais.

Não se pode mais aceitar que, em pleno século XXI, práticas e discursos fundados em premissas autoritárias, retrógradas, incompatíveis, portanto, com valores cívicos básicos, formem os pilares do Direito Processual Penal posto em prática por setores dos Sistema de Segurança Pública e da Justiça no Brasil, em clarividente oposição ao Texto Constitucional.

Passou-se, e muito, da hora de refundar o Processo Penal brasileiro, desta feita a partir da Constituição da República, abandonando-se, em definitivo, todo o conjunto principiológico autoritário, punitivista, personalista e inquisitório que deu origem ao Código de Processo Penal de 1941.

Esse Processo Penal tradicional (SANTORO, 2019) se adequa a um modelo não democrático (democracia em sentido material), caracterizando-se, inapelavelmente, como instrumento de controle social dos indesejáveis de costume (pessoas pobres e negras) e dos inimigos episódicos. Sem a superação desse desenho de Processo Penal, o projeto democrático, almejado em 1988, seguirá inatingível.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Palavras e sinais: modelos críticos 2**. Petrópolis: Vozes, 1995.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Fonte digital: EbookLibris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Gabriela. Condução coercitiva virou espetáculo midiático, diz ministro Gilmar Mendes. Publicado no **Conjur** em 07 jun. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/conducao-coercitiva-virou-espetaculo-midiatico-gilmar-mendes>>. Último acesso em 10 out. 2018.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. A condução coercitiva de investigado versus presunção de inocência: o autoritarismo processual penal ainda insepulto no Brasil pós-Constituição de 1988. In: WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Meios de obtenção de prova no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. As garantias da ampla defesa e do contraditório: uma necessária leitura constitucional e convencional contra o arbítrio no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (Orgs). **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (eds). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo: Atlas, ano I, n. 01, jan./jun. 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

_____. Processo Penal Pós-Acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. In: **R. Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan. – fev. 2015.

GODOY, Marcelo. Total de conduções coercitivas cresce 304% pós-Lava Jato. Publicado no **jornal O Estado de S.Paulo** em 02 jul. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,total-de-conducoes-coercitivas-cresce-304-pos-lava-jato,70001873565>>. Último acesso em 10 out. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual brasileira. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro**: dogmática e crítica. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: EMais, 2018.

PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações e permanências. In: **R. Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev. 2015.

_____. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Desenhos não democráticos de processo penal: controle social punitivo da pobreza pelo processo penal tradicional. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; RIBEIRO, Glaucia; PIRES, Telson; REIS, Vanessa. (Org.). **Leituras de Direito Público**. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2019.

SILVA, Cícero Samuel Dias. Totalitarismo e o terror como lei: acerca da análise de Hanna Arendt. In: UTZ, Konrad et al (org.). **Sujeito e Liberdade na Filosofia Moderna Alemã**. Porto Alegre: Evangraf, 2012.

STRECK, Lenio. A filosofia traída pela dogmática jurídica: uma crítica à noção de verdade e ao livre convencimento no processo penal. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (orgs.). **70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro**: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?. Publicado na **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

A (IM)POSSÍVEL DISCUSSÃO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL EM TEMPOS DE MODERNIDADE TARDIA

Tiago Lorenzini Cunha

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS); Bolsista CAPES; Advogado.

Paulo Thiago Fernandes Dias

Doutorando em Direito (PPG/UNISINOS); Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS); Professor de Direito Penal na Universidade CEUMA e de Direito Processual Penal na Faculdade UNISULMA-IESMA.

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

Doutoranda em Direito (PPG/UNISINOS); Bolsista CAPES; Mestra em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS); Advogada.

RESUMO: Tendo em vista as novas práticas culturais da modernidade tardia e a desincorporação de suas fronteiras normativas, assim como o fracasso das metanarrativas do projeto da modernidade, a sociedade do presente tem demandado uma reestruturação do Direito e do Processo penal atual, do ponto de vista teórico e social. Por esse motivo, é nossa pretensão neste estudo refletir sobre as múltiplas realidades culturais dessas áreas do conhecimento. Para a concreção dessa intenção de estudo, utilizaremos a perspectiva de análise da Criminologia Cultural, de modo a continuarmos a ampliar o nosso foco criminológico sobre o que está para além da dinâmica jurídica, abstrata e fria do estilo

da modernidade. Assim sendo, é a adoção de uma postura anarquista ou pós-moderna sobre o Direito e o Processo penal do presente que permiti-nos avaliar as flutuações e o que podemos ou devemos esperar, materialmente, desses setores ou linguagens de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Processo penal; metanarrativas; foco criminológico; Criminologia Cultural.

THE (IM)POSSIBLE DISCUSSION OF BOTH PENAL DOGMATIC AND PROCESSUAL LAW IN THE TIME OF LATE MODERNITY

ABSTRACT: In view of the new cultural practices of late modernity and the disembedding of its normative frontiers, as well as the failure of the metanarratives of the modernity project, today's society has demanded a restructuring of the Law and of the current penal process, from the theoretical point of view and social. For this reason, it is out intention in this study to reflect upon the multiple cultural realities of these areas of knowledge. In order to realize this intention of study, we will use the analysis perspective of Cultural Criminology in order to continue to expand our criminological focus on what is beyond the legal, abstract and cold dynamic of the style of modernity. Thus, it is the adoption of an anarchist or postmodern approach on the Penal law and process of the present that allows

us to evaluate the fluctuations and what we can or should expect materially from these sectors or languages of control.

KEYWORDS: Penal Law and Process; metanarratives; criminological focus; Cultural Criminology.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a perda de legitimidade das normatividades modernas e racionais para governarem a vida social na contemporaneidade, a modernidade tardia impõem-nos um desafio essencial, no sentido de repensarmos qual o novo papel ou função que deve desempenhar o Direito e o Processo penal em tempos de contínuas desincorporações e de perda de sentido da tradição histórica do Estado moderno. Isso porque vivemos agora em um ambiente onde a liquidez das formas e das estruturas institucionais exigem o exame de inéditas perplexidades contemporâneas. Da mesma forma, o Direito e o Processo penal do presente precisará lidar ainda com novas problemáticas e, ao mesmo tempo, transformações culturais implementadas por noções como risco (BECK, 2013, p. 23-24), velocidade (VIRILIO, 1996, p. 20-21; 34; 44-45; 57), globalização, neoliberalismo, proliferação de novos estilos culturais, entre outras.

Dessa forma, este estudo tem por objetivo apresentar algumas das desincorporações ou novas práticas culturais da modernidade tardia que impactam, por sua vez, no modo de construirmos os limites materiais tanto do Direito quanto do Processo penal atual. Entre propostas estruturalistas e pós-estruturalistas, o que está em jogo não é apenas a necessidade de concreção da Democracia material no Brasil, mas também a difícil tarefa de respondermos a seguinte questão: De que modo efetivar uma construção material de racionalidade democrática em nosso país num momento histórico-cultural, posterior a virada cultural de 1970 (YOUNG, 1998, p. 15-16), na qual a quebra da normatividade e da interação indivíduo e estrutura social passa a ser o novo padrão do comportamento humano? Dito de forma exemplificada, de que maneira o Direito e o Processo Penal ainda seriam capazes de legitimar um sistema de justiça criminal que justifica a sua funcionalidade através de lógicas binárias (verdade/mentira, certo/errado, normal/desviante, etc.) e frequentemente desgastadas na modernidade tardia?

Assim sendo, compreender as novas transformações culturais da modernidade tardia é condição indispensável ao desenvolvimento dessas duas disciplinas (Direito e Processo Penal), haja vista que todo momento de crise institucional deve ser uma oportunidade de resgate das origens genealógicas de seu contexto passado em contraste com novas dinâmicas de poder do presente. Nesse sentido, utilizaremos o método de análise da Criminologia Cultural (FERRELL; SANDERS, 1995, p. 304; 320-321) a fim de refletirmos sobre as múltiplas realidades e negociações de realidades culturais que circulam o entorno das narrativas jurídicas do Direito e do Processo

Penal contemporâneo. Isso porque entendemos ser especialmente necessário na modernidade tardia assumirmos o desafio de ampliar a nossa “imaginação criminológica” diária (YOUNG, 2011) sobre o crime e o controle social, de forma a desenvolvermos uma linha de estudo não só abstrata e jurídica, mas criminológica e voltada a análise da mudança das práticas culturais do Estado moderno na sociedade do presente.

Por esse motivo, a fim de termos condições de avaliar os novos processos culturais contemporâneos e como eles afetam a busca por redefinição dos limites materiais do Direito e do Processo Penal atual, abordaremos, neste trabalho, as razões que levaram ao fracasso do projeto da modernidade e de suas metanarrativas tradicionais; as inéditas práticas culturais da modernidade tardia que têm apagado e, ao mesmo tempo, borrado as fronteiras certas e precisas entre a modernidade e a pós-modernidade; a necessidade de adotarmos uma postura pós-moderna ou anarquista para a avaliação das novas funções que a sociedade espera do Direito e do Processo penal do tempo presente; a reflexividade entre os atores jurídicos e a sociedade da modernidade tardia; entre outras discussões.

O QUE FAZER COM O DIREITO E O PROCESSO PENAL NA FASE TARDIA DA MODERNIDADE?

Nos últimos anos, o questionamento sobre a eficácia social do Direito e do Processo Penal têm sido uma reivindicação recorrente da sociedade contemporânea, no sentido de demandar dessas disciplinas científicas tanto uma maior flexibilização de seus postulados abstratos/rationais quanto a concreção de uma série de finalidades ou missões que deveriam assumir a dogmática substantiva e o processual penal. Entre esses objetivos a serem assumidos por essas áreas científicas estão presentes a adoção de uma resposta institucional mais repressiva por parte do Estado em nome da diminuição das taxas de criminalidade, da construção de uma ordem social perfeita e sem conflitos, da racionalidade iluminista como condição de sublimação humana e, finalmente, a supressão do lado emocional da transgressão como forma de controle racional do indivíduo. Além disso, é importante salientarmos que, inclusive, entregamos ao Estado moderno parte de nossa liberdade para a efetivação de todas essas metanarrativas do projeto da modernidade.

Por outro lado, se entendermos que nenhuma dessas promessas da modernidade foram concretizadas perante a sociedade do presente haverá, então, um número expressivo de provocações que poderão insurgir a partir dessa hipótese. Entre esses questionamentos, por qual razão continuamos a suportar uma vida tediosa e regrada pelas estruturas sociais (Estado, família, trabalho, casamento) na modernidade tardia? Somente porque queríamos atingir a meta brasileira, segundo dados do CNJ/2014 (MONTENEGRO, 2014, p. de internet), para estar no terceiro lugar do *ranking* mundial das maiores populações carcerárias do Planeta? Para que propósito

as políticas iluministas e jurídicas do Estado moderno têm servido à sociedade do tempo presente, se nossa vida cotidiana estão está imune ou limpa, mas abraçada e tão próxima do conflito social e da transgressão?

Tal cenário de análise é relevante de ser suscitado, pois, para a Criminologia Cultural, o impacto ou a percepção social acerca do fracasso das metanarrativas do projeto da modernidade trouxe, como consequência, uma radical e contínua transformação do padrão de comportamento que passou a ser adotado pela sociedade da modernidade tardia. Isso porque uma vez que as políticas iluministas implementadas pelo Estado moderno foram capazes de gerar somente um efeito oposto ao que pretendiam resolver, o descontrole ou a transgressão social, a violação da regra, seja ela jurídica e/ou social, passa a ser um produto de performance cultural, de modo que apostamos no consumo de uma série de representações culturais que giram em volta do termo desvio, como uma nova forma de interação individual e coletiva (FERRELL; SANDERS, 1995, p. 304 e ss.).

Assim sendo, não somos capazes de sentir apenas medo, pavor e insegurança em relação ao crime, mas também prazer e excitação em relação a ele, na medida em que, por exemplo: os meios de comunicação contemporâneos oferta-nos *shows* televisivos cuja suas narrativas principais são, não raras vezes, a quebra da normalidade jurídica/social como algo normal e prazeroso; a cultura do consumo vende-nos a noção de que precisamos de cercas elétricas para que possamos nos isolar do outro, pois ele representaria uma ameaça ao meu território/zona urbana; a sociedade capitalista, para quem pode gozar de um estilo monetário avançado, constrói para nós condomínios de casas fechado, a fim de nos fazer crer que é possível convivermos ou criarmos uma comunidade (BAUMAN, 2003, p. 7 e ss.) ideal, pacífica, de iguais e sem conflito; entre outras exemplificações do lado emocional do desvio (HAYWARD, 2004, p. 148-149; 163). Nesse sentido, tanto a sociedade da modernidade tardia quanto os atores jurídicos que fazem parte desse modelo social tardio estão, fatalmente, tensionados por essas múltiplas realidades culturais que circulam o espaço das representações do crime e do controle.

De fato, entre essas realidades culturais de nossa vida diária aparece, por vezes, a crença popular de que as instituições estão em crise e que, por isso, algo precisa ser feito pelo Estado brasileiro em face desse cenário. Não obstante, a potencialidade científica dessa reivindicação cotidiana da sociedade do presente reside justamente na possibilidade de construirmos ferramentas de análise capazes de enxergar as inúmeras tensões, realidades e significados culturais que giram no entorno dessa *doxa* social. Diante desse desafio, a queda das metanarrativas iluministas do projeto da modernidade (LYOTARD, 1984, p. xxiii-xxiv; 31; 37 e ss.) apresenta-se em sua fase tardia como uma nova dinâmica cultural que trouxe, como resultado, o borrar das fronteiras culturais entre a modernidade e a pós-modernidade no presente.

Dito de outro modo, vivemos agora em um período de transição, na qual as zonas certas e precisas da modernidade não conseguem mais fixar e manter dentro das

estruturas sociais, a identidade dos indivíduos. Dessa forma, caminhamos em direção a um mundo pós-moderno e ainda não materializado, onde a incerteza e a ironia contemporânea acabam por determinar, continuamente, a tentativa de construção inédita de nossa subjetividade, de modo distante das lógicas de dominação das instituições de controle.

Tendo em vista essas considerações é importante destacarmos que não estamos mais inseridos dentro da dinâmica cultural da modernidade, essa vista como um lugar de obediência as lógicas institucionais, firmes o suficiente, a fim de determinar o que somos e o que devemos ser (DURKHEIM, 1960, p. 29 e ss.; DURKHEIM, 1997, p. 121 e ss.). Além disso, tampouco a racionalização do mundo social, isto é, estarmos dominados por um corpo de regras abstrato, como defendeu Weber (WEBER, 1992, p. 170 e ss.; 173-174; WEBER, 2004, p. 62.), continua a ser um interesse cultural válido da fase tardia da modernidade.

Assim sendo, se por certo que os pressupostos que sustentam a sociedade do presente não são mais “sólidos”, pois eles agora estão, cada vez mais, evaporando-se no ar e causando uma sensação de vertigem ou de insegurança/descontrole em nossos corpos e mentes (SANTOS, 2000, p. 18-19; 23 e ss.), de que forma podemos (re)conceituar o Direito e o Processo Penal contemporâneo? Nesse sentido, devemos elencar como finalidades legítimas dessas áreas científicas/práticas do conhecimento, a concreção de direitos fundamentais e constitucionais, a preservação da lógica jurídica do Estado social e democrático de Direito, o combate a criminalidade, a construção de uma ordem social com baixos conflitos, o apaziguamento da sensação de insegurança social ou, finalmente, o controle das expectativas da sociedade da modernidade tardia?

Todavia, caso não exista uma modo de encontrarmos uma resposta relativamente segura para essa problemática, do ponto de vista jurídico-social, devemos, portanto, jogar o Direito e o Processo penal ao vento em razão da deterioração ou do fracasso das metanarrativas da modernidade, uma vez que elas não conseguem mais diferenciar, com mínima precisão, a distância de sentido entre o controle e o descontrole, a verdade e a mentira, o belo e o feio, o permitido e o proibido, a imaginação/ilusão e a realidade e a modernidade e a pós-modernidade?

Sem dúvida, embora a modernidade seja classificada como um lugar de clareza e de iluminação/certeza, a modernidade tardia parece manifestar-se como um ambiente de paradoxos e ironias. Isso porque, por mais que o projeto moderno tenha buscado dividir nossas tarefas sociais com base no respeito às leis ou às disposições normativas, o que mais desejamos agora é a implosão desses limites racionais, de modo a estruturarmos nossa própria realidade, estilo e performance cultural (FERRELL, 1996, p. 143; 162; 186). Nesse sentido, a anomia ou a sensação de vazio que era apresentada, para Durkheim (DURKHEIM, 1960, p. 25 e ss.; 33-34; 64; 344 e ss.; 360), como um perigo a construção de nossa identidade social enquanto “consciência coletiva” (a quebra da regra) torna-se uma avenida extremamente

excitante e prazerosa no tempo presente, na qual determinados subgrupos culturais (FERRELL, 1996), por exemplo, desejam aventurar-se na prática de contestação das lógicas de dominação formal.

Não obstante, se os agentes jurídicos do Estado moderno foram treinados para suprimir esse lado emotivo e excitante da quebra da racionalidade jurídica (WEBER, 1992, p. 179-180), como teremos condições de efetivar uma Democracia material, no Brasil, caso nossos atores institucionais desejem também, assim como a sociedade da modernidade tardia, edificar suas próprias biografias dissociadas das metanarrativas e dos parâmetros estabelecidos pelas agências de controle formal? Esse é outro paradoxo ou novo processo cultural da modernidade tardia que revela, por sua vez, uma alta dose de ironia que suportamos em nossas vidas cotidianas. Isso porque não temos simplesmente medo da criminalidade ou, mesmo, da insegurança gerada pelo aumento das taxas do desvio, mas sim medo de encontrar a dimensão realmente real (hiper-real) de nossas vidas/identidades, motivo pelo qual procuramos converter o nosso sentimento de desespero em algo excitante e libertador, na modernidade tardia.

De modo exemplificado, podemos enxergar essas tensões culturais diárias na narrativa da banda “The Modern Life Is War” e, em especial, na música “The Outsiders (A.K.A Hell Is For Heroes Part I)” (MODERN LIFE IS WAR, 2015), uma vez que, segundo a banda punk, todos nós estamos à procura de um objetivo comum no tempo presente, o encontro e a concreção do real. Dessa forma, todas as vezes que não o encontramos em nossas atividades cotidianas como um dado prévio e oferecido pelas instituições de controle, transformamos então o desespero ou a frustração decorrente desse novo engajamento individual/social em algo criativo ou positivo, motivo pelo qual passa a existir então uma espécie de conversão do espaço que nos cerca, pois, ao desejarmos alterar a dinâmica ou o estilo cultural a nossa volta (o que pensamos, realizamos, consumimos, etc.), essa procura por uma real sensação de liberdade se torna o nosso único caminho ou chance para conhecermos a “glória”, o divertimento da dança ou, mesmo, da criação de um estilo cultural próprio.

Por outro lado, essa busca constante do indivíduo pela identidade autêntica ou real na modernidade tardia, isto é, a tentativa de delimitar o novo padrão cultural de comportamento da sociedade contemporânea é objeto de interesse não só da cultura popular, especialmente do ocidente, mas também da própria comunidade científica. Para Beck, seria a noção do “risco” que consegue impor um novo modelo social de comportamento, haja vista que agimos agora como se fôssemos uma espécie de ordem social que não teme a “catástrofe”. Pelo contrário, agora ela faz parte de nossas vidas cotidianas, uma vez que a abraçamos ou estamos à sua espera. Nesse sentido, os pontos de referência normativos das estruturas sociais acabam por ceder lugar e, ao mesmo tempo, começam a conviver com um elevado grau de insegurança como modo normal de atuação social (BECK, 2013, p. 23-24).

Em outra linha, para Virilio, vivemos agora em meio a um “Estado de

Emergência” ou da velocidade, uma nova violência contemporânea capaz de alienar corpos e deixá-los vazios, os transformando em máquinas de batalha (“guerra”) e voltadas ao aumento de suas respectivas performances ou poderio militar. E tal inédita “dromologia” ou fórmula veloz do comportamento humano (velocidade como violência) ultrapassa e substitui, portanto, a linguagem estática dos ordenamentos tradicionais, tanto jurídicos quanto sociais (VIRILIO, 1996, p. 20-21; 52-53; 55-56; 123; 126; 133; 123 e ss.).

Finalmente, a quebra da norma ou de um determinado padrão jurídico-social de comportamento também pode ser vista na relação indivíduo e neoliberalismo. Sobre esse tema, embora o capitalismo presente em economias ocidentais (ortodoxas) compreenda, não raras vezes, o neoliberalismo na qualidade de uma política econômica de mercado e derivado de um sistema mais amplo e geralmente denominado de capitalismo, há quem analise esse modelo neoliberal como um governo de si e do outro, no sentido de se estabelecer uma governabilidade voltada ao discurso pela liberdade e pela excitação e não pelo medo. Desse modo, seria o capitalismo que se beneficiaria do sistema neoliberal, baseado em uma estrutura de competição e de maximização do lucro (lógica de custo/benefício), e não as políticas neoliberais que obedecem aos marcos de um sistema capitalista (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 16-19; 28-31).

Dentro dessa realidade cultural neoliberal, poderíamos ainda perceber as consequências desse quadro em relação ao modelo de Direito e de Processo Penal que acaba sendo reconstruído a partir da imagem de um governo neoliberal que se torna, por sua vez, um espelho normativo do mundo social e não meramente político e de ordem institucional. Nesse sentido, segundo Morais da Rosa, assistimos agora uma total modificação da estrutura processual penal e estatal, no sentido de que ela passa a operacionalizar novos princípios jurídicos, a exemplo do “melhor interesse do mercado”, que busca substituir as regras do direito clássico e moderno por aquelas legitimadas pelo mercado, como é o caso da *Law and Economics* (2012, p. 136-137).

De qualquer sorte, tendo em vista essa mudança de subjetividade(s) cultural(is) na modernidade tardia, o que acaba sendo importante, portanto, é indagarmos: como continuar acreditando no Direito e no Processo Penal contemporâneo, quando sua linguagem oficial (jurídica) e, ao mesmo tempo, a própria crença nessa racionalidade institucional (WEBER, 2010, p. 61 e ss.) é substituída ou guiada por outro jogo de regras (interesses extrajurídicos)?

Todavia, a urgência de investigarmos esse questionamento depende, em última análise, da necessidade de adotarmos uma postura pós-moderna ou anarquista sobre esse cenário, de forma a invertermos a ordem lógica e linear desta reflexão. Em outras palavras, afinal de contas, quem disse que a linguagem jurídica ou essa forma de controle social é a único modelo de encontro de nossa subjetividade do tempo presente? Por qual razão devemos continuar acreditando na racionalidade científica do discurso jurídico como meio eficaz de controle do espaço, quando sua

lógica de guerra e de dominação conseguiu trazer, para a sociedade da modernidade tardia, somente o tédio e o caos social (FERRELL; HAYWARD; YOUNG, 2008, p. 65 e ss.; 107; 139 e ss.; 165)?

Novamente, segundo a banda “Modern Life Is War”, por qual motivo precisamos continuar a perseguir o que está atrás de nós (o padrão de comportamento imposto pela modernidade), apenas para jamais pararmos de caçar, “esfregar e rastejar” em direção a um mundo fundamentado pela competição e em benefício de maior posição social ou poder (MODERN LIFE IS WAR, 2013)?

Em que pese não dispormos de uma resposta para essas problemáticas é precisamente a incorporação de uma atitude pós-moderna ou anarquista (foco) sobre o Estado moderno e a linguagem jurídica, que permite-nos contemplar as inúmeras realidades culturais que têm flutuado o entorno da ordem social na fase tardia do projeto da modernidade. Isso porque, como explicam alguns criminólogos (FERRELL; HAYWARD; YOUNG, 2008, p. 204 e ss.), somente quando conseguimos contestar as falhas do projeto moderno e de suas metanarrativas ou promessas é que teremos condições de mudar nosso foco de análise para outras imagens ou subimagens da vida cotidiana. Nesse sentido, quando colocamos em tensão toda e qualquer lógica hierárquica de dominação social podemos, assim, estar atentos tanto aos novos estilos culturais que emergem na modernidade tardia, como também, a um determinado movimento de resistência perante o controle do Estado moderno em razão aos processos de criminalização da cultura de subgrupos culturais, como é o caso dos desenhistas grafiteiros, em Denver, nos Estados Unidos, analisado por Ferrell (1996, p. 160-176; 178 e ss).

Assim sendo, é importante clarificar que não estamos a afirmar, neste trabalho, que a linguagem jurídica do Estado moderno ou, mesmo, que esse estilo cultural deve ser atirado ao vento na modernidade tardia, uma vez que ele não teria mais condições de contribuir como uma crença racional importante do Estado social e democrático de Direito. É o oposto, estamos sim a demonstrar de que forma os novos processos culturais e subjetivos do tempo presente e de nossa vida diária têm alterado o padrão de comportamento que adotamos em nossas práticas tanto institucionais quanto particulares/privadas. Nesse sentido, a quebra da norma ou de um corpo de regras jurídico-social (transgressão) acaba sendo uma avenida excitante de construção subjetiva, sedutora e criativa do *eu*, haja vista o distanciamento, parcial ou total, da relação indivíduo e estrutura social.

Não por outro motivo, se existe na modernidade tardia uma nova tendência cultural de construção de uma identidade distante das lógicas de dominação das estruturas sociais é exatamente a inversão do foco criminológico sobre o Estado moderno e o discurso jurídico pelo método da Criminologia Cultural que nos permitirá redescobrir e ampliar os limites ou as imaginações que podemos desenvolver em face não apenas do Direito e do Processo penal que desejamos reedificar na modernidade tardia, mas também as próprias tensões, representações e paradoxos de nossas

vidas cotidianas. E para a concreção dessa nova lente criminológica de estudo sobre as práticas culturais do Estado será imprescindível continuarmos a avaliar e, ao mesmo tempo, a adotar uma atitude de contestação das metanarrativas do projeto da modernidade. Isso porque podemos, assim, perceber o que está por de baixo das falsas promessas desse estilo cultural.

Tendo vista essas considerações, talvez a lei ou o Direito, como lógica do Estado moderno, se assemelhe a janela de um edifício urbano, sendo ela um mecanismo que tanto, de um lado, pode ser funcionalizado para que ele se abra a outras análises interdisciplinares, de modo a visualizar o que está escondido por de trás dele (janela), quanto, de outro lado, pode ser funcionalizado para que o discurso jurídico continue fechado a outras realidades culturais que circulam em seu entorno, no sentido de encobri-las por meio de um vidro fosco, opaco e estático da vida social.

CONCLUSÃO

Na contemporaneidade, a aproximação das fronteiras culturais entre a modernidade e a pós-modernidade trouxe, como problemática, a tarefa míope de tentarmos distinguir ou, mesmo, de estabelecermos parâmetros resistentes o bastante para realizarmos qualquer distinção entre o certo e o errado, o normal e o desviante, o real e o ideal, entre outras diferenciações. Paralelamente, as metanarrativas do Estado moderno acabaram perdendo a sua racionalidade ou objetividade na modernidade tardia, isto é, não trouxeram o apaziguamento ou a diminuição do conflito, a melhora da condição humana através da razão e, tampouco, contribuíram para a construção de uma ordem social feliz, perfeita e igualitária.

Por causa da queda desse estilo cultural da modernidade, que sempre procurou guiar nossa identidade dentro das agências regulatórias e através de regras abstratas, agora desejamos, de forma desesperada, romper com os limites epistemológicos de narrativas que não sustentam mais nossa subjetividade, de modo a construirmos nosso próprio destino e limite normativo. Nesse sentido, passamos a reclamar então do Direito e do Processo penal do tempo presente um novo papel ou dinâmica cultural, haja vista que estamos também inseridos em uma série de tensões, representações e paradoxos em nossas vidas diárias.

Por outro lado, se a lei ou o Direito enquanto metanarrativa do Estado moderno está em crise na modernidade tardia, isto é, não desempenhou o papel imaginado por essa instituição social desde a sua constituição iluminista, o que devemos fazer com a racionalidade jurídica na atualidade, jogá-la ao vento em nome da construção de um estilo cultural próprio e distante dessa agência de controle?

Sem dúvida, esse é um dos inéditos desafios que o método da Criminologia Cultural está apto a revelar sobre o Direito e o Processo penal atual, no sentido de continuarmos a refletir sobre as múltiplas dinâmicas culturais que estão para além do discurso jurídico e do controle social, proposto pelo estilo tedioso e opaco da

modernidade. Não obstante, tais novas realidades culturais estão girando, de forma constante, no entorno dessas disciplinas científicas, de forma a alimentar as suas contradições epistemológicas.

Tendo em vista esse cenário, atores jurídicos e sociedade do presente compartilham uma série de transformações culturais na modernidade tardia, período esse de transição entre a firmeza dos conceitos e da identidade na modernidade e a incerteza, a imprecisão e a diversão na pós-modernidade. Dessa forma, ambos experimentam uma série de subjetividades transitórias que passam a alterar tanto o seu comportamento quanto a exigir das instituições de controle a redefinição ou, mesmo, a quebra de suas regras tradicionais e ortodoxas, substituindo-as por novos padrões de normalidade (des)institucional.

Finalmente, a incorporação de uma postura anarquista ou pós-moderna para a análise da crise das metanarrativas do projeto da modernidade auxilia a Criminologia na tarefa de repensar a negociação dos significados que devem assumir o Direito e o Processo Penal a ser construído, de forma contínua. Isso porque a avaliação do impacto da cultura popular, dos meios de comunicação e da cultura de consumo em face do comportamento humano no tempo presente consegue melhor concretizar, portanto, uma ampliação do foco criminológico pelo qual compreendemos o lugar da transgressão e o espaço das práticas culturais de (des)controle em nossas vidas cotidianas.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: A busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. **A Europa alemã: de Maquiavel a «Merkievel»: estratégias de poder na crise do euro**. Lisboa: Edições 70, 2013.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DURKHEIM, Émile. **De la division du travail social**. Paris: Presses Universitaires de France, 1960.

_____. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1997.

FERRELL, J. **Crimes of style: urban graffiti and the politics of criminality**. Boston: Northern University Press, 1996.

_____; SANDERS, C. R. **Toward a Cultural Criminology**. In: FERRELL, J.; SANDERS, C. R. (eds.). **Cultural Criminology**. Boston, MA: Northeastern University Press, 1995.

_____; HAYWARD, K.J.; MORRISON, W; PRESDEE, M. (eds). **Fragments of a Manifesto: Introducing Cultural Criminology Unleashed**. In: FERRELL, J.; HAYWARD, K.J.; MORRISON, W; PRESDEE, M. (eds). **Cultural Criminology Unleashed**. London: GlassHouse, 2004.

_____ ; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural Criminology**: an invitation. London: SAGE, 2008.

HAYWARD, Keith J. **City limits**: crime, consumer culture and the urban experience. London: Cavendish, 2004.

_____. Opening the lens: Cultural Criminology and the image. In: HAYWARD, Keith J; PRESDEE, Mike. **Framing Crime**: Cultural Criminology and the Image. New York: Routledge, 2010.

LYOTARD, Jean-François. **The Postmodern Condition**: A Report on Knowledge. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

MODERN LIFE IS WAR. Chasing My Tail. **Fever Hunting**, 2013.

_____. The Outsiders (AKA Hell Is for Heroes Part I). **Witness (Remastered)**, 2015.

MONTENEGRO, M. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira, 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi et al (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORRISON, Wayne. **Theoretical Criminology**: from modernity to post-modernism. London: Cavendish Publishing Limited, 1995.

PRESDEE, Mike. **Cultural Criminology and the Carnival of Crime**. London: Routledge, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

YOUNG, Jock. Breaking Windows: Situating the New Criminology. In: WALTON, Paul; YOUNG, Jock (ed.). **The New Criminology Revisited**. Nova York: Palgrave Macmillan, 1998.

_____. Voodoo Criminology and the Numbers Game. In: FERRELL, J.; HAYWARD, K.J.; MORRISON, W; PRESDEE, M. (eds). **Cultural Criminology Unleashed**. London: GlassHouse, 2004.

_____. **The criminological imagination**. Cambridge: Polity Press, 2011.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e política**. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

_____. **Ciência e Política**: Duas Vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

_____. **Sociologia das religiões**. Tradução de Cláudio J. A. Rodrigues. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010.

A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Guilherme Augusto Giroto

UEL

Londrina – PR - 2019

RESUMO: Na contemporaneidade tem-se a transformação da entidade familiar, em comparação aos conceitos formados ao longo da história da humanidade, onde o sentimento de afeto entre os indivíduos nas relações interpessoais é tido como imprescindível para a constituição de tal união, e também em certos casos a própria gênese de tal elo. Não mais se sustenta que a família é formada por única e exclusivamente através do matrimônio. Não afastando os vínculos, registra, a socioafetividade mostra-se como o principal elo constitutivo e formador das hodiernas relações familiares. Em razão desta evolução conceitual deve o direito acompanhar e tutelar tais vínculos. E assim é feito através dos princípios constitucionais. Posto isto, localizado no âmbito constitucional o princípio da afetividade rege o direito de família e as suas derivações.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade; princípio constitucional; atualidade; família.

ABSTRACT: In contemporary times one has the transformation of the family entity, in comparison to the concepts formed throughout the history of humanity, where the feeling of affection between

the individuals in the interpersonal relations are considered as essential for the constitution of such union, and also in certain cases the very genesis of such a link. It no longer holds that the family is formed solely and exclusively through matrimony. Not separating the links, registra, socioaffectivity shows itself as the main constitutive and forming link of today's family relations. Because of this conceptual evolution the right to monitor and protect such links should be monitored. And so it is done through constitutional principles. Having said this, located within the constitutional scope, the principle of affectivity governs family law and its derivations.

KEYWORDS: Affectivity; constitutional principle; present; family.

1 | INTRODUÇÃO

Em razão da constante evolução social, o conceito de família foi sendo alterado e a ele incorporado novas nuances, em tempos líquidos, de fluidez e liberdade de escolha, o indivíduo passou a ser detentor de suas escolhas, e sujeito das consequências.

Nesta senda, o direito, em especial o ramo concernente à família, notou que as relações familiares estão sendo constituídas com base na *afetividade* dos envolvidos, e

passou a reconhecer tal sentimento com valor jurídico, primeiro através da doutrina especializada, e concomitante as decisões de Tribunais Superiores, foram outorgando, ainda que sem legislação a possibilidade de existência de outros vínculos familiares diversos do registral.

No presente artigo, tratou-se do tema como de fato está, reconhecido amplamente pelo poder Judiciário, quando da prestação da jurisdição, como princípio Constitucional, em razão da constitucionalização do Direito Civil, bem como trouxe para análise um caso emblemático e até mesmo solidificador da afetividade nas relações familiares.

2 | RECONHECIMENTO JURÍDICO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 A Evolução do Subjetivismo da Afetividade para o Cerne das Relações Interpessoais

A progressão do *afeto*, dentro das relações interpessoais, fora consolidada com a Revolução Francesa, e seus notáveis e significativos lemas; liberdade, igualdade e fraternidade¹. Embora existente previamente, essa inovação de pensamento cultural, *o subjetivismo do afeto*, passou, claramente, a fazer parte da concepção de família neste momento. Isto pois, o ser humano fora tido como um indivíduo dotado de vontades e direitos, sendo assim, um ser racional e consciente de suas escolhas, pensamento oposto aos dogmas impostos pela Igreja anteriormente.

Podendo então o homem ser dotado de liberdade, de forma ampla, para, *verbi gratia*, contratar, poderia ele também ser livre para decidir sobre sua vida, segundo seus sentimentos, conseqüentemente influenciado pela afetividade, escolhendo assim sua esposa, por mais que sofresse de influência externa (sociedade), a escolha/a liberdade passou a fazer parte também, deste critério.

Ponto de evidência para exemplificação deste período é o início do raciocínio de divórcio, que se concretizou no período pós-revolucionário.

Embora, a subjetividade do afeto começasse a ser inserida, ainda se imperava o pensamento da época, em se constituir família do modo tradicional, casamento e filhos originados no casamento, reduzindo desta forma, sua introdução total no ordenamento vigente.

Como lembra com precisão Marie-Thérèse Meulders-Klein, 'restabelecendo o poder paterno, mesmo que limitado no tempo, estabelecendo a incapacidade da mulher casada, o poder marital sobre sua pessoa e a soberania do marido sobre os bens da família, restringindo o acesso ao divórcio e à adoção, discriminando novamente a criança natural e mais ainda a criança adúltera, o Código Civil francês

1 No final do século XVIII e, principalmente, após a Revolução Francesa, a juventude começou a dar mais atenção aos seus próprios sentimentos e não às considerações exteriores. A propriedade, o desejo dos pais e as injunções de ordem social foram negligenciadas na escolha do cônjuge. Surgia um novo mundo marcado por uma nova mentalidade. LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991. p. 277.

de 1804 restabelecia uma outra imagem da família (que aquela da Revolução Francesa), forma de compromisso entre o Antigo direito e a nova ordem burguesa secular. Ele lembrava assim com força que a família era bem uma questão de ordem pública, que a ordem familiar vinculava-se à ordem social e política. Nos trabalhos preparatórios do Código Civil, o próprio Portalis considera que a família é o arbusto do Estado, que ela é a fonte e a base da grande sociedade civil, o berço do Estado, e as virtudes domésticas são todas virtudes dos cidadãos'.²

Nota-se que este período fora marcado mais pela imposição social, sentimento coletivo, de certas condutas a serem adotadas pelo indivíduo do que propriamente uma imposição legislativa.

Porém a partir da Segunda Guerra Mundial, aflora-se e fortalece-se a subjetividade dos sentimentos, traço marcante e característico da cultura vivida.³

Observa-se a consolidação dos pensamentos da sociedade, quais sejam; a percepção de que o indivíduo particular, era livre para escolher seus relacionamentos, e conseqüentemente, através de seus interesses particulares, constituir sua família segundo suas concepções.

Expressão que se tributa a Giselle Groeninga, proferida no seguinte contexto: Ainda neste diapasão de integração, temos observado um crescente valor dado ao afeto, uma qualidade da pessoa que finalmente ganha valor jurídico diferenciado. O afeto é matéria-prima da subjetividade, como também é ele o que pavimenta as relações intersubjetivas. É na subjetividade das diferenças, e na intersubjetividade das semelhanças, que se forma a personalidade. E, com a contribuição da interdisciplina, deve-se buscar a necessária objetividade e a materialização objetiva dos Direitos da Personalidade. Neste sentido, a interface entre o Direito e a Psicanálise torna-se de rigor na necessária busca da objetividade que possa assim, integrar o afeto. Cabe repensar, nos novos tempos, um novo equilíbrio entre o afeto e o intelecto, na balança da Justiça.⁴

Deflui-se então que “o afeto é matéria-prima da subjetividade”⁵.

E esta subjetividade fora tratada de forma diversa pelas legislações codificadas, as que se dispõe a tratar sobre o tema. Não se pode deixar de notar que a família sem casamento, é verdadeiramente uma situação de fato, que aflora naturalmente no mundo real, e que embora não tenha tido a merecida relevância e tutela ao longo do tempo, hodiernamente tem-se voltado as atenções para a mesma, pensamento

2 COMMAILLE, Jacques. Direito e Costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca. In: BARRETO, Vicente (Org.). A Nova Família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4-5)

3 OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA COELHO, Francisco. Curso de direito de família. Op. cit., p. 103. “A segunda metade do século XX verá triunfar, definitivamente, o amor sobre qualquer consideração de ordem prática ou utilitária [...]. Com o triunfo do sentimento, o casal moderno se liberta de toda pressão do meio social, da família, da comunidade, mesmo a mais jovem. [...] Restringindo-se o nível de relacionamento ao pai, mãe e filhos, aumentava-se proporcionalmente o estreitamente dos laços afetivos”. LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento. Op. cit., p. 338.

4 GROENINGA, Giselle Câmara. Os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter Uma Personalidade. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010. p. 59-60.

5 Afora outras considerações de caráter sociológico, a concepção de indivíduo ganhou o estatuto científico com a psicologia moderna fundada por Wilhem Wundt, na segunda metade do século XIX e, sobretudo, com a Psicanálise, fundada por Sigmund Freud no século XIX. GROENINGA, Giselle Câmara. Os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter Uma Personalidade. Op. cit., p. 63.

exposto por Camem Lúcia Silveira Ramos, *in verbis*:

Vista sob o ângulo do discurso jurídico, a família sem casamento é uma situação de fato, envolvendo uma realidade sócio-afetiva, que aflora espontaneamente no mundo real, engendrando um relacionamento de tipo familiar, que contraria a natureza dos negócios de direito de família, caracteristicamente típicos, formais, nominados, legítimos.⁶

Ademais, tendo por norte que o direito de família abrange também outras relações para além do casamento e do divórcio, tem-se a *repersonalização* das antigas imposições culturais de ordem natural.

Passando assim a influenciar e a ‘oficializar’ vínculos não só sanguíneos, mas sim em tutelar-se uma família diversa da tida como legítima, se fez necessária a atenção para o que se vivencia na realidade fática.

Assim ocorreu com a família e com as relações dela decorrentes. A sociedade aceitou com naturalidade as novas conformações de convívio. O casamento continua e merece a tutela da lei. Ao seu lado erigiram-se novos perfis da partilha existencial. O concubinato sempre existiu e foi reabilitado da conotação pejorativa que o tisonava. O constituinte foi sensível a esse novo quadro e contemplou a *união estável*. Outro rótulo para situação idêntica, mas escoimada de carga repulsiva que sempre acompanhou a figura mais frágil – a concubina. Resquíio de machismo que impregnava a cultura e, por consequência, o direito então vigente.⁷

Note-se que não se sustenta a extinção dos vínculos familiares tradicionais; biológicos, matrimoniais e registrais, por exemplo, mas também não se deve ignorar a existência de elos tão fortes e importantes quanto, que se acumulam⁸, neste sentido a lição de Beatrice Marinho Paulo:

Cada vez mais se reconhece que, em nossa cultura, é a ligação socioafetiva que se tem com a criança que se mostra verdadeiramente importante na estruturação da personalidade e no desenvolvimento do sujeito, sendo por isso essa ligação a grande merecedora de toda a valorização sociojurídica.⁹

Em que pese, ser inegável a maior ocorrência de vínculos familiares através de registro público e matrimônio, *verbi gratia*, é de observar que hodiernamente um

6 RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Família Sem Casamento: de relação existencial de fato à realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 40.

7 NALINI, José Renato. Ética e Família na Sociedade Pós-Moralista. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). Estudos Jurídicos em Homenagem ao Centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 386

8 As evoluções que tem ocorrido no Direito de Família são evidentes nas diferenças relativas à consideração das entidades familiares, como por ex. no tratamento dado às uniões informais, antes só de fato, e agora também de direito – visto que estáveis. E o mesmo movimento tem se dado com as entidades familiares compostas por casais homossexuais, ou homoafetivos, que ainda se encontram no estágio de reconhecimento como sociedade de fato e de benefícios previdenciários.” (GROENINGA, Giselle Câmara. A Função do Afeto nos “Contratos Familiares”. In: DIAS, Maria Berenice et al. (Coords.). Afeto e Estruturas Familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 202-203).

9 PAULO, Beatrice Marinho. Ser Mãe nas Novas Configurações Familiares: a Maternidade Psicoafetiva. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 9, abr./ maio 2009, p. 57

número também expressivo e considerável de uniões estáveis (livres), e filiações socioafetivas deva ser tutelado pelo estado democrático de direito que vivemos.

Tão importante quanto as prescrições legais, os vínculos afetivos e os papéis sociais por eles gerados passaram a ser reconhecidos pelo direito, de que é exemplo cabal a união estável. Gerada por laços afetivos, a união entre homem e mulher sem casamento chegou a ser considerada imoral no início do século passado, e só após décadas de batalhas judiciais foi reconhecida como entidade familiar, passando pelo concubinato, pelo companheirismo e chegando finalmente à união estável.¹⁰

Nas novas configurações familiares, oriundas de descasamentos e recasamentos, há homens que acolhem como seus os filhos de outro homem, mantendo relações parentais com os descendentes de suas parceiras, com os quais não possuem nenhum laço biológico. É o que se costuma chamar de paternidade socioafetiva.¹¹

É de se observar também, que em diversos casos muitos pais, acabam por não terem vínculos biológicos com a prole,

Há algumas décadas, contudo, ampliaram-se as preocupações – que não eram tantas, diante das consequências da manipulação dos organismos, especialmente com a manipulação genética, *talvez a maior de todas as inovações da biotecnologia*.¹²

Ou seja, diante do quadro fático vivenciado, tem-se que a afetividade permeia, consciente ou inconscientemente os elos familiares, sendo que os vínculos registrares, biológicos, ou desprovidos de afetividade não são suficientes para a caracterização do conceito moderno de família, o qual buscamos.

Neste linear as lições de Antoine e Vincent¹³,

A partir de agora, já não basta a instituição matrimonial para legitimar a sexualidade: é preciso amor. [...] O casamento então deixa gradativamente de ser uma instituição para se converter em uma formalidade. (...) Mas também não é mais necessário se casar para manter relações regulares com um parceiro de outro sexo, já que essas relações só terão alguma consequência se os parceiros assim quiserem.

E Eduardo de Oliveira Leite¹⁴,

A nova família, estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento. A noção de vida em

10 BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009, p. 25-26.

11 PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v.10, jun./jul. 2009. p. 25.

12 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Coords.). Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 78.

13 PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Orgs.). História da Vida Privada. 5: Da Primeira Guerra aos Nossos Dias. Op. cit., p. 77-78.

14 LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento. Op. cit., p. 367.

Conforme já exposto, não se pode afirmar a supremacia de um desses vínculos precitados, sobreposição ou qualquer hierarquia, o que se evidencia com toda a certeza e de forma hialina é a importância que a afetividade implica nas relações interpessoais, e que em conjunto com os demais elos estabelecidos, é capaz de configurar a relação de família, seja; matrimonial, heteroafetiva, homoafetiva, união poliafetiva (união simultânea), ou ainda parentesco; biológico, registral, afetivo, ou até a multiparentalidade. Cabendo ao direito, como sempre, acompanhar a evolução cultural da sociedade, e tutelar tais relações familiares da forma mais harmônica possível.¹⁵

Posto que não cabe mais ao Direito uma posição autoritária e um dirigismo legislativo, interventivo estatal, em tempos de modernidade líquida, complexidade e reconhecimento de pluralidades de direitos, deve-se ater aos novos modos de se conviver em família.¹⁶

A sociedade progrediu em assimilar a afetividade como genetriz, embaixadora e relevante nas escolhas pessoais. Com a relativização da importância antes dada aos demais vínculos existentes; biológico, matrimonial, registral, por exemplo, restou-se crível asseverar a centralidade do afeto nos relacionamentos interpessoais, e os consequentes reflexos jurídicos. Assumindo assim, a afetividade o papel de gênese das relações familiares na atualidade.

Neste sentido afirma Giselle Câmara,

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.¹⁷

A doutrina especializada, em direito de família, percebendo o acolhimento deste afeto pela sociedade, nas relações interpessoais, e ainda mais, a verdadeira constituição de 'família' sustentada pelo vínculo afetivo, também, fez com que se atentasse para o tema, em busca de se ter a tutela dos direitos daí derivados, nas

15 O aggiornamento da affectio, na dimensão jurídica do afeto, desempenhou seu papel. Nas relações paterno-filiais não se cuida mais, agora, de decretar o fim da biologização, clara e estampada na superação do modelo patriarcal codificado e nas estruturas de novos paradigmas para a família constitucionalizada. Ambivalência e equilíbrio são a chave para um enigma ainda a decifrar. (FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e Ascendência Genética. In: _____. Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 172.

16 Neste sentido sustentou Zygmunt Bauman, ao tratar de mentalidade do intelectual da pós-modernidade. (Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 266-267.

17 GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Orgs.). Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 7, p. 28.

palavras de Silvana Maria Carbonera: (...) o afeto deve ocupar lugar de destaque e merece maior atenção daqueles que atuam nessa área jurídica.”¹⁸

Como se sabe o direito tenta acompanhar os avanços ideológicos da sociedade, e assim também o faz quando se trata de afeto.

2.1.1 Afetividade Como Princípio Fundamental Implícito Na Constituição

Embasado no que fora exposto alhures, tem-se a interpretação de que a família é uma construção social formada por meio de regras sociais, jurídicas e culturais, que hodiernamente se fazem presentes de forma significativa, ou seja, a existência de um elo afetivo, que gera nesta entidade o mérito de ser abrigada indispensavelmente pela Constituição Federal.

E assim, consolida-se no artigo 226 da CF de 1988.

Onde tem-se, em suma, a ‘normatização geral’ para enquadramento nesta visão de família, a entidade que preencher os requisitos, essenciais, que são; a afetividade, a estabilidade e a ostensividade, como entidade familiar, e sendo assim merecedora de tutela e proteção do Estado.

Corroborando tem-se o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹, que sustenta:

Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. É o ‘afeto que conjuga’. E assim, o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como verdadeiro sustento do laço conjugal e da família. O princípio do afeto foi desenvolvido a cada dia, como forma de demonstração de carinho e comunhão de vida plena entre duas pessoas que tem o intuito de constituir família, independentemente do sexo, para que haja sustento do laço entre duas pessoas.

E continua:

Embora o princípio da afetividade não esteja expresso na CFB, ele se apresenta como um princípio não expresso, [...]; nela estão seus fundamentos essenciais, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art. 226, § 4º), a união estável (art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227), além do citado art. 226, § 8º. Como se vê, a presença explícita do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, permeou a construção e se presentifica em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

18 CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 277.

19 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Posto isto, é evidente que existe na Constituição Federal, normas que dispõem sobre a existência de princípios e garantias constitucionais de forma expressa e/ou implícita, decorrentes de todos os princípios do sistema Constitucional brasileiro vigente, sendo hábil a demonstrar que a afetividade é elemento formador da entidade familiar hodierna, sendo então, princípio Constitucional implícito, conforme preceitua o artigo 5º, paragrafo segundo, da Constituição Federal de 1988.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.”²⁰ Permitindo assim a igualdade entre as famílias, de cunha heteroafetivas, homoafetivas, monoparentais ou socioafetivas.

Posto isto o escopo de tais princípios implícitos e o da afetividade, se ramificaram da convivência familiar, e são base garantidora da felicidade familiar, constituindo verdadeiro direito da família contemporânea. Instituiu desta forma tal legislação como sendo o princípio da afetividade o norteador das famílias, sendo instrumento de manutenção da união familiar, sustentada pelo respeito, consideração, amor e principalmente a afetividade.

Na lição de Rodrigo da Cunha Pereira²¹,

O afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.

Desta forma, tem-se que as mudanças evolutivas do conceito e percepção de família, com a conseqüente incorporação do princípio da afetividade na Constituição Federal, corroboraram com os anseios da sociedade que deixa de conceber como instituição familiar unicamente a originada com o matrimônio, passando cada membro desta entidade a tomar papéis de importância e elementar para o desenvolvimento saudável desta.

Destaca-se o pensamento de Romualdo Baptista dos Santos²²

(...) a afetividade ingressa na Constituição no momento da sua formulação e, posteriormente, nos seus efeitos. Vale dizer que, também no plano a Constituição, a afetividade encontra-se na base da conduta jurídica e é considerada um valor jurídico; está na base das condutas jurídicas que deram origem à Constituição e, posteriormente, tornou-se objeto de proteção pelo texto constitucional.

Assim, a família contemporânea, não se sustenta mais na dependência econômica do homem, no patriarcado, mas tendo a mulher função primordial nesta relação também, assim como os filhos, passando pois, o afeto a ter posição de destaque

20 DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pg. 60.

21 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg 194.

22 SANTOS, Romualdo Baptista. Direito e Afetividade: Estudo sobre as influências dos aspectos Afetivos nas Relações Jurídicas. 2009. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

para a constituição de família, em conjunto; a solidariedade, assistência mútua, cumplicidade, fatores notórios e amplamente reconhecidos como fortalecedores dos vínculos familiares e afetivos.

3 | A PRESENÇA DA AFETIVIDADE NA PRAXIS FORENSE

A reflexão que segue é a análise de um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em um caso de indenização por danos morais e materiais, onde se reconheceu o abandono afetivo em relação à filha. Ou seja, além de reconhecer o afeto como imprescindível nas relações familiares, confirmou-se que sua ausência é passível de indenização/reparação.

3.1 A Aquiescência Jurisprudencial (análise de um caso em concreto)

Com o escopo de demonstrar o acolhimento do princípio da afetividade no Direito de Família, fora escolhido um acórdão para análise: RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Conforme se demonstrará abaixo o genitor recorre da apelação provida em favor de sua filha, que o condenou a indenizá-la por abandono afetivo.

Tal decisão mostra-se com relevância pois, assentou na jurisprudência pátria, juntamente às demais decisões semelhantes, a possibilidade de se reconhecer o afeto como substrato das conclusões e admitirem a significância do afeto nas relações familiares, e seus reflexos.

Segue a ementa do julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de

origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

De início, o voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi empenhou-se em determinar se tal abandono afetivo constitui elemento suficiente para ensejar reparação moral. Seu entendimento teve foco em sua reconhecida frase, citada no transcrito de seu posicionamento, “Amar é faculdade, cuidar é dever.”.

Posto isto, notou-se que a falta de interesse do pai em reconhecer a paternidade de sua filha também lhe causou traumas. Nos dizeres de Madaleno²³, “Os filhos são vulneráveis às instabilidades afetivas e emocionais de seus pais, e estes são legalmente responsáveis pela assistência material e moral de sua prole, independentemente do exercício da sua guarda”

Continua relatando em seu posicionamento, que sentimentos e emoções, em que pese, muitos, sustentem a impossibilidade de se indenizar ou compensar os danos reflexos das obrigações parentais, não se prospera tal posicionamento, haja vista que, não existem restrições legais para a aplicação da responsabilidade civil no direito de família, e conseqüentemente o dever de indenizar/compensar. Ao contrário, a legislação pertinente (art. 5º, inciso V e X da CF e arts. 186 e 927 do Código Civil), ao tratar do tema, o fazem de forma ampla e irrestrita, sendo plenamente possível aduzir que regulam as relações oriundas de um núcleo familiar. Complementou, sustentando que o afastamento do pátrio pode não suprimir e sequer afasta a possibilidade de indenização.

Quanto a reparação indenizatória do dano psíquico sofrido pelo filho, há posição doutrinária e jurisprudencial que apoia a indenização através de condenação de pagamento de efetivo tratamento psiquiátrico, psicanalítico, e terapêutico, para que a saúde emocional do filho abandonado afetivamente consiga ser restaurada²⁴.

Nas palavras de Madaleno²⁵, *in verbis*;

A indenização pecuniária visa a reparar o agravo psíquico sofrido pelo filho que foi rejeitado pelo genitor durante o seu crescimento, tendo, a paga monetária, a função exclusiva de permitir compensar o mal causado, preenchendo o espaço e o vazio deixados com a aquisição de qualquer outro bem material que o dinheiro da indenização possa comprar.

Fundamenta o voto relator, que há dano moral no caro em concreto e assinala a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva (o dano, a culpa do autor e o nexo causal). Aduz que, quando se trata de relações familiares, a lição ganha fatores de alto grau de subjetividade, tais como a afetividade o amor, a mágoa, entre outros, perfazendo obstáculos à configuração do dano moral.

Entretanto ressalta há axioma constitucional e legal de obrigações inerentes mínimas nas relações genitor - prole, e que os filhos, no momento em que se tornarem

23 MADALENO, Rolf. Repensando o Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 124.

24 Idem, p. 124.

25 Idem, p. 124-125.

pais, terão dever de arcar com as responsabilidades.

A reparação evidenciada nestes casos, visa recompor um prejuízo considerado já irreversível infligido no filho: o sofrimento enfrentado por pela prole frente a ausência do pai ou da mãe, em sua criação, educação, formação de caráter etc. Revela-se de forma hialina que ser pai não é apenas um ser responsável legalmente pelo filho, mas sim, aquele que deve, obrigatoriamente, prestar assistência, educação presença, mantendo um real palpável vínculo afetivo com a prole, perseverando no compromisso com os filhos, com a sociedade e consigo próprio²⁶.

O vogal, ministro Massami Uyeda, divergiu do voto relator, sustentando em suma que o pai fora compelido a reconhecer a paternidade, que os sentimentos do universo familiar são de difícil mensuração, e que o reconhecimento de tal dano acarretaria em uma situação insustentável, vez que todos ingressariam com ações de reparação de danos morais neste tema, com motivos mais superficiais.

Porém, contrapondo tal pensamento tem-se, novamente, as considerações de Madaleno;

A reparação do dano moral não visa a reconstruir qualquer patrimônio da pessoa vitimada, indenizando-a tal como quando sofre um prejuízo material facilmente aferível. Antes disso, almeja compensar satisfatoriamente o sofrimento passado, sendo o dinheiro a única forma conhecida de proporcionar meios para que a vítima minore seu sofrimento (...)²⁷

O Ministro Sidnei Beneti, que havia pedido vista dos autos, manifestou-se na oportunidade em termos intermediários dos dois citados alhures. Sustentando que é plenamente possível a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, que não há causa excludente de tal reparação no âmbito familiar, pois não deve haver distinção do filho havido fora do casamento, antes ou depois deste. E conclui que no caso em exame existem atos caracterizadores do abandono afetivo sofrido pela autora, porém que o valor deva ser reduzido.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que por sua vez também pediu vista ao processo, acompanhou o voto do Ministro Sidnei Beneti. Destacando-se que a responsabilidade civil por danos morais no Direito de Família deve ser analisada com cautela, em razão destas relações serem travadas no seio da família que está carregada de sentimentos.

Com isto, ao final a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Ministra Relatora.

26 HAMADA Thatiane Miyuki Santos. O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/872>. Acesso em 25/05/2017.

27 MADALENO, Rolf. Repensando o Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 156.

4 | CONCLUSÃO

Sabendo que as relações interpessoais são reflexos diretos da sociedade a qual está inserida, notou-se que este instituto sofreu alterações conceituais na mesma proporção e tempo que a evolução de pensamento e comportamento na sociedade, mormente pela independência da mulher em relação ao homem, e a estes indivíduos quanto às escolhas contratuais que alcançaram.

Neste linear, o direito, sobretudo a parcela que se dedica às relações familiares, atentou para esta evolução, e aprimoração do que se entende por família, notando que não mais era formada e constituída somente por vínculos registraes, mas sim destacava-se *o sentimento*, e principalmente *o afeto*, neste agrupamento de sentimentos.

Observado este destaque cuidou-se para então conceituar, dentro da abstração inerente ao tema, sobre o que seria *o afeto*, chegando-se a conceito similar ao já conhecido dos operadores do direito, da boa-fé objetiva, onde através da presença de certos elementos objetivos (v.g. demonstração pública de afeto e contribuição para subsistência), consegue-se apurar a presença deste sentimento caracterizador.

Com isto, norteando-se na essencialidade deste sentimento para a configuração de tal instituto (família), e observada sua relevância jurídica, o ordenamento, constituído pela jurisprudência, doutrina e legislação atentou-se para elencar *o afeto* como princípio constitucional, mesmo que considerado implícito por alguns, fato é que está presente, gerando efeitos, e deve assim ser observado, aplicado e estudado.

Ademais, tendo *o afeto* prevalecido aos antigos conceitos caracterizadores de família, cabe ao Direito, de forma ampla e harmônica, acompanhar as evoluções sociais e tutelar essas relações, não cabendo a este desconstituir o que fora construído pelo *afeto*.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de Família**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COMMAILLE, Jacques. Direito e Costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. **União homoafetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. A Função do Afeto nos “Contratos Familiares”. In: DIAS, Maria Berenice *et al.* (Coords.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Orgs.). **Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 7.

GROENINGA, Giselle Câmara. Os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter Uma Personalidade. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Coords.). **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões**: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Socioafetividade no Direito de Família**: a persistente trajetória de um conceito fundamental.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Guilherme de. ; PEREIRA COELHO, Francisco. **Curso de direito de família**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 1.

NALINI, José Renato. Ética e Família na Sociedade Pós-Moralista. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Centenário de Edgard de Moura Bittencourt**: a revisão do direito de família. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser Mãe nas Novas Configurações Familiares: a Maternidade Psicoafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família Sem Casamento**: de relação existencial de fato à realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Muriel Amaral Jacob

Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIVEM. Professora adjunta na Universidade de Rio Verde, *campus* Rio Verde/GO. Advogada. murieljacob@hotmail.com;

Sander Silva Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pós graduando em Direito Público: constitucional, administrativo e tributário pela Estácio. Pós graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Estácio. Estagiário de pós-graduação no Ministério Público de Mato Grosso do Sul. sandersf_94@hotmail.com;

RESUMO: O presente estudo tem como tema de discussão a busca da verdade no processo penal, através de uma análise sobre o instituto da prova no Direito Processual Penal, com enfoque crítico ao princípio da “verdade real” motriz de todo o sistema probatório. Parte-se da hipótese de que uma teoria processual condizente com os moldes constitucionais e com a ideia de Justiça é aquela que tem, na busca da verdade, uma condição necessária para a justa solução da controvérsia. O julgador deve buscar a verdade por intermédio dos meios probatórios previamente previstos pelo sistema processual, que devem demonstrar sua eficiência em alcançar e traduzir os fatos

da maneira mais próxima possível à verdade. Trata-se de estudo justificável, tendo em conta a relevância que o tema da verdade encontra no direito processual, e a necessidade de se conferir aplicabilidade à força normativa da Constituição Federal. A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Verdade Real. Provas. Aproximação. Princípio.

THE SEARCH FOR THE TRUTH IN THE CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT: The present study has as a topic of discussion the search for truth in the criminal process, through an analysis of the institute of proof in Criminal Procedural Law, with a critical focus on the principle of "real truth" driving the entire probationary system. It starts from the hypothesis that a procedural theory commensurate with the constitutional criminal process, through an analysis of the institute of proof in Criminal Procedural Law, with a critical focus on the principle of "real truth" driving the entire probationary system. It starts from the hypothesis that a procedural theory commensurate with the constitutional molds and with the idea of Justice is that which, in the pursuit of truth, has a necessary condition for the just solution of the controversy. The judge

must seek the truth by means of the evidentiary means previously foreseen by the procedural system, which must demonstrate its efficiency in reaching and translating the facts as closely as possible to the truth. It is a justifiable study, taking into account the relevance of the topic of truth in procedural law, and the need to confer applicability to the normative force of the Federal Constitution. The methodology used in this research is of a bibliographic character, through descriptive analysis and deductive method.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law. Real Truth. Evidences. Approximation. Principle.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo que tem em seu âmago a discussão sobre a busca da verdade no processo penal, através de uma análise sobre o instituto das provas e possui um enfoque crítico ao denominado princípio da “verdade real” como princípio processual penal.

Partiu-se da premissa de que Direito e verdade estão intrinsecamente ligados entre si, fazendo-se uma reflexão entre o conceito de verdade, bem como sua aplicação no processo, além de uma ligeira análise sobre as provas no processo penal. Ao final, buscou constatar se a busca da verdade real é, de fato, possível de ser alcançada no processo penal diante dos limitados meios de cognição dos quais poderá o julgador valer-se na tentativa de reconstrução do fato criminoso.

Assim, para se chegar ao discurso da verdade real no processo penal e sua crítica, fez-se necessária uma breve digressão na dogmática da filosofia, a fim de se determinar o que filosoficamente compreende-se por “verdade” para, a partir de então, traçarmos um paralelo com a famigerada verdade material e sua aplicação no processo.

Nesse norte, o presente trabalho busca indagar se seria possível o alcance da verdade real sem que nisto pudesse prejudicar os direitos fundamentais e as garantias processuais do indivíduo. Com efeito, a presente pesquisa em seu transcorrer buscou compreender, com arrimo na filosofia, se seria possível sustentarmos que a decisão judicial, de fato, corresponda à verdade tal qual objetivada pelo processo penal e se em termos absolutos e fidedignos.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, sendo consultadas fontes impressas e virtuais, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

2 | A VERDADE NA FILOSOFIA E AS TEORIAS DA VERDADE

Cumprе consignar, inicialmente, que a busca pela verdade é tão antiga tal qual a filosofia. Aliás, conforme assinalado por Aristóteles (1984, p. 11), nas linhas iniciais do livro I da sua obra *Metafísica*, tal anseio no aprimoramento do conhecimento exsurge como corolário natural da raça humana, pois “todos os homens têm, por natureza, o

desejo de conhecer”.

Logo, pode-se afirmar que o seu nascedouro dar-se-á concomitantemente com o ser humano, pois, conforme destacou a filósofa Marilena Chauí (2000, p. 112), “o desejo da verdade aparece muito cedo nos seres humanos como desejo de confiar nas coisas e nas pessoas, isto é, de acreditar que as coisas são exatamente tais como as percebemos e o que as pessoas nos dizem é digno de confiança e crédito”.

Em certa medida, tal busca “visa atender os próprios anseios da alma humana, pois não possui controle absoluto da verdade. Do ponto de vista universal, seu conhecimento sobre a verdade é apenas parcial” (BARROS, 2013, p. 27).

Não há, pois, um critério único e seguro sobre o que de fato corresponda à verdade. Na realidade, sabe-se que dificilmente haverá entre os filósofos um consenso sobre o assunto, pois, segundo Miguel Reale (1999, p. 71) “a Filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no campo da exatidão”.

Todavia, no processo penal é indispensável que o julgador busque se aproximar, tanto quanto possível, da verdade dos fatos para que haja pacificação com justiça, a qual é vista por muitos como escopo maior de um processo que se discute sobre direitos indisponíveis.

Assim, seria temeroso que a decisão que vier a segregar o indivíduo de sua liberdade possa estar desassociada da noção de que o processo, de fato, logrou êxito no alcance da verdade. Malgrado a verdade real, em essência, seja inatingível, a crença de sê-la alcançável denota-se útil para apaziguar o clamor social e a conformação das partes envolvidas na contenda judicial.

No entanto, tal crença tornar-se-á inconcebível quando utilizada para justificar atitudes e paradigmas inquisitoriais adotados pelo julgador na busca de se estabelecer a verdade no processo.

Nada obstante, impende consignar que em tempos pretéritos a verdade das coisas e dos relatos pautava-se precipuamente no pensamento divino, ou seja, “a vontade de Deus é a verdade a ser seguida!” (SAMPAIO, 2010, p. 33).

Com efeito, é sabido que “até pouco mais de cinco séculos atrás, a humanidade, na visão da cultura ocidental, vivia da firme convicção de que as suposições pregadas pela fé e religião, correspondiam, de fato, à verdade [...]” (JACOB, 2015, p. 95).

Nesse diapasão, vislumbra-se tal correspondência nos períodos de Inquisição Católica, período em que os dogmas religiosos, pautados na vontade e nos anseios divinos, eram concebidos pela igreja como verdades incontestáveis e, como trivial, acarretava, aos que contra elas insurgiam, terríveis perseguições eclesiásticas em prol das denominadas verdades divinas.

Todavia, com o avanço científico e tecnológico as verdades pautadas na religião, concebidas até então por absolutas, começam a cair por terra. Isso porque tais verdades passam a serem corroboradas através do método científico, cujo rigor e exatidão dos resultados são enaltecidos e concebidos com maior idoneidade na busca pela verdade, porquanto experimentalmente comprovados.

Logo, a verdade em termos absolutos denota-se um ideal inalcançável, inclusive nas ciências mais rígidas como na física e matemática que desde a teoria da Relatividade, formulada por Albert Einstein, consolidou o entendimento de que a verdade será sempre relativa, contingente a determinado contexto, pois somente será considerada válida até que nova teoria mais consistente lhe contradiga, substituindo-a sempre que demonstrar inconsistente ou obsoleta.

Atualmente, chega-se a conclusões de que até mesmo na Física é determinada na busca de verdade, ou seja, ainda para as ciências exatas, a verdade somente é absoluta até que haja prova em contrário, deixando, portanto de ser verdade para se tornar uma não verdade. A verdade, portanto, mostra-se sempre relativa dependendo daquele que impõe a função de observá-la. (SAMPAIO, 2010, p. 23).

Por conseqüência, depreende-se que a veracidade dos fatos, dos relatos, das coisas, das proposições, enfim, dos arquétipos ideais comumente empregados à verdade, muito embora sejam consensualmente aceitos no seio social, além de não absolutos, podem ser revestidos de caracteres transitórios e relativos, de sorte a manterem consonância com os avanços sociais, e mais notadamente com o aprimoramento do método científico.

Destarte, as proposições que antes eram tidas como verdadeiras e incontestáveis, serão como tal até que se comprovem em sentido diverso a sua inveracidade (FERRAJOLI, 2010).

Diante disso, diversificam-se as teorias filosóficas que falam a seu respeito. Nesse viés, convém realçar, ainda que de forma superficial, as diversas teorias que propuseram a fomentá-la.

A primeira delas, pela *teoria da correspondência*, consubstanciada no ideal aristotélico de “negar aquilo que é, e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade” (ZILLES, 2005, p. 131), haverá um enunciado verdadeiro se houver correspondência com determinado fato.

Logo, depreende-se que a verdade está no pensamento ou na linguagem, não no ser ou na coisa. Nesse sentido, aliás, é o que se extrai da noção de verdade ontológica estabelecida por Tomás de Aquino, que, embora pautada nos anseios divinos, retrata a noção de correspondência ou adequação entre o juízo do intelecto e a realidade intencionada – *veritas est adequatio rei in intellectus* (ZILLES, 2005).

Pela *teoria da coerência*, a verdade de uma proposição deve ser aferida e analisada, não de forma isolada, mas através de um contexto em que, confrontada com outras proposições cientificamente corroboradas e, por vezes, já imbuídas na convicção humana, demonstre-se coerente com os estudos científicos para que seja considerada verdadeira. Neste prisma, havendo coerência entre os enunciados ora confrontados serão, pois, ambos verdadeiros, ao passo que sendo incongruentes, entre si, ao menos um deles será falso.

Observe-se que, tal teoria tem como ponto cerne a contradição dos enunciados

ou das proposições. Destarte, uma vez confrontados dois ou mais enunciados, sendo contraditórios entre si, considera-se verdadeiro aquele que se demonstrar mais coerente com as convicções humanas e que, por vezes, esteja em consonância com os estudos científicos que lhe dará – ou não - idoneidade.

Para a filósofa Susan Haack (2002, p. 137) “o teste da verdade de todos os enunciados que não sejam perceptivos deriva de suas relações com outros enunciados, os perceptivos, que se supõe serem verificados por confrontação direta com os fatos”.

[...] Em uma perspectiva um pouco diferente, uma teoria da coerência também é usada no domínio da análise semiótica do processo judicial, na qual se presta especial atenção aos <<relatos>> que narram às partes, as testemunhas e os advogados. [...] Nessa perspectiva, a coerência do <<relato>> desempenha um importante papel persuasivo e os meios de prova tendem a ser compreendidos como um suporte para um <<relato>> convincente. [...] (TARUFFO, 2014, p. 26-27).

Já no que tange a *teoria do consenso* que tem como expoente o filósofo alemão Jürgen Habermas, a compreensão da verdade se dá, na definição deste, com “a conformidade de uma alegação ou, respectivamente, como capacidade de consenso no discurso dos participantes, o qual, entretanto, está sob a ideia orientadora de um diálogo livre e universal” (HABERLE apud JACOB, 2015, p. 99).

Em que pese seu valor teórico, insta ressaltar que, sob a ótica da teoria em comento, sua mazela consiste na hipótese em que, arrimada no discurso e na aceitação deste pelos seus participantes, através do consenso pode-se considerar como errôneo ou equivocado o discurso que, em essência, seria verdadeiro, rejeitando-o pelo fato de não haver entre os interlocutores um consenso e aceitação no que tange a sua veracidade.

Outrossim, ao revés, pode-se aceitar como verdades as afirmações que, a princípio, são equivocadas, inverídicas ou errôneas, na medida em que, no plano do discurso, embora deturpada sua veracidade, haja um consenso entre seus participantes no sentido de que tal relato seja veraz.

Por um lado, o consenso pode chegar a afirmar como verdadeiro um erro e, por outro, pode rejeitar o reconhecimento a verdades, como no caso das teses de Galileu. Se todos afirmam que o sol gira ao redor do planeta Terra, a maioria ou unanimidade democrática de modo algum asseguram a verdade. [...] O consenso não pode ser o último critério de verdade ou falsidade, sem recurso à experiência e a evidência e sem referência ao objeto (ZILLES, 2005, p. 135-136).

Aos pragmáticos (*teoria pragmática*), por sua vez, uma crença seria verdadeira se produzisse bons efeitos. Assim, “a verdade do conhecimento para os pragmáticos consiste na concordância do pensamento com os objetos práticos do homem – naquilo, portanto, que provar ser útil e benéfico para sua conduta prática” (SAMPAIO, 2010, p. 24).

Na realidade, segundo Miguel Reale (1999, p.169): “costuma-se dizer que para

o pragmatismo o critério de verdade não é a adequação do sujeito ao objeto, mas a medida de sua conveniência sócio-cultural, como utilidade menor ou maior para o homem”. Assim, “uma verdade só é verdade porque vai ao encontro das exigências vitais do homem” (REALE, 1999, p. 169).

Depreende-se, por consequência, que “[...] uma ideia é verdadeira enquanto for útil para nossa vida crer nela. Se, por exemplo, a hipótese da existência de Deus satisfaz, produz efeito em nossa vida, é verdadeira” (ZILLES, 2005, p. 136).

Tal silogismo, contudo, de correlacionar aquilo que nos é profícuo ao critério de verdade, certamente tornar-se-á incoerente quando a “não verdade” possa nos parecer útil, contrariando assim toda posição pragmática consubstanciada na noção de verdade-utilidade (SAMPAIO, 2010).

Com inegável influência e aceitação filosófica, a *teoria semântica* da verdade cujo expoente é o filósofo polonês Alfred Tarski (1902-1983) tem, a princípio, seu interesse restringido à análise da “concepção aristotélica clássica de verdade”.

Tarski ao elaborar a concepção semântica de verdade, busca em certa medida evitar os denominados paradoxos semânticos que os enunciados estão suscetíveis, ou seja, busca rechaçar os aspectos ambíguos concernentes à linguagem, o que faz através de recursos metalinguísticos. Assim, seria um paradoxo inadmissível, por exemplo, a “possibilidade de uma proposição ser verdadeira mesmo que ninguém acredite nela, ou falsa mesmo que todo mundo acredite nela” (HAACK, 2002, p. 162).

Para tanto, qualquer definição semântica da verdade, para ser aceitável, deve satisfazer uma condição material e outra de correção formal. Com efeito, sem se ater as minúcias, saliente-se que a condição material é exposta por Tarski através de sua célebre formulação de que: “A neve é branca’ é verdade se, e somente se, a neve é branca”.

Segundo Susan Haack (2002, p. 147), o requisito formal “[...] diz respeito à estrutura da linguagem na qual a definição de verdade deveria ser dada, os conceitos que podem ser empregados na definição, e as regras formais às quais a definição deve se conformar”.

Nesse viés, imprescindível se faz que eventual definição de verdade seja, ao menos, materialmente adequada e formalmente correta para que, então, possa ser considerada satisfatória.

Por fim, tem-se a *teoria da verdade como redundância*, introduzida por Frege e Frank P. Ramsey, tendo neste seu maior realce, a noção de verdade aqui empregada parte da ideia de “[...] que os predicados ‘verdadeiro’ e ‘falso’ são redundantes no sentido de que eles podem ser eliminados de todos os contextos *sem perda semântica*” (HAACK, 2002, p. 177).

Desse modo, conquanto haja eliminação dos mencionados predicados (‘é verdadeiro’, e ‘é falso’), entende-se que o enunciado, ainda assim, manterá sua (in) veracidade quando implicitamente aferidos. Pode-se dizer, em suma, que tal teoria tem como ponto marcante a busca em estabelecer uma lógica textual, pautada na

formação dos enunciados e do discurso que dele se faz, buscando evitar o excesso desnecessário ou a deficiência das informações.

Segundo Susan Haack (2002, p. 177) “não há realmente nenhum problema independente acerca da verdade, mas meramente uma confusão linguística”. Para a referida autora, na concepção clássica de Ramsey a redundância se dá quando ‘Para todo p , se ele afirma p , então p ’ (HAACK, 2002, p 181).

Eis, portanto, a redundância expressada no enunciado “ p ”, consistente nos predicados “verdadeiro” e “falso”, cuja eliminação não afetaria na capacidade da compreensão daquilo que se profere. Sendo assim, ao enuncia-lo mesmo que ausente os referidos predicados, de igual modo, serão compreensíveis. Logo, conquanto haja supressão dos predicados, seja ele verdadeiro ou falso, será possível aferir a veracidade ou falsidade do enunciado, porquanto sendo a verdade obtida por critérios linguísticos seriam eles redundantes e, portanto, implicitamente aferíveis.

Malgrado a doutrina tenda a inclinar o entendimento no sentido de que o processo estaria relacionado com o ideal trazido pela primeira destas teorias elencadas, por conta, sobretudo, do silogismo judicial feito no enquadramento, através de um juízo de subsunção do fato-crime, perpetrado pelo agente, com a devida norma sancionadora. Não se deve, contudo, desprezar as demais, tendo cada qual sua parcela de contribuição no aferimento da verdade reconstruída no processo.

Assim, se no âmbito da filosofia, a verdade seria a correspondência do pensamento com a coisa ou fato cuja veracidade se perquirirá, no processo a veracidade da imputação acusatória será estabelecida quando, exaurida a cognição necessária em sua reconstrução, restar provado que os fatos se deram da forma como narrada pelos interlocutores e que se enquadram ao tipo legal, previamente aferível pelo conhecimento humano.

Contudo, há de ter cuidado com tal afirmação, pois, conforme analisaremos com maior acuidade no decorrer do presente trabalho, existem inúmeros entraves ao alcance da verdade real no processo penal.

3 | A VERDADE NO PROCESSO

Como se sabe, o Direito é uma ciência complexa, estando em constante evolução e jamais estanque. Logo, deduz-se que a verdade, no âmbito do processo, trata-se de uma verdade histórica, não pelo simples fato de que deverá, através da instrução probatória, ser reconstruída no seio processual a fim de se legitimar a decisão final, mas, também, porque somente será perquirida quando versar sobre fatos penalmente relevantes, descritos previamente em legislação que, a depender dos anseios sociais de cada época, jamais permanecerá incólume.

Ademais, por se tratar de uma verdade contingente somente será considerada verdadeira até que novas provas sejam suficientes a elidi-la, evidenciando, destarte,

estar o pronunciamento jurisdicional equivocado ou calcado em um erro até então não demonstrado nos autos.

Assim, há no âmbito doutrinário entendimento de que no processo prevalece “uma ‘verdade histórica’, sendo definida como aquela que se procura obter com o propósito de assegurar a realidade de certos acontecimentos, de certos fatos realizados no tempo e no espaço” (BARROS, 2013, p. 25).

Isso ocorre porque, conforme destacado por Aury Lopes Junior (2016, p. 209), “[...] os fatos passados não são passíveis de experiência diretas, senão verificados a partir de suas consequências, de seus efeitos”.

Não obstante, segundo Denis Sampaio (2013, p.160) “o processo penal é uma recepção natural de fatos históricos, tornando necessária a degustação dessas informações para que haja uma demonstração próxima da realidade”. E conclui o autor que: “o processo, indubitavelmente, possui a função de regularizar uma situação processual, mas também de reconstruir um fato histórico, que deverá ser demonstrado através da prova sob o crivo inafastável do contraditório” (SAMPAIO, 2013, p. 165).

Assim, entre os processualistas modernos há uma clara “[...] preocupação em saber se o fato reconstruído no processo é o mesmo ocorrido no mundo físico, ou seja, se a ideia do fato que se obtém no processo guarda consonância com o fato ocorrido no passado” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 30).

Diante disso, a doutrina clássica sempre inclinou a crer que a verdade como princípio processual se dividiria em duas vertentes, quais sejam, a verdade formal que estaria afeta aos escopos do processo civil e, ainda, a verdade material, também denominada de substancial ou real, que seria ínsita do processo penal. Em suma, tal dicotomia da verdade se pauta, sobretudo, na ideia de que no processo penal por versar, em grande maioria, com direitos indisponíveis não poderá o julgador ser condescendente com a elucidação dos fatos como encargo exclusivo das partes, sendo o juiz dotado de iniciativa probatória.

Aliás, conforme consignado pelo legislador ordinário na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, o magistrado deixa de ser um expectador inerte na produção de provas, sendo-lhe permitido não somente dar impulso a ação penal e, ao final, julgá-la, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe pareçam úteis e necessárias ao esclarecimento da “verdade material”.

Assim, o princípio da verdade real insculpido no artigo 156, I do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório tem gerado grande furor entre os doutrinadores no que tange a sua (in) constitucionalidade, em especial, por afrontar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal (art. 129, I, CF/88).

Não obstante, vislumbra-se que à luz do sistema acusatório, adotado pela Constituição Republicana, é inconcebível a tentativa de compatibilizá-lo aos arquétipos inquisitoriais proeminentes em outrora e, ainda, cultuados na atual codificação adjetiva. Assim, todas as normas infraconstitucionais que denotem tal hipótese, se revelaram incompatíveis materialmente com a Magna Carta e, portanto, padeceram

do vício de inconstitucionalidade ou não serão recepcionadas tal qual se sucedeu com o denominado processo judicialiforme, consistente na deflagração de ofício (sem provocação das partes) da ação penal pelo juiz (art. 26, CPP).

No entanto, ainda persiste o ranço inquisitorial constante do art. 156, I, do CPP, que possibilita ao magistrado determinar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas que repute relevante ao esclarecimento da “verdade material”.

É consabido, entretanto, que a atuação do magistrado antes mesmo de iniciada a ação penal se justifica para preservar e tutelar as garantias fundamentais do acusado que, não obstante, poderão ser infringidas no transcorrer da persecução penal. Não deve, contudo, o discurso da verdade real legitimar a atuação do magistrado como se parte fosse, mormente quando imbuído da tentativa de se buscar provas que possam lastrear eventual decreto condenatório do indivíduo, como se este fosse mero instrumento do processo e, como tal, verdadeiro “inimigo” do processo penal (JACOB, 2015).

Ora, em um Estado Democrático de Direito que consolidou um sistema penal garantista que fora endossado sobremaneira com o advento da atual Constituição Federal, não se deve olvidar que a presunção de inocência estabelecida pelo legislador constituinte erige verdadeira regra de tratamento, além do viés probatório no tocante ao ônus da prova.

Noutro vértice, destaca-se, ainda, nesta visão dicotômica da referida verdade, que, segundo o entendimento doutrinário tradicional, a verdade formal estaria afeta aos escopos da codificação civil como forma de abreviar litígios.

Tal ilação resulta da própria estrutura do processo civil que por lidar, em grande maioria, com direitos disponíveis poderá o julgamento circunscrever aos fatos e provas trazidas pelas partes sem maiores delongas. Não será, pois, de ingerência ou interesse estatal que se busque uma verdade mais acurada, uma vez que poderá o magistrado pautar seu julgamento nas denominadas presunções ou ficções, sem demandar esforços mais acentuados na elucidação da verdade.

Diferentemente, no processo penal, diante da indisponibilidade dos bens tutelados, é defeso as partes transacionarem senão no âmbito dos Juizados Especiais, observados os parâmetros e diretrizes traçadas pelas legislações pertinentes.

No entanto, esta vetusta divisão vem sendo, sistematicamente, rechaçada pela doutrina processual moderna, segundo a qual a verdade que se busca no processo seria uma verdade processual, sendo indiferente a maior ou menor atuação do julgador na instrução probatória para caracterizá-la. De fato, atualmente tal diferenciação parece não ter mais razão prática, mas tão só doutrinária, pois a verdade não deve comportar adjetivações, posto ser una e inatingível.

Não obstante, tem sido cada vez mais frequente o estabelecimento de amplos poderes instrutórios ao juiz no âmbito do processo civil, mormente em se tratando de causas relacionadas ao interesse público, tais como a ação civil pública, alimentos,

tutela, curatela, etc. (BARROS, 2013). Ademais, no processo penal, poderá a busca pela verdade ser relegada ou ficar em segundo plano quando se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo, casos em que os mecanismos de transação e conciliação darão ensejo a denominada “verdade consensuada”; assim como nas ações penais privadas em que o perdão do ofendido, quando aceito, acarretará na consequente extinção de punibilidade do acusado, a teor do que dispõe o art. 107, V, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Em casos tais, não é crível que o Estado-Juiz siga em busca da verdade real quando ao ofendido não mais lhe convém buscá-la. Além disso, o critério basilar para aplicação de um ou outro princípio será, em regra, a (in) disponibilidade dos bens tutelados, porém, soa inadequado sustentar, indistintamente, que ao direito processual civil bastará apenas à verdade formal dos fatos e no processo penal não poderá o magistrado com ela se aquiescer, cabendo-lhe buscar a aproximação, tanto quanto possível, da verdade material.

Obviamente, não se nega o predomínio da verdade material no processo penal, até porque há no campo penal inúmeros instrumentos probatórios (tais como, interceptação telefônica, busca pessoal, prisão preventiva e temporária a fim de se assegurar a conveniência da instrução criminal, etc.) dos quais não dispõe o magistrado no campo do processo civil na busca pela verdade.

Todavia, ambos os princípios encontraram guarida numa ou noutra seara processual, nas quais poderá haver a tutela de diferentes interesses, ora de interesse privado justificando o emprego da verdade formal, ora em que predominará o interesse público devendo o Estado-Juiz perquirir uma verdade mais acurada, condizente com a verdade material.

Em outros termos, embora discrepantes os critérios adotados na busca pela verdade, ambas as searas processuais podem não lograr êxito na obtenção da verdade almejada. Dessa forma, ainda que adote uma investigação com conotações mais rígidas pela busca da verdade como no direito processual penal, ou, até mesmo, com feições mais flexíveis admitindo, por exemplo, presunções de verdade como no direito processual civil, ambos os sistemas sujeitar-se-ão às limitações impostas pelo legislador quanto a maior ou menor conveniência legislativa de se apurar a verdade dos fatos discutidos em juízo.

Outra questão assaz intrincada e que tem gerado certa divergência doutrinária é saber se a verdade constituiria uma das finalidades do processo e, neste sentido, caberia ao julgador buscá-la para a correta aplicação da norma material e concretização de uma decisão justa; ou, ao revés, por ser ela inatingível, em sua essência, deveria o processo ter como desiderato apenas solucionar os conflitos sociais, não sendo a verdade seu desígnio ou finalidade.

Parece-nos, contudo, que para concretização de uma decisão justa ela não poderá estar desassociada do ideal de verdade, pois somente a certeza de tê-la alcançada (embora, em essência, a verdade absoluta seja inalcançável) é que gerará

o sentimento social de que houve a pacificação com justiça.

4 | A PROVA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DA VERDADE

Averbe-se, oportunamente, que o único meio de se reconstruir a verdade sobre determinado fato ocorrido no passado será por meio do instituto da prova, sendo arbitrária a decisão penal condenatória que não esteja lastreada no manancial probatório.

Assim, tendo em vista que o julgador não presenciou a ocorrência dos fatos, cujo conhecimento se dará por meio de alegações e do quanto provado em juízo, é neste sentido que a prova ganha importância ímpar para o processo penal. Todavia, a instrução probatória deve se dar de acordo com as normas e princípios da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, não podendo se buscar a verdade a todo custo.

Como se sabe, a função precípua da prova seria a formação do convencimento do julgador acerca da veracidade dos fatos alegados. Diante disso, o artigo 156, do Código de Processo Penal, apregoa que: “o ônus da prova incumbe a quem alega [...]”. Todavia, constata-se que o ônus probatório em matéria penal, apesar da controvérsia doutrinária, deverá ser estabelecido à luz do princípio constitucional da presunção de inocência recaindo, em maior parcela, sob o encargo da acusação – Ministério Público ou querelante – que deverá elidi-la.

Ao réu, por sua vez, em sintonia com o que é preconizado no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, bastará que suas alegações sejam suficientes e idôneas a gerarem, no espírito do julgador, dúvida razoável quanto à veracidade das alegações constantes na exordial acusatória.

Isso se dá porque, segundo Vicente Greco Filho (2012, p. 166), “[...] o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação”. Assim, por exemplo:

(...) ao afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem o ônus de gerar uma dúvida razoável sobre a existência da legítima defesa equivale dizer a que, para ele ser condenado, o Ministério Público teria o ônus de provar, além de qualquer dúvida, a inocorrência da legítima defesa (BADARÓ, 2003, p. 235).

Nesse sentido, aliás, é possível vislumbrar a adoção de tal entendimento pelo pretório excelso, no julgamento do HC 107795/SP (Min. Rel. Celso de Melo, DJe 211 – 07.11.2011), cujo teor denota-se curial trazer à baila. Vejamo-lo, em parte, abaixo transcrito:

[...] Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus

integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

Com efeito, à luz do sistema acusatório, é bastante discutível a iniciativa probatória do juiz, o qual deve manter-se equidistante das partes envolvidas no processo, havendo, destarte, entendimento de que seu poder instrutório deve ser meramente supletivo, não se admitindo a figura do juiz investigador, ante a sua imparcialidade.

Postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não pode tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o chamado sistema acusatório do processo penal, que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou de defesa. (GRECO FILHO, 2012, p. 174).

Assim, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2017, p. 178), “afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação”. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria.

3.1 Óbice à obtenção da verdade no processo penal: provas ilícitas e ilegítimas

Como cediço, havendo uma antinomia de valores ou princípios caberá ao julgador, diante das circunstâncias fáticas e concretas, sopesar seus valores de sorte a prevalecer a aplicação daquele princípio cujo valor demonstrar-se com maior proeminência na solução do conflito, sem atentar gravemente a dignidade dos envolvidos na contenda judicial.

Nesse viés, depreende-se que a vedação da admissibilidade das provas ilícitas busca, sobretudo, evitar que o discurso da verdade real possa macular seriamente a dignidade do réu no processo que, até prova em contrário, presume-se inocente por força de mandamento constitucional. Assim, infere-se que, a depender da situação fática e concreta, a vedação a prova ilícita poderá resultar em verdadeiro óbice ao alcance da denominada verdade real.

O Código de Processo Penal peca ao definir no artigo 157 o que se entenderia por provas ilícitas, não distinguindo se haveria infringência de norma processual ou de cunho material. A doutrina, porém, consubstanciada na clássica lição de Pietro Nuvolone, conforme destacado por Denilson Feitoza (2008), é praticamente uníssona em distinguir prova ilícita, aquela obtida com inobservância e infringência das normas constitucionais e de cunho material, e as provas ilegítimas, consideradas aquelas que atentariam contra as normas de cunho processual, podendo dar-se de forma concomitante, ou seja, infringindo normas materiais e processuais.

No entanto, tal distinção possui apenas relevância doutrinária, pois, na prática, tanto uma quanto outra serão inadmissíveis no processo, seja porque deverão ser desentranhadas dos autos, seja porque terão, conforme o caso, sua nulidade decretada.

Nesse aspecto, cabe destacar que o legislador também reputou como inadmissíveis no processo aquelas provas cuja obtenção derivou-se de prova obtida ilicitamente, a teor do artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal. Trata-se da adoção da teoria norte-americana do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) pela qual subtende que a prova obtida em tais circunstâncias também estaria contaminada por meio de repercussão causal, e, por isso, padeceria da mácula da ilicitude originária, devendo, por tal razão, ser igualmente rechaçada sua utilização no processo (MORAES, 2017).

Todavia, assim como a maioria dos direitos constitucionais, tal vedação não possui caráter absoluto sendo mitigado em variadas circunstâncias. A primeira delas quando a prova secundária denotar ser proveniente de uma *fonte independente*, sem relação de nexos causal com a prova contaminada originariamente, tendo por si só o condão de lastrear um decreto condenatório.

A segunda exceção trata-se da denominada *descoberta inevitável* pela qual seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação criminal, seria, inevitavelmente, descoberta por outro modo que não fosse oriundo da prova originária obtida ilicitamente.

Tem-se, ainda, a limitação da *mancha ou contaminação expurgada* quando em virtude de circunstâncias supervenientes à cadeia probatória, como no caso de evento futuro, consubstanciado na vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, atenua-se o nexos causal entre prova primária e secundária, caso em que poderá, pois, ser utilizada no processo porquanto o vício inicial fora afastado ou elidido (LIMA, 2017).

Além disso, cumpre consignar que há uma ampla discussão no seio doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas, de modo a possibilitar a sua utilização no processo, em especial, quando produzida para absolvição de indivíduo sabidamente inocente. Nesse sentido, aliás, é que no âmbito jurisprudencial tem-se aceitado utilizar as provas obtidas, em tese, ilicitamente quando seja o único meio do indivíduo demonstrar sua inocência, pois, neste caso, estaria em conflito o direito de liberdade e a vedação às provas ilícitas, ambos salvaguardados pelo legislador constituinte, mas quando sopesados seus valores deverá o direito a liberdade, inegavelmente, prevalecer.

Ora, conquanto fosse possível descortinar-se a verdade dos fatos através da utilização de determinada prova obtida ilicitamente, tal prova se não produzida em favor do acusado, quando presentes alguma das causas justificativas de ilicitude, a exemplo da legítima defesa ou estado de necessidade, que justificariam a sua utilização para absolvição de indivíduo sabidamente inocente, deverá, caso contrário,

ser desprezada sua utilização no processo.

Em situações tais, a busca pela verdade material deve ser relegada em detrimento da preservação de direitos igualmente assegurados pelo legislador constituinte no rol dos direitos e garantias individuais e fundamentais do indivíduo. Assim, a exemplo daqueles direitos ligados à honra, vida privada e intimidade, revestidos geralmente pelo manto da cláusula de reserva de jurisdição, somente poderão ser relativizados, na persecução penal, mediante decisão judicial devidamente fundamentada.

Convém ressaltar, no entanto, em consonância com o entendimento majoritário da doutrina pátria, que é defeso a utilização da prova ilícita *pro societate* ou a favor da acusação. Há, entretanto, o entendimento de que a sua utilização em tais casos seria necessária, sobretudo, no combate ao crime organizado (AVENA, 2017). Contudo, sem embargos de tal divergência, parece-nos mais coerente com os escopos de um sistema penal garantista, como foi delineada pela Magna Carta de 1988, que a sua utilização deverá ser refutada quando utilizada para condenar o réu.

É certo, pois, que o processo deverá guiar-se, indubitavelmente, por insuprimível regra moral e ética que importa na lisura processual e a necessária observância do devido processo legal com todos seus consectários, sendo inconcebível que a verdade estabelecida no processo possa estar em dissonância com os ditames e princípios velados pelo legislador constituinte.

Por tal razão, depreende-se que todo sistema de garantias fundamentais, postas a salvaguarda na Constituição Republicana, deverá ser respeitado e não há o que falar em restrição de tais garantias, ainda que para se chegar ao alcance da denominada verdade material.

5 | DESMISTIFICAÇÃO DA VERDADE REAL

Já ultimando a pesquisa convém trazer a lume os motivos pelos quais entendemos não ser possível o alcance da tão aclamada verdade real, elencando-os de modo a demonstrar qual a verdade obtida e utilizada no processo.

Averbe-se que a verdade alcançada no processo penal será, pois, uma verdade formal (aquela dos autos), limitada por variados fatores que a impedem de ser reconstituída de forma absolutamente fidedigna. Como se sabe, o processo penal tem como escopo primordial reconstruir, através da instrução probatória, em maior proximidade possível a realidade do fato-crime narrado na peça acusatória, cujo resultado irá lastrear a decisão que colocará fim na contenda judicial.

No entanto, é inteiramente inadequado falar que tal reconstrução refletirá, invariavelmente, a verdade real dos fatos ocorridos no passado. Isso porque o magistrado não presenciou os fatos diretamente senão pelos efeitos ou resultados deles provenientes que serão trazidos aos autos, por meio das narrativas, feitas pelas partes, que em seu discurso poderá usurpar ou suprimir ponto relevante que não os

favoreça.

Afora isso, ficará o magistrado adstrito à análise do cotejo probatório sendo arbitrária a decisão judicial que nele não se funda. Logo, somente será considerado verdadeiro aquilo que está nos autos e que, muito embora possa eventualmente não refletir a verdade real dos fatos, será considerado válido quando construído com observância do contraditório e demais princípios concernentes ao devido processo legal.

Assim, segundo Paulo Rangel (2015, p. 7) “descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com *certeza (dentro dos autos)*, quem realmente enfrentou o comando normativo e a maneira pelo qual o fez”. Assim, o juiz não pode:

“afastar-se das provas carreadas para os autos, mesmo que não condigam com a verdade processual primária (que, por não estar nos autos, ele não conhece), pois a solução do caso penal deve ser alcançada através da verdade judiciária com os limites impostos pela ordem jurídica” (RANGEL, 2015, p. 8).

Desse modo, a conclusão que se extrai da análise do arcabouço probatório é um juízo de certeza sobre um fato que pode ou não pode ter acontecido conforme narrado, provado e decidido, ficando no campo da probabilidade, ou seja, haverá uma dedução daquilo que provavelmente ocorreu.

Isso porque nem mesmo as provas possuem aptidão de demonstrar de forma absoluta o que realmente ocorreu, mas são meros indicativos que poderão em virtude de diversas situações, tais como falha pericial, falibilidade na prova testemunhal, decurso de tempo etc., não refletir a verdade dos fatos. Realmente, na medida em que tal reconstrução dependerá de cognição humana não podemos desprezar que o magistrado, eventualmente, possa estar persuadido ou equivocado em sua conclusão.

Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um “juízo não verdadeiro”. Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma “certeza incerta”, o que é um contrassenso. Para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade [...] (NUCCI, 2016, p. 301).

Diante disso, deflui-se que, além dos variados meios de impugnação da decisão judicial, a coisa julgada quando oriunda de sentença penal condenatória poderá, observados os parâmetros legais, ser relativizada através da revisão criminal, porquanto não poderá o judiciário coadunar-se com a injustiça de atribuir ao acusado a pecha da condenação quando não condizente com a verdade.

Mas a verdade nem sempre espelha a veracidade fática, daí a decisão absolutória se colocar muitas vezes como soberana mesmo diante da inadequada absolvição de indivíduos verdadeiramente culpados. Nesse caso, não poderá, pois,

ser ulteriormente desconstituída em prol da sociedade ou da acusação. Trata-se de significativo abalo ao alcance da verdade real, pois não poderá o Estado, pelo mesmo fato, buscar condenação do agente (BARROS, 2013).

Ademais, a verdade no processo deve ser uma verdade ética e processualmente válida. Portanto, a verdade alcançada e utilizada no processo penal, em resultados práticos, devido a todos os óbices que limitam seu alcance no seio processual, será senão uma verdade formal, aceitável porque atingida com a estrita observância do devido processo legal com todos seus consectários.

Neste sentido, aliás, esclarece Lopes Júnior (2016) que a verdade assim é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. Segundo o autor, “são essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, em que se situa o processo inquisitório e sua verdade real” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 210).

Assim, não poderá a descoberta da verdade no processo prescindir da necessária observância ao contraditório entre as partes.

Nessa perspectiva, cumpre consignar os dizeres de Luigi Ferrajoli (2010, p. 48) segundo o qual:

[...] a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma *verdade formal* ou *processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas e relativas somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. E, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial”, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da *falsidade formal* ou *processual* das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do “formalismo”, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis.

Portanto, o discurso sobre a busca da denominada verdade real, conquanto ultrapassado, mostra-se ainda presente na sistemática processual e jurisdicional. Todavia, é inconcebível que tal busca legitime práticas inquisitoriais ferindo demasiadamente o sistema acusatório, adotado pela atual Constituição Republicana, sobre o discurso de se chegar ao alcance de uma verdade, em essência, inalcançável.

Não deve, pois, o discurso sobre a verdade material autorizar que a atividade judicial se desenvolva visando “[...] a produção probatória com finalidade de condenação e de se chegar à utópica verdade real, já que a reconstituição histórica

dos fatos dentro do processo não se apresenta como a verdade defendida pelos filósofos [...]” (JACOB, 2015, p. 114).

Com efeito, não se pode coadunar com a manutenção de paradigmas inquisitoriais, pelos quais possa o discurso da verdade real justificar que o julgador se utilize de iniciativa probatória a fins de se chegar à efetiva condenação do acusado, usurpando função acusatória previamente delineada pelo texto constitucional.

Diga-se, ainda, que o silogismo processual em que se estabelece a verdade dos fatos, expressada na sentença estatal, dificilmente se enquadrará no ideal de perfeita correspondência entre a resultante probatória com a verdadeira realidade do fato crime, motivo pelo qual, a nosso ver, soa desarrazoado sustentar a possibilidade de se alcançar a verdade real no processo penal.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Á guisa de arremate, depreende-se que a verdade real denota-se de difícil alcance, constituindo-se a crença de sê-la alcançável, a nosso ver, uma ligeira ingenuidade. Muito embora, não se nega que a busca pela verdade deva ser amplamente perquirida pelas partes e o magistrado na correta apuração dos fatos, o resultado alcançado, porém, dificilmente será condizente com a verdade real tal qual objetivada no processo penal: em termos absolutos e fidedignos.

Primeiro, porque tal reconstrução buscará demonstrar, através da instrução probatória, a realidade de evento pretérito do qual o juiz não presenciou, mas que caberá julgá-lo. Segundo, porque o magistrado ao perquirir a verdade, no processo, utiliza-se um raciocínio dedutivo ou indutivo cujo resultado, baseados em enunciados supostamente verdadeiros, ficará no campo da probabilidade daquilo que possivelmente ocorreu. E, por fim, tal averiguação deve se dar em consonância com as normas e princípios previstos na Constituição Federal e na codificação processual que, a depender da situação, configura-se como verdadeiro óbice ao alcance da verdade real, a exemplo das provas ilícitas e ilegítimas, conforme consignado alhures.

Logo, não se obtém a verdade pelo processo, mas a certeza jurídica de que os fatos reconstituídos correspondam, de fato, a verdade. Com efeito, sabe-se que verdade e certeza não se confundem, e sendo a certeza algo subjetivo que se pauta na crença da realidade, mas que poderá eventualmente ser falsa, seria ela mais condizente com o resultado obtido no seio processual, realçando a ideia da convicção do magistrado como fator preponderante para determinação da verdade processualmente alcançável.

Ademais, a verdade processual será estabelecida de acordo com o que estiver nos autos, cabendo ao juiz dizê-la através de um juízo de valor, arrimado nas provas que fora insertas ao processo e mais propriamente na força de um discurso que será exarado na sentença judicial, a qual será contingente e dificilmente refletirá a verdade

absoluta.

Assim, em um processo que tem na verdade material seu dogma fundante, mas que na realidade denota-se impossível de obtê-la, não deve, pois, trazê-la expressamente, devendo ser rechaçado pela flagrante incompatibilidade com os anseios estabelecidos por um sistema processual garantista, o qual fora endossado sobremaneira com o advento da atual Constituição Republicana que tem na dignidade humana seu princípio motriz.

Conforme demonstrado no decurso deste trabalho, o discurso da verdade real ainda realça em certos dispositivos, constantes na lei adjetiva, o autoritarismo estatal contra o indivíduo estigmatizado na relação processual. Isso porque a inexistência da tão aclamada “verdade real” denota-se evidente, permanecendo os efeitos inquisitoriais quando se autoriza ao magistrado utilizar-se de todo seu poder instrutório para efetiva condenação do acusado.

Na realidade, vislumbra-se que a legitimação de sua decisão deve-se dar quando pautada na verdade processualmente alcançável, não a todo custo, mas assegurada sobre o prisma da dignidade da pessoa humana.

Assim, demonstra-se temeroso a possibilidade de o indivíduo ser privado de sua liberdade, ainda que inocente, mas que em face de um discurso suficiente a dissuasão de quem incumbe julgar o processo possa condena-lo, conquanto injustamente, o que não condiz com o objetivo supremo de um Estado Democrático de Direito ao disseminar a iniquidade em vez de propagar justiça e restabelecer a paz social.

Depreende-se, à guisa de conclusão, que é possível aferir certa similitude dos anseios processuais adotados pelo legislador pátrio na busca da verdade, especificamente pelo princípio da verdade real inserto na norma constante do art. 156, I, do CPP, com o ideal de correspondência já proposto por Aristóteles, na medida em que a sentença judicial será considerada verdadeira quando consubstanciada em um amplo e robusto contexto probatório.

No entanto, a nosso ver, soa inadequado falar em verdade real no processo penal, porquanto inalcançável por variados motivos, dentre os quais, a total impossibilidade de reconstrução fidedigna do fato passado, além de inúmeros óbices impostos pela legislação que a impossibilita de ser alcançada a todo custo, conforme demonstrado no transcorrer deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Vincenzo Cocco. Coimbra: Atlântida, 1984.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**/ Noberto Avena. – 9.^a ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró. **Ônus da prova no processo penal**/ Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm> Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 14 jul. 2017.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**: suplemento eletrônico da 5ª edição. Niterói: Impetus, 2008. (188 p). Disponível em: <[http://www.professormoreno.com.br/.../REFORMA-CPP-Denilson-Feitoza-SUPLEMENTO-5.ed.1\[1\].](http://www.professormoreno.com.br/.../REFORMA-CPP-Denilson-Feitoza-SUPLEMENTO-5.ed.1[1].)> Acesso em: 28/07/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal/ Luigi Ferrajoli; prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**/ Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva: 2012.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas** / Susan Haack; tradução Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. – São Paulo: Editora UNESP, 2002.

JACOB, Muriel Amaral. **O princípio da verdade real**: limites à sua evocação como fundamento do Direito Processual Penal moderno. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivim, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1996. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**/ Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**/ Paulo Rangel. – 23 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito** / Miguel Reale. - 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal:** a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real/ Denis Sampaio. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARUFFO, Michele. **A prova/** Michele Taruffo; tradução João Gabriel Couto. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ZILLES, Urbano. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência/** Urbano Zilles. São Paulo: Paulus, 2005.

A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL ENTRE BRASIL E URUGUAI EM PROCESSO EXTRADITÓRIO

Monique Vigil Klüsener

UNIPAMPA – Universidade Federal do Pampa
Santana do Livramento – RS

Tais do Couto de Oliveira

URCAMP – Universidade da Região da
Campanha
Santana do Livramento – RS

Valquiria de Castro Pereira

URCAMP – Universidade da Região da
Campanha
Santana do Livramento – RS

RESUMO: A extradição é um processo de cooperação judiciária internacional e que envolve o Poder Executivo. Ela consiste na entrega de um indivíduo acusado ou condenado à justiça por determinado Estado interessado que se cumpra o poder punitivo dele sobre o criminoso. O processo extraditório é aplicado nas relações de cooperação entre nações internacionais na esfera penal. Há um impasse entre os governos brasileiro e uruguaio sobre a efetivação da solicitação. Assim, o presente trabalho analisa a cooperação penal internacional entre os dois países integrantes do MERCOSUL, Brasil e Uruguai. A pesquisa trata-se de um estudo bibliográfico. Tem por objetivo analisar a posição do governo brasileiro na cooperação penal internacional entre Brasil e Uruguai no que tange aos atos de extradição

de brasileiros naturalizados. E, através disto, abordar a definição de extradição, as normas internas e internacionais que regem o Brasil e sua relação diplomática com o Estado Uruguaio, no que tange a reciprocidade das solicitações de extraditandos. O tema de extradição entre esses países latinos é de suma relevância acadêmica, devidas às inúmeras decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal quando ocorre o pedido extraditório pelo Estado uruguaio e este por sua vez é negado ferindo as normas de cooperação internacional, inclusive o Tratado do MERCOSUL. Conclui-se que este assunto é bastante polêmico quando confrontadas as regras de direito interno e internacional, especialmente no que tange ao tratado do MERCOSUL, devendo assim os entes estatais agir de forma que sigam a realidade nacional e internacional do mundo moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; Cooperação Penal Internacional; Extradicação; MERCOSUL; Uruguai.

INTERNATIONAL CRIMINAL COOPERATION BETWEEN BRAZIL AND URUGUAY IN EXTRADITORY PROCEEDINGS

ABSTRACT: Extradition is a process of international judicial cooperation involving the executive branch. It consists in surrendering an individual accused or sentenced to justice by a particular interested state to fulfill his punitive

power over the criminal. The extraditory process is applied in cooperation relations between international nations in the penal sphere. There is a deadlock between the Brazilian and Uruguayan governments over the execution of the request. Thus, this paper analyzes the international criminal cooperation between the two MERCOSUR member countries, Brazil and Uruguay. The research is a bibliographical study. Its objective is to analyze the position of the Brazilian government in the international criminal cooperation between Brazil and Uruguay regarding the extradition acts of naturalized Brazilians. And through this, address the definition of extradition, the domestic and international rules governing Brazil and its diplomatic relationship with the Uruguayan State, regarding the reciprocity of extraditant requests. The issue of extradition between these Latin countries is of major academic relevance, due to the numerous decisions handed down by the Egrário Tribunal when the Uruguayan State extraditory request occurs and this in turn is denied in violation of the norms of international cooperation, including the MERCOSUR Treaty. It is concluded that this issue is quite controversial when confronted the rules of domestic and international law, especially with respect to the MERCOSUR treaty, so that state entities should act in a way that follows the national and international reality of the modern world.

KEYWORDS: Brazil; International Criminal Cooperation; Extradition; MERCOSUR; Uruguay.

1 | INTRODUÇÃO

Com o advento de alianças internacionais no mundo moderno, desenvolvimento de uma civilização zelosa com os Direitos Humanos, fronteiras inter-relacionadas voltadas à migração de pessoas, informações, cultura e tecnologia, surgem consequências a esta globalização, como as infrações penais a nível internacional.

Para isso, veem-se os instrumentos de cooperação penal entre nações como a figura da extradição que consiste na formal entrega de um sujeito condenado dentro de uma ação penal a outro ente estatal, ligados pela diplomacia entre governos (FREITAS, 2006 *apud* POZO, 1987).

Na relação entre os governos brasileiro e uruguaio, há algumas polêmicas quando o processo extraditório versa sobre entregar ao Estado requerido seu próprio nacional. Ocorre que a Constituição Brasileira, fundamentada na ideia de nacionalidade, não admite a extradição de brasileiros. E no Uruguai, com um sistema apoiado na ideia de territorialidade, baseiam-se na premissa que os criminosos devem voltar e cumprir suas penas onde cometeram um delito.

O tema de extradição entre esses países latinos é de suma relevância acadêmica, devidas às inúmeras decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal quando ocorre o pedido extraditório pelo Estado uruguaio e este por sua vez é negado ferindo as normas de cooperação internacional, inclusive o Tratado do MERCOSUL - Mercado Comum do Sul.

O presente artigo tem como objetivo analisar a posição do governo brasileiro

na cooperação penal internacional entre Brasil e Uruguai no que tange aos atos de extradição de brasileiros naturalizados.

A hipótese arguida é a de que os requisitos usados na análise do processo extraditório são aplicados de maneira rigorosa pelo governo brasileiro quando se tratam de extraditados brasileiros natos. O que promove o direito de reciprocidade do Uruguai no momento de indeferimento do pedido de extradição de seus nacionais.

A pesquisa realizada é de caráter bibliográfico, o que consiste em uma pesquisa elaborada a partir de materiais já publicados, como revistas, doutrinas, jurisprudências, jornais, publicações em periódicos, internet, entre outros (PRODANOV; FREITAS, 2013).

2 | EXTRADIÇÃO

O processo de extradição é um dos temas basilares do Direito Internacional Penal, sendo considerado um dispositivo aplicável nas relações de cooperação entre nações internacionais na esfera penal. Portela (2010) conceitua extradição como:

“ato pelo qual um estado entrega a outro estado um indivíduo acusado de ter violado as leis penais deste outro ente estatal, ou que tenha sido condenado por descumpri-las, para que neste seja submetido a julgamento ou cumpra a pena que lhe foi aplicada, respondendo, assim, pelo ilícito que praticou” (PORTELA, 2010, p. 338).

O ato de extradição busca impedir que indivíduos que agiram de forma ilícita possam abrigar-se em outro território, sem cumprir a pena que lhe é devida. Através deste, o indivíduo acusado é entregue para responder a processo criminal ou cumprir sua pena no país que lhe solicita, conforme caracterizado no Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80. É importante o entendimento de que corresponde a crimes que apresentem certa gravidade, não abrangendo crimes de menor potencial ofensivo. (PORTELA, 2013).

A natureza jurídica da extradição consiste em um instrumento processual de cooperação penal internacional. O que envolve a ação de Estados na luta contra o crime.

A extradição é contemplada diante de uma visão jurídica complexa. Esta envolve as legislações internas estatais e as normas internacionais, e não meras ligações entre países bem relacionados diplomaticamente. Consoante, o ordenamento brasileiro possui algumas peculiaridades nas normativas internas no que se refere à extradição.

O processo de extradição se dá por meio diplomático, diferentemente da expulsão e deportação que são de ofício. Sendo que ocorre o pedido pelo Estado solicitante àquele solicitado que tem o livre direito de analisar o pedido se condiz com suas normas locais e se está de acordo com os tratados assinados em que ambos tenham arguido (PORTELA, 2013).

3 | A EXTRADIÇÃO CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No processo de extradição em que o Brasil atua passivamente, o ordenamento brasileiro segue as mesmas vias diplomáticas da maioria dos países, em alguns casos está alicerçado em tratados, em outros seguem as normas previstas no Estatuto do Estrangeiro.

Quando o Brasil vem a seguir tratados internacionais, o pedido deve obrigatoriamente ser analisado se está conforme as normas internas brasileiras. No caso de seguir os meios diplomáticos partindo do Estatuto do Estrangeiro, a averiguação do pedido dependerá das alianças entre os entes estatais em questão, conforme o princípio da reciprocidade (BARROS, 2011).

A seguir, serão analisadas as condições de concessões de extradição em conformidade com as normas internas brasileiras. Bem como, como ocorre o e deferimento do procedimento de extradição.

3.1 Condições de concessão

Para a concessão do pedido, devem ser analisados detalhadamente alguns requisitos. Entre eles, o ordenamento interno do Estado requerido, os tratados existentes e alguns princípios básicos referentes a esta Cooperação Internacional.

O processo extraditório tem por finalidade responsabilizar o indivíduo pelos crimes que cometeu e buscar harmonia com outras nações demonstrando solidariedade à justiça e ordem social de outros territórios. Além disso, o traslado do extraditando e o cumprimento de sua pena em território nacional, pode ser benéfico ao processo de restituição do delituoso ao meio social, através do restabelecimento de laços com a família e conterrâneos (SILVA, 2010).

Há alguns princípios norteadores do processo extraditório. Alguns dos princípios muito aplicados na prática, são: princípio *aut dedere aut judicare*, princípio *non bis in idem*, princípio da identidade e princípio da especialidade.

O princípio *aut dedere aut judicare* versa sobre a obrigação do país em entregar o delinquente ou julgá-lo pelo crime cometido. Ocorre que, quando o Estado solicitado, por motivos de normas internas, não conceder o extraditando ao país solicitante, fica obrigado a processar e julgar o criminoso conforme sua própria justiça (PORTELA, 2013).

O princípio *non bis in idem* dispõe que o pedido de extradição não será concedido enquanto não houver contra o indivíduo sentença definitiva, absolutória ou acusatória, referente ao mesmo crime. De âmbito universal, tal princípio busca resguardar o direito do extraditando para que não seja julgado mais de uma vez pelo mesmo fato ocorrido (JUNIOR, 1994).

O princípio da identidade é também chamado da “dupla tipicidade, da dúplice

tipicidade ou, então, da dupla punibilidade”, na qual o delito deve ser reconhecido como ilícito pelo país em que o extraditando é solicitado. Não obstante, a designação dos crimes nos países envolvidos no processo extraditório não necessita ser idêntica, basta tais condutas serem vistas de forma análoga por ambos (PORTELA, 2013).

Conforme o princípio da especialidade, o governo brasileiro impede que o extraditando seja processado por outro crime que não seja aquele do referente pedido. Este dá garantias às negociações estatais, bem como, aos sujeitos que saibam por quais crimes estão sendo acusados e julgados (NEVES, 2011).

Outro princípio contemplado nas situações de solicitação extraditória é o princípio da territorialidade. Este prepondera à teoria em que o indivíduo deve pagar pelo crime no lugar onde ele cometeu o delito. Além disso, em alguns casos, serve de base para resolução de conflitos quando mais de um país solicita o mesmo indivíduo (JUNIOR, 1994). É baseado na ideia de que a concessão de extradição deve ser designada ao país em que ocorreu o delito e, portanto, teve seus direitos afetados, com a promessa deste país que a penalidade imposta não violarão os direitos humanos do extraditando (NEVES, 2011 *apud* JUNIOR, 1994).

Portela (2013) ainda dispõe que o ato extraditório pode ser parcial, quando apenas um dos delitos do pedido está conforme o ordenamento vigente no país solicitado. Assim, impedindo que ocorra julgamento no país requerente pelos crimes que estão em desacordo com a solicitação.

Outros aspectos legais devem ser observados no processo de extradição, conforme fundamentado no Estatuto do Estrangeiro e na Constituição Federal Brasileira.

Quanto ao prazo prescricional do processo criminal em que pese o ato extraditório, nos termos do art. 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro, “não será concedida extradição se estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente”. Assim, é direito do extraditando a análise se já decorreu a prescrição processual em qualquer dos países envolvidos.

Outro fator que não permite extradição é delitos advindos de crimes políticos. A Constituição Federal do Brasil prevê no art. 5º, inciso LII, que “não serão extraditados por crime político ou de opinião”. O Estatuto do Estrangeiro, no art. 77, §1º apresenta uma excepcionalidade à regra, possibilitando a constituição de processo extraditório quando o delito comum que estiver “conexo” aquele político, for “fato principal”.

Todavia, tal exceção não é acolhida pela Constituição brasileira, conforme explana Mazzuoli (2011). Esta segue uma linha doutrinária em que os litígios referentes à política e movimentos ideológicos são vistos como questões prioritárias às infrações penais internacionais, logo, os delitos políticos se antepõem aos demais.

O processo de extradição passa por um burocrático procedimento administrativo. Cada país possui suas formalidades legais para análise da possibilidade de extradição ou não.

O processamento do ato extraditório passa por três fases no âmbito brasileiro.

Inicialmente ocorre o contato entre os países envolvidos no processo, na qual o Estado solicitante faz o pedido formal, no caso, ao Brasil representado pelo Poder Executivo e este repassa ao STF. Na segunda fase é de responsabilidade do judiciário analisar a solicitação, sua legalidade e se está de acordo com as normas brasileiras. E finaliza com a entrega do extraditando ao país solicitante ou é comunicado a este o indeferimento do processamento (MAZZUOLI, 2011).

A forma de solicitação se dá por escrito, através de vias diplomáticas de um país com outro, ou de Governo a Governo. No Brasil, a documentação deve possuir as informações necessárias para identificação do indivíduo, dados sobre o local, data, natureza e circunstâncias do delito, bem como, referência sobre o dispositivo a ser julgado o extraditando, sua pena e prescrição. Sendo tal documentação autenticada e traduzida para o Português, conforme disposto no art. 80 do Estatuto do Estrangeiro.

3.2 Extradicação de nacionais

Os Estados, em sua maioria, são protecionistas quanto à possibilidade de extraditar um indivíduo de sua nação. Ademais, há entes estatais que acreditam na supremacia do combate aos delitos internacionais e permitem que seus cidadãos respondam em jurisdição fora de seu território (PORTELA, 2013).

No ordenamento brasileiro, está expresso na Constituição Federal do Brasil, art. 5º, inciso LI, que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

As normas brasileiras proíbem em qualquer caso a extradicação de brasileiros natos e consentem, em alguns casos, a de naturalizados. Os operadores do Direito justificam essa proteção aos brasileiros natos, sustentando que pode haver incertezas quanto à imparcialidade do país requente. Logo, o nacional tem direito de ser julgado pelo seu próprio país e responder aos crimes imputados de acordo com o ordenamento de seu território de origem (GRAU, 2007 *apud* CARVALHO, 2013).

O Supremo Tribunal Federal é unânime quanto ao indeferimento de processos de brasileiros natos, conforme se pode observar em uma de suas decisões:

EMENTA: Extradicação: inadmissibilidade: extraditando que - por força de opção homologada pelo juízo competente - é brasileiro nato (Const, art. 12, I, c): extinção do processo de extradicação, anteriormente suspenso enquanto pendia a opção da homologação judicial (MC 70, 25.9.03, DJ 12.3.2004). (Ext 880 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/2004, DJ 16-04-2004 PP-00054 EMENT VOL-02147-01 PP-00091 RTJ VOL 00192-01 PP-00029).

Mazzuoli (2010) contempla que os Estados consideram que pode ser muitas vezes injustos o processamento de seus nacionais perante o governo estrangeiro na qual pode ser condenado duplamente ou por outro crime que não enseje no firmado no pedido de extradicação. Todavia, ocorre uma contradição, pois os princípios da dupla

tipicidade e da especialidade servem de apoio às relações diplomáticas entre os entes estatais, que procuram proteger os direitos dos extraditandos.

4 | O PROCESSO EXTRADITÓRIO ENTRE BRASIL E URUGUAI

Os países Brasil e Uruguai apresentam uma aliança cooperativa advinda da estratégica união geográfica, parcerias históricas, integrado relacionamento comercial, que, concomitantemente necessita de uma relação política e social com exitosas alianças diplomáticas entre ambos os países.

Partindo desta ideia, alguns tratados foram assinados entre os países negociando questões sobre “alianças, extradição, fronteiras, prestações de socorro financeiro e comércio”. Foi assinado pelo governo brasileiro junto com o uruguaio, em 1916, um tratado dedicado ao processo extraditório. Referente tratado buscou “facilitar e garantir a ação eficaz e pronta da justiça no território dos dois países” (AVEIRO, 2006).

O “Tratado de Extradição de Criminosos”, como era chamado, explicitava as condições para concessão, qual a conduta a ser seguida quando Estado ativo ou quando passivo, no caso de requer prisão provisória, bem como, os procedimentos burocráticos a serem seguidos, qual a documentação apresentar entre outros itens elencados para auxiliar os processos extraditórios de interesse desses países. Ademais, foram tratadas nesta negociação situações em que desobrigaria o requerido de entregar o réu, na qual se pode enfatizar a questão dos nacionais.

No art. 2º do tratado, está expresso o acordo que não haverá concessão de extradição em casos como:

[...] “não serão entregues os nacionais de cada país por nascimento ou naturalização obtida antes do fato criminoso; mas, nestes casos, a autoridade do país onde se houver cometido o delito poderá denunciá-lo, com antecedentes e provas, às autoridades judiciárias do país de refúgio, e estas, no que for possível, aplicarão as próprias leis ao autor do delito denunciado” (TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE BRASIL E URUGUAI).

No ano de 1921, foi assinado o Protocolo Adicional ao Tratado de Extradição de Criminosos entre Brasil e Uruguai, na qual complementaram disposições a fim de simplificar os atos executórios da extradição. Posteriormente, fora ajustado, entre os países vizinhos, o Acordo de Extradição entre os Estados-Partes do MERCOSUL.

4.1 Tratado de extradição entre os estados do mercosul

O processo de integração, iniciado a partir da assinatura do Tratado de Assunção, trouxe importantes inovações no que concerne aos procedimentos de cooperação judicial internacional em particular em matéria penal.

Embora a extradição pressuponha uma complexa negociação de um concurso de

vontades e do reconhecimento do interesse recíproco de ambos os países na defesa mundial contra o crime, cabe aos processos de integração promover tal proximidade (DIZ, 2010). Estes primeiros esquemas de integração e cooperação entre os países serviram de base jurídica para outras modalidades atualmente existentes

A partir da necessidade dos países latino-americanos em se integrar no âmbito jurídico, econômico, político e social, surgiu o tratado do MERCOSUL. Atualmente, o bloco possui como países membros Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai (DIZ, 2010).

No tratado, há uma cooperação entre os governos, na qual as decisões são tomadas conforme negociações entre os países membros. Como não tem uma autoridade superior que administre e julgue de forma imparcial as práticas mais favoráveis a todos, os países que integram o MERCOSUL buscam o consenso no arbitramento de questões sociais e econômicas, inclusive políticas (PEREIRA, 2011).

A adaptação às normativas do acordo é de responsabilidade de cada país membro. Cada ente estatal determinará os meios para posicionar o seu ordenamento nacional junto ao novo regimento pactuado. Todavia, é de extrema relevância que os tratados do MERCOSUL não sofram distorções quanto a seus objetivos e finalidades (DIZ, 2010).

Assim, pode-se valer do fato que os dispositivos descritos no tratado do MERCOSUL não possuem uma supremacia frente ao regimento interno de cada Estado-membro, gerando certa dependência da cooperação dos países que o compõe para seu exitoso cumprimento. Isto promovido pelo agrupamento das normas acordadas ao regramento da Constituição de cada ente, princípios e, inclusive, decisões que vão ao encontro das normas internacionais tratadas (GARCIA JÚNIOR, 1997).

Na Constituição brasileira, as normas internacionais são de poder infraconstitucional, adotando forma de lei ordinária. O ordenamento brasileiro busca uma postura restritiva, na qual a posição do governo no tratado assinado pode ser modificada ou revogada por legislação ordinária (DIZ, 2010).

Além disso, a execução da regulamentação do MERCOSUL está condicionada a um complexo ato de dependência entre o Chefe do Executivo e o Judiciário, embora o referido tratado tenha sido sancionado pela Presidência da República. Ademais, é função do Presidente da República memorar tratados, assim como, ao STF cabe as decisões para resolução de controvérsias nos mesmos acordos (DIZ, 2010).

Diz (2010) ainda argumenta que o governo uruguaio também delega, ao Poder Executivo, as negociações de acordos internacionais e sua ratificação. No entanto, a validade do tratado gera polêmica e diversas interpretações, pois não há dispositivos prevendo a hierarquia de normas internacionais, inclusive o MERCOSUL, perante a regulamentação interna do Uruguai. A Constituição uruguaia, como lei suprema, dispõe de poderes, devendo as demais normas seguir em concordância com ela. Contudo, vem contrariar a lei constitucional o Decreto-lei nº 663/85 que dá plenos

poderes ao Ministério de das Relações Exteriores tomar decisões em determinadas matérias internacionais.

4.2 A reciprocidade entre os países

A reciprocidade apresenta-se como um dos princípios funcionais do Direito Internacional, por vezes, na ausência de norma convencional como instrumento integrador ou em presença de norma internacional como elemento interpretador do texto acordado. Este princípio possui mesmo fundamento de admissibilidade que os tratados, diferenciando-se no seu campo de aplicação, que é mais restrito. A previsão legal está no Estatuto do Estrangeiro, art. 76 conforme dispõe que “A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade” (FREITAS, 2006).

Por conseguinte, também nominada como “Promessa de Reciprocidade”, esta ocorre como uma negociação internacional na qual um Estado, ao solicitar a extradição de delinquente, promete promover o mesmo tratamento quando, posteriormente, houver situação congênere àquela do pedido extraditório (MAZZUOLI, 2011).

O princípio de reciprocidade consiste em permitir a aplicação de efeitos jurídicos em determinadas relações de Direito, quando esses mesmos efeitos são aceitos igualmente por países estrangeiros. Porquanto, o designado pedido poderá ser acatado ou rejeitado após análise pelo Estado solicitado. Sendo de competência exclusiva do Poder Executivo averiguar se a solicitação não contradiz o ordenamento interno (SILVA, 2010).

Silva (2010) descreve este princípio como igual tratamento de um país com outro para os pedidos de extradição. O autor ainda argumenta que este princípio é analisado cada situação em sua individualidade, o que dá mais autonomia nas decisões a serem tomadas pelos governos no que tange as responsabilidades internacionais.

Além disso, há alguns Estados com um regramento que dispõe contra a extradição de nacionais. Em outras nações as normas estatais seguem os fundamentos jurisdicionais do Direito Comum, assim, neste caso, baseiam-se na territorialidade. É o caso do Brasil e do Uruguai, na qual o primeiro possui um ordenamento voltado a uma nacionalidade protetiva e, no segundo prevalece à ideia que aqueles que cometeram um delito devem retornar ao local de execução do crime e ser responsabilizado por sua impunidade, independente da nacionalidade do delinquente (JUNIOR, 1994).

Entre Brasil e Uruguai embora exista norma internacional que rege o processo extraditório, a impossibilidade do Brasil de extraditar seus nacionais confere ao Estado uruguaio a possibilidade de se desonerar do compromisso de entregar os seus.

Surge, então, um impasse quando é requerida ao governo brasileiro a extradição de seus nacionais pelo Uruguai, sendo este pedido é negado. Assim, fundamentado no Princípio da Reciprocidade, o governo Uruguai tem indeferido pedidos de extradição

feitos pelo brasileiro.

Vale mencionar que não há no ordenamento uruguaio, ao contrário do Brasil, cláusula impeditiva de entrega dos de seus nacionais. Isto supõe que como regra o Estado uruguaio pode promover, como de fato o faz quando requeridos pelos entes estatais estrangeiros, admitir a entrega de seus próprios nacionais.

Entretanto, esta regra encontra na reciprocidade um elemento impeditivo fundado no suposto de que, embora norma mediante, não será admissível aceitar uma obrigação quando a contraparte, em iguais circunstâncias não se encontra obrigado a fazê-lo.

A reciprocidade na extradição não apresenta apenas entre o Brasil e Uruguai antecedente de discordância, outros países também baseiam a extradição especialmente na reciprocidade. Não há disposição no tratado do MERCOSUL que obrigue os países membros, como os entes Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai, a adotar mudanças em seu ordenamento interno para melhor garantir a efetivação deste tratado. Isto deixa brechas para os países fundamentarem o indeferimento dos pedidos extraditórios de acordo com outros instrumentos, como o princípio da reciprocidade (BERMÚDEZ, 1997).

Ademais, por se tratar de um meio de cooperação entre nações de combate a criminalidade internacional, o governo fica desobrigado a cumprir o requerimento quando existem dúvidas sobre as justificativas para o descumprimento do pedido. A negação também pode ser reconhecida como uma penalidade ao país em que anteriormente foi requerido um processo extraditório e não se manifestou, dando direito do país requente agir de forma mútua ao determinado ato diplomático (GRAU, 2007 apud CARVALHO, 2013).

5 | CONCLUSÃO

Como foi possível vislumbrar ao longo do texto, a extradição entre o Brasil e Uruguai não obedece a uma necessidade recente, trata-se, pelo contrário, de imperativo jurisdicional que persiste desde a formação das nossas fronteiras. Assim, a partir do Tratado de Assunção até outros atos complementares, incluindo o Tratado do MERCOSUL, apresentam recorrentes polêmicas quando o assunto que envolve a extradição dos nacionais destes países.

Pode-se observar que por parte das autoridades uruguaias, há possibilidades de múltiplas negociações, na qual o país apresenta forte integração com os preceitos do proposto MERCOSUL. Porém, o governo brasileiro dá supremacia hierárquica a sua legislação local, na qual coincidem interesses entre o ordenamento interno e a norma internacional acordada.

Surge, então, a antinomia entre o empreendimento de integração entre países e a prevalência da norma internacional. Por um lado, o legítimo interesse de uma nação

é abalado pela obrigação resultante do tratado, o que dá razões ao Estado afetado desvincular-se do compromisso assumido. Por outro, os tratados internacionais, buscam uma maior integração comunitária entre os países sul-americanos, pela qual foram convidados a participarem, e, logo, pressupõe que aqueles que aceitaram voluntariamente as normativas acordadas no referente tratado assumiram o compromisso de cumpri-lo.

De outra parte, a dificuldade de extraditar seus próprios nacionais não é um fator impeditivo em face do texto constitucional uruguaio, o que oferece total autonomia ao governo para lidar com esta situação de entregar os seus cidadãos até mesmo a Estado que não lhe oferecem a mesma prerrogativa. Com efeito, a legislação brasileira, que não permite em nenhuma circunstância a extradição de brasileiros natos e, em alguns casos, de brasileiros naturalizados.

Contudo, questiona-se que a supremacia da soberania nacional não pode vista, nem entendida, como justificativa para descumprimento de obrigações, internacionalmente assumida entre os Estados em contrapartida essas normas internacionais devem ser consideradas sem a negligência da legislação interna de cada um dos entes partes do procedimento de extradição, aos quais exigem o necessário reconhecimento de sua soberania como elemento essencial pelo Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

AVEIRO, Thais Mere Marques. **Relações Brasil-Uruguai: A Nova Agenda para a Cooperação e o Desenvolvimento Fronteiriço** [manuscrito]. Brasília, 2006.

BARROS, Luís Fernando Bravo de. Artigo: “**A prisão no processo extradicional passivo brasileiro: uma abordagem garantista**”. Revista *Liberdades*. Edição Especial – dez 2011.

BERMÚDEZ, Víctor H. **Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario Del Mercosul**/ obra dirigida por el Prof. Dr. Angel Landoni Sosa. Fundación Cultura Universitaria, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CARVALHO, Filipe Raposo de. **O princípio da reciprocidade aplicado às formas de remoção compulsória do estrangeiro** [manuscrito] / Filipe Raposo de Carvalho. – 2013.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Mercosur: origen, fundamentos, normas y perspectivas.**/ Jamile Bergamaschine Mata Diz./ 1ª ed. (ano 2007), 3ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de; GAMSTRUP, Érik; HENRIQUE, Luciana Alves; FLORESTANO, Miguel; OLIVEIRA, Roberto Silva; JUCOVSKY, Vera Lúcia. **Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver problemas?: o caso brasileiro**/ Armando Alvares Garcia Júnior. – São Paulo: LTr, 1997

JUNIOR, João Marcelo de Araujo. **Curso de Cooperación Penal Internacional**. Editor Carlos

Alvarez: Valença/Rio de Janeiro, 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Edson Sacramento Tiny das. **O novo paradigma de direitos humanos em matéria de extradição no Supremo Tribunal Federal: um estudo de caso**. / Edson Sacramento Tiny das Neves. – Salvador, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e Comunitário**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm: 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm: 2013.

PEREIRA, Thiago Luiz Soares. Artigo: **A cooperação jurídica intra-regional: O Brasil e o Mercosul**. **Repositório Institucional**. Brasília, 2011.

PRODANOV, Cleber Cristiano; DE FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do Trabalho Científico Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2013.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

URUGUAI. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Murilo Pinheiro Diniz

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC
Aimorés – Minas Gerais

Stephanie Visintin de Oliveira

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC
Aimorés – Minas Gerais

RESUMO: Trata a Lei nº 11.340/2006 e sua eficácia no que tange a proteção da mulher frente a violência doméstica. A Lei ampliou os direitos relativos a proteção integral à mulher, ao tempo que dificultou a efetivação de tal proteção diante das inúmeras peculiaridades em concreto. Perquire, sua eficácia no plano prático. Investiga se houve diminuição dos casos de violência contra a mulher. Analisa os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da Central de Atendimento à Mulher. Constata que não houve diminuição significativa dos índices de violência contra a mulher, motivado, principalmente, pela dependência da vítima ao agressor. Propõe a alteração da Lei para implantar, a partir do boletim de ocorrência, as medidas protetivas dispostas na LMP.

PALAVRAS-CHAVE: Violência. Mulher. Lei Maria da Penha. Eficácia. Redução.

THE EFFECTIVENESS OF THE LAW MARIA DA PENHA: AN ANALYSIS FROM VIOLENCE

AGAINST WOMEN

ABSTRACT: This is law nº 11.340/2006 and your effectiveness in the protection of women facing domestic violence. The law expanded the rights relating to full protection to the wife, to the time that hindered the implementation of such protection on the numerous quirks in concrete. Perquire, your effectiveness in practical terms. Investigates if there was decrease of cases of violence against women. Analyzes the data from the Institute of applied economic research and Service Center. Notes that there has been no significant decrease the incidence of violence against women, motivated mainly by the dependency of the victim to the perpetrator. Proposes to amend the Law to deploy from the police report, the protective measures laid out in the LMP.

KEYWORDS: Violence. Women. Maria da Penha Law. Effectiveness. Reduction.

1 | INTRODUÇÃO

No ano de 2001 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou a República Federativa do Brasil por omissão, frente ao caso da senhora Maria da Penha Maia Fernandes; o que ensejou na promulgação, em agosto de 2006, da Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da

Penha (LMP), que se voltou para a criação de mecanismos para coibir e/ou reduzir a violência doméstica e familiar, em específico contra a mulher.

A partir de sua vigência, de forma gradativa, o tema começou a ser tratado com maior relevância social, inclusive despertando no Poder Público a necessidade de se realizar pesquisas mais pontuais acerca do problema, possibilitando a longo prazo, uma análise comparativa dos dados levantados, com o objetivo de verificar sua eficácia no plano prático.

Transcorridos 12 anos de sua promulgação, nota-se que, em que pese a ampliação dos direitos que visam a proteção integral à mulher, na atualidade, diante das inúmeras peculiaridades dos casos concretos, torna-se difícil a efetivação de tal proteção, tendo em vista, principalmente, a dependência da vítima ao agressor.

Partindo desta premissa, surge a necessidade de questionar quanto a eficácia da Lei Maria da Penha no plano prático e investigar se houve relevante diminuição dos casos de violência contra a mulher. Pressupõe-se que, sua eficácia em concreto, não surtiu relevante impacto prático suficiente para mitigar os efeitos da violência doméstica contra a mulher, devido, principalmente, a difícil aplicação das medidas protetivas de urgência dispostas na lei.

Nesta perspectiva, o presente estudo tem como escopo principal analisar a Lei nº 11.340/2006; precipuamente, no que tange sua eficácia. Para tanto, examina-se dados estatísticos disponibilizados por órgão oficiais. Sendo assim, propõe-se uma pesquisa consubstanciada abordagem quantitativa, realizada por meio de pesquisa de dados estatísticos. São fontes os dados disponibilizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, e da Central de Atendimento à Mulher.

Desta feita, toda pesquisa é necessária para estabelecer um diálogo entre as diretrizes estabelecidas na LMP, consubstanciando a análise dos dados estatísticos; e a partir disto, constatar se houve ou não significativa diminuição dos índices de violência contra a mulher, para, assim, aferir a eficácia da norma em concreto, com o fim de se chegar a uma proposta adequada para possível resolução do tema em voga, contudo, sem a pretensão de esgotá-lo.

2 | DADOS ESTATÍSTICOS DA VIOLÊNCIA

Consoante as diretrizes do artigo 38 da LMP: “as estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres” (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, a partir de 2006 foi iniciado o levantamento de dados específicos voltados a mulher, como violência, causa morte, dentre outros. Assim, possibilitou-se, no decorrer do tempo, a comparação de dados pretéritos e futuros, bem como a promoção de estudos específicos a partir dos dados mais discrepantes, a fim de

evidenciar a causa e propor uma solução para o problema.

Este tópico se volta a analisar três pesquisas distintas, publicadas por órgãos oficiais, tendo como critério de análise o tema proposto. Perpassa, inicialmente, pela pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado de 2017; em seguida, pelos dados disponibilizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), através do Atlas da Violência 2018; e, por fim, os dados levantados no primeiro semestre de 2018, pela Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência – Ligue 180.

2.1 Instituto de Pesquisa DataSenado

Passa-se a análise do relatório Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, realizado pelo DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência, que entrevistou 1.116 brasileiras, no período de 29 de março a 11 de abril de 2017. Nessa oportunidade, foi disponibilizada sua sétima edição, em 2017. Ressalta-se que, desde 2005, a pesquisa se dá a cada dois anos (DATASENADO, 2017, p. 2).

Segundo os dados da pesquisa DataSenado (2017), inicialmente, a percepção das entrevistadas em relação a LMP, em sua totalidade afirmaram ter ouvido falar da LMP, contudo, 18% têm conhecimento mais aprofundado da lei, enquanto 77% a conhecem muito pouco. Ainda, houve relevante aumento do número de mulheres que declararam ter sofrido algum tipo de violência que passou de 18%, em 2015, para 29%, em 2017. Vale ressaltar, que em 2005, esse número era de 17% (p. 3-11).

Quanto a proteção às mulheres, contra a violência doméstica e familiar trazidas pela LPM: para 26%, a lei protege integralmente, 53%, protege parcialmente, para 20%, não protege. Dentre as mulheres que não sofreram violência, 17% avaliaram que a lei não protege as mulheres; enquanto, para as que sofreram algum tipo de violência, esse percentual sobe para 29% (p. 3). A pesquisa se voltou também ao tipo de violência sofrido por essas mulheres: 67% física, 47% psicológica, 36% moral, 15% sexual, 8% patrimonial. Dessas, a que mais sofreu alterações foi a sexual, que passou de 5%, em 2011, para 15%, em 2017. Apenas 26% das entrevistadas buscaram alguma assistência de saúde, em virtude da violência sofrida (p. 4).

Segundo o relatório, as faixas etárias de maior incidência da violência são: até 19 anos 35%; 20 a 29 anos 33%; 30 a 39 anos 21%. Dentre as entrevistadas, 71% afirmaram conhecer alguma mulher que já sofreu violência doméstica ou familiar; em 2015, esse número era 56%, aumentando em 15% nos últimos 2 anos. Perguntadas, de modo geral, se a violência contra a mulher aumentou, 69% disseram que aumentou; em 2015 esse número era de 63% (p. 4-6).

Constatou que, mulheres com filhos estão mais propensas a sofrerem violência. Dentre as entrevistadas que declararam ter sofrido violência, 15% não possuem filhos, enquanto 34% delas possuem filhos. Ainda, em relação a raça das que sofreram violência, 57% das mulheres são brancas, enquanto 74% são consideradas negras (p. 8-12).

Mencionaram que, 41% têm como principal agressor o atual marido, companheiro ou namorado; já 33% delas apontaram o ex-marido, ex-companheiro ou ex-namorado responsáveis pela violência (p. 12). Dessas, 73% não mais convivem com o agressor; enquanto, 27% afirmaram ainda conviverem com ele (p. 70).

Apesar de todas as entrevistadas conhecerem a LMP, não são todas que denunciam a agressão sofrida: 27% responderam não ter feito coisa alguma; 24% buscaram ajuda aos familiares; 17% se dirigiram a uma delegacia não especializada; 16% foram diretamente a uma delegacia da mulher; enquanto, 19% buscaram apoio em igrejas. Importante observar, o aumento do número de mulheres que procuram igrejas, após terem sofrido algum tipo de agressão. Em 2015, apenas de 7% se dirigiam as igrejas, vislumbra-se um significativo aumento de 12% (p. 14).

Ainda, indagadas acerca do que leva uma mulher a não denunciar uma agressão, 71% afirmaram ter medo do agressor, 32% preocupam-se com a criação dos filhos, 29% dependem financeiramente do agressor, enquanto, para 25% não existe punição (p. 35). Perguntadas se contra o agressor deve ser instaurado um processo mesmo ausente a vontade da vítima, 97% das mulheres ouvidas responderam favoravelmente, diante do repúdio a tal situação. Indagadas se caso presenciassem um ato de agressão contra outra mulher, estariam dispostas a denunciar o agressor, 90% delas denunciariam (p. 14).

Urge salientar outro fator importante, a renda das mulheres entrevistadas: 26% não possuem renda; 55% possuem renda de até 2 salários mínimos; 18% renda superior a 2 salários mínimos (p. 19). Em análise minuciosa ao relatório, nota-se que apenas 1% das entrevistadas procurariam a Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180) (p. 47-49). Tais dados demonstram a falta de conhecimento das mulheres acerca da existência e/ou finalidade do Ligue 180.

A partir da comparação dos dados disponibilizados pelo DataSenado, nota-se que as mulheres que mais sofreram violência são aquelas que desconhecem o conteúdo da lei, de faixa etária baixa, as consideradas negras, com filhos e que possuem renda não superior a 2 salários mínimos. Na maioria dos casos o agressor é o cônjuge, de modo que o medo se apresenta como o principal fator impeditivo para que a mulher denuncie o agressor.

Realizada essa explanação, acerca dos dados disponibilizados pelo DataSenado, passar-se-á a análise dos dados disponibilizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

2.2 Atlas da Violência 2018

O Atlas da Violência 2018 foi produzido pelo Ipea e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Abrange todas as formas de violência que acometem o Brasil, contudo, serão analisados e trazidos ao presente estudo apenas os dados referentes as mulheres, para contribuir à construção metodológica até aqui

desenvolvida.

Segundo a pesquisa, em dez anos houve um aumento de 6,4% nos números de homicídios; e que 4.645 mulheres foram assassinadas no país em 2016, representando cerca de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. Em 2016, Roraima apresentou uma taxa de 10 homicídios por 100 mil mulheres, superior aos outros estados brasileiros. Porém, o estado que apresentou a maior queda foi o Espírito Santo (43,2%), que registrou 104 homicídios em 2016 (IPEA, 2018, p. 45). Insta salientar que o relatório desenvolvido trouxe, inclusive, a problemática da violência contra a mulher que, caso coibida, pode evitar uma vítima fatal. Apresenta o relatório:

A mulher que se torna uma vítima fatal muitas vezes já foi vítima de uma série de outras violências de gênero, por exemplo: violência psicológica, patrimonial, física ou sexual. Ou seja, muitas mortes poderiam ser evitadas, impedindo o desfecho fatal, caso as mulheres tivessem tido opções concretas e apoio para conseguir sair de um ciclo de violência (IPEA, 2018, p. 47).

De acordo com os dados disponibilizados, em 2016 a taxa de homicídios foi maior entre as negras, havendo uma diferença de 71% em relação as não negras. A taxa de homicídios nos últimos dez anos, para cada 100 mil mulheres negras aumentou em 15,4%, enquanto que as consideradas não negras houve queda de 8% (IPEA, 2018, p. 51). Em relação a casos de estupros, no Brasil foram registrados perante a autoridade policial 49.497 casos. Contudo, foram registrados apenas 22.918 casos, no Sistema Único de Saúde (SUS); ou seja, menos da metade dos casos levados à polícia (IPEA, 2018, p. 56).

Realizada uma breve e pontual análise, voltada ao problema do presente trabalho, dos principais aspectos trazidos no Atlas da Violência de 2018, nota-se que o índice maior de homicídios recai sobre mulheres negras, dado que converge com o apresentado pela pesquisa DataSenado. Nessa toada, convém averiguar os dados levantados pela Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência – Ligue 180.

2.3 Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência – Ligue 180

O Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência é um serviço gratuito, que funciona 24 horas por dia. É uma política pública realizada pelo governo federal a fim de prestar informações acerca de direitos das mulheres, bem como registrar denúncias de violências (MDH, 2018).

No Brasil, o serviço é oferecido pela Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SPM), do Ministério dos Direitos Humanos; ainda, presente em mais 16 países - Argentina, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, França, Guiana Francesa e Inglesa, Holanda, Inglaterra, Itália, Luxemburgo, Noruega, Paraguai, Portugal, Suíça, Uruguai e Venezuela.

No ano de 2017, o serviço recebeu 156.839 denúncias. Em 07 de agosto de

2018, o Ministério dos Direitos Humanos (MDH) divulgou o balanço de denúncias do Ligue 180, referente ao primeiro semestre de 2018. De janeiro a junho de 2018, o serviço recebeu um total de 72.839 denúncias; segundo o MDH, houve um aumento de 37,3% no número de homicídios e de 16,9% dos casos de violência sexual (MDH, 2018).

Os estados-membros que apresentaram maior número de denúncias foram: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia. Enquanto, comparado ao mesmo período de 2017, os estados que apresentaram maior crescimento de denúncias foram: 34,8% Amazonas, 34,6% Roraima e 6,1% Amapá. Segundo o balanço disponibilizado, o número de casos para cada tipo específico de violência tendo como vítima mulheres, no primeiro semestre de 2018 foram: Cárcere privado - 2.611; Homicídio – 899; Tráfico de pessoas – 102; Violência física - 34 mil; Violência moral - 3.381; Violência patrimonial - 1.447; Violência obstétrica – 40; Violência psicológica - 24.378; Violência sexual - 5.978; Assédio no esporte - 3 casos. Em se tratando dos dados disponibilizados referentes ao ano de 2017, o número de casos foram: Cárcere privado – 5.961; Homicídio – 1.310; Tráfico de pessoas – 209; Violência física – 75.319; Violência moral – 7.849; Violência patrimonial – 3.168; Violência psicológica – 52.195; Violência sexual – 10.225 (MDH, 2018).

A fim de realizar uma análise comparativa, segue abaixo tabela referente aos dados disponibilizados no ano de 2017 e primeiro semestre de 2018. Para tanto, concernente aos dados levantados em 2017, o número total de casos relativos a cada tipo de violência foi dividido por 12 (doze) meses. Referente ao primeiro semestre de 2018, o número total de casos relativos a cada tipo de violência foi dividido por 06 (seis) meses. A partir do resultado da divisão, chegou-se ao equivalente aos números de casos ocorridos mensalmente (frequência média mensal). Para alcançar a média referente ao aumento ou diminuição dos casos, subtraiu-se, em cada tipo de violência, os valores mensais obtidos.

Tipo de violência						Número de casos da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180					
	2017 Resultado (/)		2018 Resultado (/)		Média mensal						
	12 meses		06 meses								
Cárcere privado	5.961	496,75	2.611	435,166	<61,584(-12,39%)						
Homicídio	1.310	109,166	899	149,833	> 40,667 (+37,25%)						
Tráfico de pessoas	209	17,416	102	17	< 0,416 (-2,38%)						
Violência física	75.319	6.276,58	34 mil	5.666,66	< 609,92 (-9,71%)						
Violência moral	7.849	654,083	3.381	563,5	< 90,583 (-13,84%)						
Violência patrimonial	3.168	264	1.447	241,166	< 22,834 (-8,64%)						
Violência psicológica	52.195	4.349,58	24.378	4.063	< 286,58 (-6,58%)						
Violência sexual	10.225	852,08	5.978	996,33	> 141,25 (+16,92%)						

Tabela 1 – Violência contra a mulher em 2017 e 2018

Fonte: MDH (2018).

Diante da metodologia aplicada, a fim de aferir se houve ou não diminuição dos casos de violência contra a mulher, chegou-se a seguinte conclusão: em casos de homicídio e violência sexual não houve redução, porém, acréscimo. Em casos de violência física e violência psicológica houve considerável redução. Em casos de cárcere privado, tráfico de pessoas, violência moral e violência patrimonial houve pequena redução.

Considerando os dados apresentados pelo Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, percebe-se uma redução a ser considerada quanto aos índices de violência detectados no ano de 2017 cotejando-os com aqueles já catalogados no primeiro semestre de 2018.

Lado outro, os índices de violência verificados na pesquisa em comento refletem os índices apresentados pela pesquisa DataSenado. É dizer, gradativamente, os números da violência crescem da sexual, para a patrimonial e para a física. A partir dos dados estatísticos aqui elencados, o presente estudo se propõe agora a verificar a eficácia em concreto da LMP.

3 | EFICÁCIA NO PLANO PRÁTICO DA LEI MARIA DA PENHA

Segundo os dados até então analisados, faz-se necessário evidenciar a atual eficácia da LMP em concreto, o que será visto neste tópico. Servirão de base, o estudo disponibilizado em março de 2015 pelo IPEA - Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha, bem como o Dossiê publicado em fevereiro/março de 2017, por meio da Revista Brasileira de Segurança Pública - Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático.

Diante desse contexto, pode-se afirmar que a LMP é conhecida por todos, de maneira geral. Ainda, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), considerada em 2012, a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica. Segundo o relatório Avaliando a Efetividade da LMP:

Com efeito, a nova legislação ofereceu um conjunto de instrumentos para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial à vítima, isolando-a do agressor, ao mesmo tempo que criou mecanismos para garantir a assistência social da ofendida. Além disso, a lei previu os mecanismos para preservar os direitos patrimoniais e familiares da vítima; sugeriu arranjos para o aperfeiçoamento e efetividade do atendimento jurisdicional; e previu instâncias para tratamento do agressor (CERQUEIRA *et al*, 2015, p. 10).

Ainda segundo o relatório, a LMP incidiu no comportamento dos agressores e vítimas de três formas:

i) aumento do custo da pena para o agressor; ii) aumento do empoderamento e das condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar; e iii) aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais, possibilitando ao sistema de justiça criminal que atendesse de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica

A LMP tratou o problema da violência contra a mulher, procurou de forma integral, através da criação de políticas públicas e medidas protetivas, propiciar de maneira gradativa, a erradicação desse tipo de violência. Contudo, apesar de todos os aspectos inovadores trazidos pela lei, os registros de violência contra a mulher ainda são alarmantes no Brasil. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2018), em 2017, foram registrados um total de 221.238 casos de lesão corporal dolosa qualificados na Lei Maria da Penha, significando 606 casos por dia.

O porquê de índices tão alarmantes, segundo o relatório do IPEA, se dá em razão da lei ser de âmbito nacional, assim, seus efeitos seriam heterogêneos de acordo com implementação dos serviços estabelecidos na lei; o que possibilitou ao relatório concluir que:

Portanto, nos locais onde a sociedade e o poder público não se mobilizaram para implantar delegacias de mulheres, juzizados especiais, casas de abrigo etc., é razoável imaginar que a crença dos residentes não tenha mudado substancialmente no que se refere ao aumento da probabilidade de punição. (...) Por exemplo, se os serviços foram implantados endogenamente como função do maior poder de pressão da sociedade civil local, do maior capital social e da maior organização do judiciário nessa localidade, é razoável imaginar que os benefícios marginais da implantação desses serviços seriam menores, em face do maior controle social preexistente. Caso fosse essa a situação, justamente nos outros locais onde a população feminina teria maior necessidade de acesso a mecanismos protetivos, a lei tardaria a chegar (CERQUEIRA *et al*, 2015, p. 35).

O relatório vai além, ao concluir que os dados das agressões letais são considerados apenas uma partícula ínfima, acobertado pela violência. Considerando os ciclos da violência, com a evolução gradativa dos momentos de tensão, até chegar ao ápice da crise, com lesões mais graves, podendo, nesse momento, acontecer o homicídio, como “uma resultante inesperada dos momentos de crise aguda” (CERQUEIRA *et al*, 2015).

Diante disso, haveria efetividade da LMP no plano prático em relação à violência doméstica, estatisticamente comprovada conforme o estudo, haja vista que, após a vigência da lei houve uma redução de homicídios cometidos contra as mulheres, voltados, especialmente, a categoria violência de gênero. Segundo o estudo, a percepção em relação a punição do agressor é o modo de tornar a lei efetiva, a fim de prevenir a violência doméstica.

Como afrontado anteriormente no que concerne a tal punição, os serviços previstos na lei estão sendo implantados de forma heterogênea no território nacional, acarretando, então, o sentimento de menor punição ao agressor. Assim, o estudo afirma que os efeitos – temporal e espacial - da lei não se dão de forma igual, concluindo que sua eficácia está condicionada a implantação homogênea das políticas de prevenção da violência doméstica (CERQUEIRA *et al*, 2015, p. 36).

O estudo realizado pela professora Carmen Hein de Campos dá conta que, com a entrada em vigor da LMP houve uma “ruptura paradigmática ou primeiro giro paradigmático da LMP”. Contudo, levando em consideração as atuais pesquisas no que tange as medidas protetivas, faz-se necessário a criação de “um novo giro paradigmático da LMP” (CAMPOS, 2017, p. 11).

Esse novo “giro paradigmático”, segundo a autora, se concentraria nas medidas protetivas de urgência (MPU), uma vez que são essas, o ponto cerne da LMP. Segundo ela:

As MPUs são criadas como mecanismo rápido, de fácil acesso e de proteção imediata às mulheres. [...]. No entanto, a burocracia e o tradicionalismo jurídico na aplicação têm sido obstáculos para o cumprimento do previsto na LMP, conforme indicam alguns estudos sobre as medidas protetivas. [...]. A concessão ou o indeferimento das medidas também variam. Pesquisa realizada por Diniz e Gumieri (2016) sobre medidas protetivas julgadas no Distrito Federal entre 2006 e 2012 revela que em 48% dos casos as medidas são negadas por falta de informações para análise dos requerimentos, indicando fragilidade na formulação das medidas. (...) A referida pesquisa aponta ainda a displicência judicial com os pedidos das MPUs, pois um em cada quatro pedidos é indeferido sem justificativa (DINIZ; GUMIERI, 2016) ou porque não possui as *provas* ou *testemunhas necessárias* (PASINATO *et al.*, 2016). (CAMPOS, 2017, p. 13).

No dossiê, a autora destaca a dificuldade de aplicação da LMP, especialmente as medidas protetivas de urgência, pois “evidencia a permanência de uma lógica jurídica tradicional que se contrapõe à lógica de proteção da mulher, cuja centralidade foi dada pela LMP” (CAMPOS, 2017, p. 18). Isso porque, quando não implementada a medida protetiva de urgência, o principal ponto negligenciado, “é o medo do crime e a concreta probabilidade de risco de sofrer uma violência, que impedem o rompimento da relação violenta” (CAMPOS, 2017, p. 18).

O medo, as reiteradas agressões e ameaças, inclusive de morte, são fatores que fomentam a aplicação das medidas protetivas de urgência. Contudo, no plano prático, existem entraves para a concessão dessas medidas, que perpassam pela burocracia da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Para a autora:

O medo muitas vezes motiva o pedido de medida protetiva e a visão burocrática tanto das Deams quanto do judiciário aumentam a possibilidade de risco para as mulheres. Nesse sentido, não é a mulher que deve provar que está sob risco, mas o Ministério Público e o juízo têm a obrigação de fundamentar consistentemente uma negativa. A inversão desse ônus para a mulher subverte a LMP, revela a incompreensão da violência doméstica, a banalização de seu tratamento e coloca o sistema de justiça contra as mulheres (CAMPOS, 2017, p. 18).

Confrontando-se os resultados da pesquisa DataSenado e considerando as afirmações supra, nota-se que a variável medo consubstancia o principal motivo que obstaculiza a realização de denúncias contra o agressor. Ponderando sobre o excesso de burocracia envolto na temática e, igualmente, arrostando os dados da pesquisa DataSenado, essa aduz que 25% das vítimas não procede com a denúncia

em virtude da impunidade (DATASENADO, 2017, p. 35), isto é, o suposto excesso de formalidades a serem supridas gera nas vítimas a sensação de que não surtirá efeito suficiente o risco de denunciar.

A partir disso, há a necessidade de se repensar as políticas públicas voltadas à violência doméstica e familiar contra a mulher, partindo da prevenção e da assistência, a fim de se evitar novas ocorrências de agressões. Para Carmen Campos, seria um novo paradigma a ser buscado para dar significativa eficácia a LMP (CAMPOS, 2017, p. 19).

4 | CONCLUSÃO

Gestada em 2006, a LMP trouxe como principal finalidade conter a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. No entanto, passados 12 anos de sua promulgação, os índices de violência doméstica ainda são consideravelmente altos.

De tudo considerado, o presente trabalho objetivou responder se houve eficácia em concreto da LMP, considerando a diminuição dos casos de violência doméstica contra a mulher. De acordo com a análise aqui realizada, notou-se que houve uma pequena redução dos índices desse tipo de violência.

Inicialmente, pressupunha-se que a LMP não surtia efeitos relevantes, sendo inapta a mitigar a violência doméstica contra a mulher, dada a difícil aplicação das medidas protetivas dispostas na lei. Contudo, a partir do levantamento dos dados disponibilizados por órgãos oficiais, viu-se que a LMP surtiu efeitos levemente consideráveis, dada a pouca redução do tipo de violência aqui estudada.

Entretanto, ainda que a dependência da vítima para com o agressor e a dificuldade concernente a aplicação das medidas protetivas de urgência sejam fatores consideráveis, por intermédio da pesquisa detectou-se que as principais variáveis que influenciam na pouca redução dos índices de violência são o medo e os entraves burocráticos.

Desse modo, como ferramentas para conceder maior eficácia prática à LMP vê-se a implantação do botão do pânico, a partir do boletim de ocorrência, bem como a desburocratização, visando a fácil aplicação das medidas protetivas de urgência em concreto.

Viu-se no transcorrer do estudo que o homicídio, como última consequência das agressões, muitas vezes é o resultado de reiterados ciclos de violência doméstica contra a mulher. Por outro lado, ao conceder o botão do pânico para a mulher vítima de violência doméstica, esse, em determinada medida, inibe futuras agressões e desfechos fatais.

Ademais, no que tange a desburocratização, muito se discute acerca da cláusula de reserva de jurisdição. Essa compreende a competência exclusiva outorgada ao Poder Judiciário para deferir a implementação das medidas protetivas de urgência. Contudo, seria pertinente a relativização da cláusula, no tocante as medidas protetivas

de urgência.

A possibilidade de entrega parcial da competência para o emprego das medidas protetivas de urgência a outros órgãos estatais, por exemplo, a própria força policial, traria maior agilidade no deferimento e na aplicação dessas medidas. Desse modo, o fito de promover a maior eficácia da LMP no plano prático, visando, precipuamente, a proteção integral da mulher vítima de violência doméstica e familiar, seria alcançado em maior escala.

Além dessas alusões que aqui se aponta, uma ponderação a ser estudada, *a posteriori*, seria a modulação do pacto federativo de modo a conferir maior autonomia aos entes federados periféricos, capacitando-os a prestar maior auxílio em ações preventivas e punitivas no tocante à violência doméstica contra a mulher.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Formas de violência contra a mulher**. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2aAq3t1>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

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

_____. **Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Brasília-DF: Senado, 2006.

_____. Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres. **Lei Maria da Penha 11 anos**. 07 ago. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2rfhf4k>>. Acesso em: 01 set. 2018.

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q8Crba>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

CERQUEIRA, Daniel *et al* (Org.). **Avaliando a efetividade da lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2BKrQur>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Belém: CIDH, 1994. Disponível em: <<https://bit.ly/2FO6MqK>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

_____. **Relatório anual 2000**: relatório nº 54/01. Washington: CIDH, 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ljlyom>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

DATASENADO. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Brasília-DF: Senado, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2CQU8VJ>>. Acesso em 04 ago. 2018.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: FBSP, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2N4X1D6>>. Acesso em: 24 set. 2018.

IANNI, Octávio. A violência na sociedade contemporânea. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, n.12, p. 7-28, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2KKACeB>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência 2018**. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2M1A7NG>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MDH. Ministério de Direitos Humanos. **MDH divulga balanço do Ligue 180**. 13 ago. 2018. Disponível

em: <<https://bit.ly/2OvZ6cc>>. Acesso em: 22 set. 2018.

MOREIRA, Raquel Ribeiro. A designação de violência em dicionários de língua. **Fragmentum**, Santa Maria, n. 33, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2rgvp5h>>. Acesso em: 01 set. 2018.

RODRIGUES, Sandra. Botão do pânico é tecnologia aliada de mulheres vítimas de violência. **CNJ Notícias**, 25 out. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q8toH8>>. Acesso em: 17 set. 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 119 de 2015**. Brasília-DF: Senado, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2re1kTQ>>. Acesso em: 17 set. 2018.

SOARES, Bárbara M. **Enfrentando a violência contra a mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2BLUH1g>>. Acesso em: 01 set. 2018.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 600 de 22 de novembro de 2017**. Brasília-DF: DJe, 2017.

A FIGURA DO NARCOTRAFICANTE LATINO-AMERICANO SOB ALENTE DA CRIMINOLOGIA CULTURAL

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Porto Alegre/RS

Andrey Henrique Andreolla

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Porto Alegre/RS

Bárbara Zaffari Cavedon

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Porto Alegre/RS

Ivan Pareta de Oliveira Júnior

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Porto Alegre/RS

RESUMO: Inicialmente, por meio de pesquisa bibliográfica, o presente trabalho busca entender como se deu a chamada “guerra às drogas” operacionalizada em território norte-americano e, em especial, a partir da década de setenta, compreender, também, a criação de um inimigo externo, residente na América Latina, e tido como responsável pelos problemas de uso de drogas nos Estados Unidos da América em tal período. Logo após, através de uma perspectiva baseada na Criminologia Cultural, é traçado um paralelo entre tal guerra e o modo pelo qual o traficante de drogas latino-americano é representado pela série televisiva *Narcos*, almejando perceber

se o imaginário que permeia essa temida figura reflete o discurso proferido pelo governo estadunidense de responsabilização de uma outra nação por um problema tão combatido internamente no país: o uso de substâncias proibidas.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia Cultural. Guerra às drogas. Mídia. Narcos. Narcotraficante latino-americano.

THE FIGURE OF THE LATIN AMERICAN DRUG DEALER UNDER THE LENS OF CULTURAL CRIMINOLOGY

ABSTRACT: Initially, through a bibliographical research, the present work seeks to understand how the so-called "war on drugs" operated in North American territory and, especially, since the seventies, also includes the creation of an external enemy, residing in Latin America, and was responsible for the problems of drug use in the United States of America in such a period. Soon after, from a perspective based on Cultural Criminology, we draw a parallel between such a war and the way in which the Latin American drug dealer is represented by the *Narcos* television series, aiming to see if the imaginary that permeates this feared figure reflects the speech given by the US government to hold another nation responsible for a problem so fought internally in the country: the use of

banned substances.

KEYWORDS: Cultural Criminology. Drug War. Media. Narcos. Latin American Drug trafficker.

1 | INTRODUÇÃO

A guerra às drogas, de fato, trouxe muitas consequências. Além daquelas já conhecidas em diversos trabalhos que versam sobre o assunto, tanto em território nacional quanto em solo estrangeiro (em especial, norte-americano), um resultado da referida cruzada contra determinados psicoativos foi, e ainda é, a disseminação do estereótipo da pessoa associada com substâncias ilícitas – seja a que delas se utiliza, seja a que por meio delas se sustenta. Assim, certas imagens são veiculadas por diversos meios de comunicação e disseminam uma ideia construída há tempos que, muitas vezes, pode ser considerada um reflexo de mentiras criadas por governos para que se atingissem seus objetivos políticos e comerciais.

A primeira parte do presente capítulo versa sobre a história da guerra às drogas, desde quando eram de uso comum e não objetos de restrição, até o momento em que se tornaram motivo de intervenção externa dos Estados Unidos da América em outros países, considerados culpados por espalhar o mal em território norte-americano – sem enxergar, entretanto, a demanda por produtos que alterassem o estado de consciência que havia lá. Será realizada, assim, uma breve retrospectiva que buscará apontar as principais motivações proibicionistas e os primórdios do mal-estar americano, até o momento em que passaram a utilizar-se da desculpa da droga para intervir em outras nações, sem que levassem em conta as especificidades de cada uma delas.

Após compreender a formação da ideia do culpado latino-americano pelo problema das drogas, o trabalho, por meio das lentes da Criminologia Cultural, tentará entender como se disseminou a imagem construída nessa guerra às drogas empreendida pelos Estados Unidos da América nos meios de comunicação – mais precisamente, no seriado televisivo *Narcos*, que conta a história de um dos maiores traficantes de drogas que já existiram, Pablo Escobar.

2 | GUERRA ÀS DROGAS E AS ORIGENS DO MAL-ESTAR AMERICANO

A história proibicionista em relação ao consumo de substâncias entorpecentes teve início com as Guerras do Ópio, na China, entre 1839 e 1856, quando tal substância foi proibida naquele país pelo imperador, pois o consumo excessivo estava desequilibrando a balança chinesa, que a importava diretamente da Inglaterra.

Embora não se saiba da participação dos EUA nas Guerras do Ópio, em 1880, essa nação esteve na China para tratar da diminuição de imigrantes chineses em solo norte-americano. Como o ópio era de uso comum dos orientais, mesmo fora de seu território, tal fato contribuiu para a estigmatização dos consumidores chineses do

psicoativo, reputados como danosos usuários, tornando-se vítimas de preconceitos explícitos que, mais tarde, culminaria no *Chinese Exclusion Act*, uma lei federal editada em 1896 que permitia a viagem aos Estados Unidos da América somente aos chineses ricos, acadêmicos e profissionais altamente qualificados.

As convenções que ocorreram, posteriormente, foram todas com grande influência política dos Estados Unidos da América. A Convenção de Haia, em 1912, se converteu na mãe de todas as políticas de drogas que surgiriam nos anos seguintes, e inspirou, em solo norte-americano, associações como a *Anti-Saloon League* e a *Woman's Christian Temperance Union*, assim como o Partido Proibicionista – o qual existe até hoje.

Em 1914, nos Estados Unidos, é editado o *Harrison Narcotics Tax Act*, referência para outras legislações proibicionistas que surgiriam a partir de então. Tratava-se de uma lei federal que situou a droga como questão médica, regulamentando o registro e a fabricação de determinadas substâncias que poderiam ser utilizadas pela população conforme prescrição médica. Contudo, foi uma lei que possibilitou o crescimento do mercado clandestino de substâncias, sendo essas somente conseguidas após parecer médico.

Esse contexto abriu espaço para a atuação do código penal, que passou a encampar uma vasta quantidade de substâncias, já que apenas por meio dele é que se faria o controle das substâncias permitidas e proibidas. Tal fato se alongou até o momento em que, em 1918, entrou em vigor a 18ª Emenda, aprovando o chamado *Volstead Act*, que punia – com prisão e multa – a venda e a fabricação de bebidas alcoólicas. A nação norte-americana, assim, almejava o “nascimento de uma nova nação, de costumes limpos e espíritos sóbrios, livre de guetos e de cárceres, com casas de correção vazias e de alegrias plenas para homens e mulheres”. A bebida, contudo, continuava a ser consumida clandestinamente, sendo que os oficiais daquele país facilmente poderiam triplicar seu salário anual, em um único dia, se trabalhassem ilegalmente vendendo a substância.

A Lei acabou criando uma figura amplamente conhecida até os dias atuais: Al Capone. O mesmo era tido por muitos como benfeitor da cidade de Chicago, pois seu negócio coincidia com os conceitos morais e legais da população local, que queriam a bebida. É possível observar, assim, o quanto uma lei pode, de uma hora para outra, estabelecer a diferença entre um grande gângster e um empresário de sucesso – afinal, caso Al Capone tivesse o seu negócio nos dias atuais, será que não estaria em revistas e capas de jornais como um grande empreendedor? Da mesma forma, a 21ª Emenda, que estabeleceu o fim da proibição do álcool, transformou, do dia para a noite, quase meio milhão de pessoas condenadas, anteriormente, como criminosas, em “cidadãos irrepreensíveis”, como quaisquer outros que não consumissem a substância no país.

Logo, foi a vez da maconha se tornar a substância eleita como a nova fonte de perversão social, muito devido à forte imigração, aos Estados Unidos, de mexicanos,

utilizadores comuns da mesma. Com a grande depressão de 1929, além da significativa parte da população da América do Norte desempregada, vários crimes foram relacionados aos mexicanos e, por consequência, a maconha foi a grande responsabilizada por tais fatos.

Entre 1924 e 1925, a Conferência Internacional do Ópio foi realizada em Genebra, sob o auspício da Liga das Nações, contando com a presença de 41 governos e, também, sob influência norte-americana, estimulou os países participantes a pensar em igualmente proibir determinadas substâncias em seus territórios. Em 1931, a Segunda Convenção de Genebra determinou que os países assinantes apresentassem relatórios anuais de quantidades restritas de determinados psicoativos que se limitariam a produzir.

No ano de 1936, em nova Convenção, também em Genebra, passou-se a reconhecer o tráfico internacional como crime, ao tempo em que surgiu a figura do traficante com a imagem que este carrega até os dias atuais, tido como um ser “sem limite moral, que ganha a vida a partir de lucros imensuráveis às custas da desgraça alheia, que age de forma violenta e bárbara, ou seja, uma espécie de incivilizado”.

As leis penais endureceram nos EUA a partir da década de 50 e, conforme iam ganhando mais força no espaço internacional, os norte-americanos mais influenciavam as Convenções realizadas pela Organização das Nações Unidas. Em 1961, a partir de uma Convenção, os países signatários davam carta branca à ONU para que definisse as políticas de drogas a serem adotadas ao redor do mundo, e tal regramento era estabelecido fortemente pelos Estados Unidos.

Em 1970 se deu, nos Estados Unidos da América, na voz de Nixon, a famosa declaração de guerra às drogas - que foi desmentida, posteriormente, por seu antigo braço direito, mas seguida por todos os demais presidentes posteriores a ele, com exceção de Jimmy Carter. Em 1976, nas mãos de Gerald Ford, a substância combatida da vez foi a cocaína. A indústria da coca começava a se instaurar nos países andinos e todo um alarde em torno dela foi criado. Nesse contexto, o “inimigo externo, o traficante colombiano, deveria ser combatido pelos militares, optando-se por uma política de guerra às drogas que extrapolava as fronteiras norte-americanas”. No referido período, a América do Norte tinha como foco central a droga que vinha do exterior, tornando-se os aspectos econômicos e políticos do tráfico o maior motivo de preocupação daquele país, de modo que os funcionários da DEA (*Drug Enforcement Administration*) não mais focavam na apreensão da substância em si, mas, em especial, no dinheiro e nos “narcodólares” provenientes do tráfico, colocando, inclusive, o discurso médico em segundo plano no combate às drogas.

O problema do narcotráfico passou a se tornar o modo pelo qual se daria a intervenção norte-americana no plano internacional. Com Rosa del Olmo, surge o discurso chamado de jurídico-transnacional que, mais tarde, levaria a algumas consequências, tal como o Tratado de Extradução, que possibilitaria o julgamento, na América do Norte, dos traficantes colombianos que atentavam contra a sua economia

e que, mais tarde, seria também o responsável por incriminar os imigrantes ilegais pelo aspecto econômico das drogas; consolidava-se o inimigo externo, possuidor do estereótipo criminoso latino-americano e que, até os dias atuais, se mostra presente nos meios de comunicação.

As consequências, em solo norte-americano, foram e ainda são devastadoras; contudo, o que interessa à presente pesquisa limita-se a este ponto, quando da emergência da figura do inimigo latino-americano responsável pelo problema das drogas nos Estados Unidos – e não a população como criadora da demanda. Assim, importante se faz, agora, o estudo da relação entre crime e mídia, que se dará levando em consideração os pressupostos teóricos da Criminologia Cultural, a fim de entender melhor como é retratada a figura do narcotraficante colombiano Pablo Escobar na série televisiva *Narcos*.

3 | INTERSECCIONANDO CRIMINOLOGIA CULTURAL, MÍDIA E CRIME

A relação entre mídia e crime é objeto de pesquisa há várias décadas; contudo, nenhum segmento até o início da década de 90 explicou por completo tal relação – até o surgimento da Criminologia Cultural, desenvolvida por Ferrell, nos EUA e, posteriormente, por Hayward e Young, na Inglaterra. Tal disciplina buscou estudar o fenômeno do crime sem uma metodologia específica, encontrando, em diversas áreas – inclusive na própria mídia –, meios para explicar a ocorrência da criminalidade.

Para a Criminologia Cultural, a real experiência de cometer um crime, concluir um ato criminoso ou ser vitimizado pela ação tem pouca relação com as teorias da escolha racional. Em seu lugar, estão a adrenalina da transgressão, o prazer e o pânico envolvidos em verdadeiras equações delitivas, fazendo com que o crime, assim, seja algo raramente desinteressante e frequentemente não-irrelevante, mas sempre significativa. Veja-se, por exemplo, a questão do grafite, bem explicada por Ferrell, em que a busca pela aquisição de materialismo não define o significado de seu cometimento.

No que diz respeito à mídia, a Criminologia Cultural explica o crime como produto oferecido à população de massa através dos diversos meios de comunicação contemporâneos. O crime como notícia, por exemplo, e a repercussão que causa na sociedade, foi claramente demonstrado por Hall, Critcher, Jefferson, Clarke e Roberts, quando da explanação de um caso em que houve ligação entre as matérias jornalísticas publicadas sobre um grupo de jovens que, supostamente, teria assaltado algumas residências. A partir da disseminação de tais fatos, a condenação foi certa, o que demonstrou de forma clara a influência das notícias em um campo no qual não deveriam interferir: o judiciário – e, mais que isso, com Nietzsche, demonstrou-se o fascínio da população pelo espetáculo da violência, pelo consumo incessante daquilo que reprova como ato social.

Vive-se, hoje, uma espécie de festival midiático, onde as imagens de crime e desvio circulam diuturnamente, combinando cada vez mais a linha entre o real e o imaginário. Desde a mais variada reprodução televisiva, passando por veículos jornalísticos, programas policiais e de auditório, até mesmo nas telenovelas e seriados, a violência e o crime são temáticas centrais na modernidade recente, de modo que, “nesse mundo, as ruas moldam as telas e as telas moldam as ruas; não há, claramente, uma sequência linear, mas, ao invés, uma inconstante interação entre real e virtual, entre factual e ficcional”.

Seja a partir de filmes, seriados, jogos de videogame, jornais ou programas televisivos que retratam a atuação policial, a fim de criar uma cultura dessa entidade como modo de legitimação de suas atividades, ou por meio de discursos antidrogas, com campanhas que retratam os mais variados crimes relacionados ao uso e à venda de tais substâncias, a reprodução do crime insere-se, em diversas ocasiões, em um contexto de formação de significados coletivos pré-ordenados e com fins políticos e sociais pré-definidos.

A violência e o crime tornam-se *commodities* baratas, vendidas e veiculadas como atrativos de entretenimento e espetáculo digital. Destroem-se as velhas distinções entre o real e o imaginário, entre causa direta e efeito, incorporando-se, assim, na cultura cotidiana da juventude e do consumo.

Por meio dos estudos críticos, portanto, é crível compreender, a partir da perspectiva dos grupos dominados, como se dá a construção, através das falas de figuras políticas e autoridades importantes. Essas legitimam e justificam certas decisões – tal qual aquelas que, embora não tragam o resultado a que vieram e se prometeram, ainda assim são adotadas com clamor por determinadas gestões de governo, bem como, por vezes, aceitas de maneira uniforme pela população em geral. No que diz respeito à questão relacionada ao saber sobre as drogas, é possível compreender, por um lado, a sua insuficiência e, por outro, seu sentido acobertador no que tange ao que seria urgente se questionar sobre elas. É como se tal saber, não podendo ser verdadeiro, precisasse se impor como violência.

Neste estudo, utilizamos como caso prático a série televisiva *Narcos*. Esta trata-se de uma produção norte-americana, com coprodução colombiana. Foram lançadas três temporadas, cada uma composta por dez episódios. Aqueles referentes à primeira temporada foram disponibilizados pela plataforma de *streaming* Netflix em agosto de 2015. O seriado conta com atores de diferentes nacionalidades, abordando a história do combate ao tráfico de drogas no eixo Colômbia-Estados Unidos da América.

A primeira temporada foca-se em fatos ocorridos entre os anos de 1983 e 1992, compreendendo desde o início da produção da cocaína na América Latina até a fuga de Pablo Escobar da prisão, passando pelas atuações dos Cartéis de Medellín e de Cali. A segunda temporada aborda as tentativas de captura de Escobar até sua morte. Já a terceira, trata acerca da ascensão do Cartel de Cali e as estratégias norte-americanas de enfrentamento aos sucessores de Escobar.

A narração da trama é feita por um personagem norte-americano, Steve Murphy, agente do *Drug Enforcement Administration* (DEA), que apresenta colocações críticas e pessoais sobre os fatos, além de participar ativamente das cenas. O referido personagem, ao lado de seu colega, Javier Peña, atua na Colômbia com a missão de capturar Pablo Escobar. A narração indica o lugar de fala da série, assim como de personagens principais – algo que pode ser explicado, claramente, pelos analistas críticos do discurso, como, por exemplo, Van Dijk, quando analisam como o abuso de poder, a dominação e a desigualdade são reproduzidas em textos, imagens e/ou falas, em determinado contexto social e político.

Entendendo o inimigo externo criado pelos Estados Unidos da América em relação às drogas e a sua imposição de culpa aos produtores latino-americanos em paralelo à apreciação de alguns principais pontos da relação entre mídia, crime e Criminologia Cultural, é possível compreender como a série televisiva *Narcos* apresenta a figura do narcotraficante da América do Sul como o grande responsável pelos problemas de drogas em território norte-americano. O narcotraficante é apresentado na série em sua dualidade: ora como aquele que destina parte de seus lucros para a população, contribuindo com obras públicas e ações de caridade, ora é retratado como o mandante de atos terroristas, atuando de modo frio e alheio às vítimas. A forma de retratar Pablo Escobar nos episódios – do traficante benfeitor ao terrorista calculista –, mostra-se condizente com a construção realizada pelo viés norte-americano de eleição do inimigo que deve ser abatido. Centraliza-se os temores em um alvo escolhido, projetando neste a responsabilização pela problemática.

Narcos apresenta, assim, o embate entre heróis (norte-americanos) e alvos (latinos), cabendo a estes o papel de vilões. Nessa perspectiva falha, vê-se como únicos responsáveis pelo panorama das drogas os produtores, não importando que a produção esteja diretamente atrelada ao consumo, sendo isto o que, de fato, cria a demanda. Tal perspectiva coaduna-se à política de considerar as drogas como um problema de “segurança nacional”, que pressupõe que o ataque deva ser feito à oferta, justificando as investidas contra países como Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. Assim, a presença de forças norte-americanas nos mesmos ganha corpo, através de missões, agentes infiltrados e implementações de bases de segurança, dentre outras ações. Aliado a tal estratégia, está também o uso de “diplomacia retaliativa”.

Essas engrenagens compõem a reprodução da estrutura de dominação da nação desenvolvida sobre aquelas com menos condições. Impõe-se o poder em nome da segurança sobre aqueles que são identificados como responsáveis pela instabilidade causada. Trata-se de infiltrar e sobrepor suas regras no território alheio, eximindo-se de sua participação no processo que alimenta o circuito de produção e consumo.

Em uma das falas do narrador, o mesmo refere acerca do desenvolvimento dos narcotraficantes colombianos, indicando a insatisfação norte-americana com o faturamento decorrente da atividade: “Em pouco tempo, os narcos estavam faturando cinco milhões de dólares por ano e isso a América não poderia aceitar”. De qual

afronta trata-se exatamente o incômodo norte-americano em relação às drogas? Talvez não seja (somente) o impacto na tranquilidade das praias norte-americanas que esteja a perigo com as negociações envolvendo entorpecentes à época. Nas teias da produção e do consumo de substâncias ilícitas, entremeiam-se os fenômenos da corrupção, os embates políticos, a influência financeira e as artimanhas de poder.

4 | À GUIA DE CONCLUSÃO

A guerra às drogas, de fato, foi construída sob mentiras. Tendo as primeiras motivações proibicionistas um cunho político e comercial, a ideia se espalhou mundo afora por influência norte-americana e culminou em inúmeras consequências. Uma delas, que perdura até hoje, é a construção do estereótipo do narcotraficante latino-americano como o ser responsável pelo consumo excessivo de substâncias entorpecentes nos Estados Unidos da América.

Nesse sentido, quem ajudou a entender tal construção foi a Criminologia Cultural. Esta disciplina aponta, de maneira clara, a complexa relação entre mídia e crime e, de que forma, por meio da primeira, se consome o segundo diariamente em lares do mundo todo. Afinal, mesmo sendo algo reprovável socialmente, a violência é assistida, reproduzida e vendida às milhares de cópias. É nesse ponto que a Criminologia Cultural pode explicar como a série televisiva *Narcos* reproduziu a história de um dos maiores, senão o maior traficante colombiano já conhecido: Pablo Escobar.

Analisar as diferentes perspectivas dos fenômenos mostra-se importante para a compreensão destes. No embate entre EUA e Colômbia, retratado pela referida série, fica claro que a luta contra as drogas não é assumida como uma prioridade em termos de problema de saúde pública, mas sim, somente pelo impacto econômico dessas transações. A esse aspecto dá-se uma roupagem dicotômica, dividindo entre bem e mal, entre heróis e inimigos. Com clareza, o lado heroico coube à nação economicamente mais favorecida, seja pelo lugar de enunciação, pelos personagens ou pela função desempenhada no cerco ao narcotráfico.

A trama de *Narcos* ilustra a complexidade desta teia, entremeada pela violência e pelo consumo – dois eixos em voga em nossa sociedade e que também se retroalimentam. Ao empregar a Criminologia Cultural como ferramenta para análise do seriado e dos aspectos que o compõem, foi possível verificar que as representações de poder permeiam a construção do mesmo, ampliando a compreensão do que, verdadeiramente, está em jogo na perseguição travada.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

- ANDREOLLA, Andrey Henrique. Criminologia e(m) séries: intersecções entre crime, seriados televisivos e criminologia cultural. In: CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de et al. **Violência, crime e segurança pública: perspectivas contemporâneas em ciências criminais**. Florianópolis: Habitus, 2018.
- ANDREOLLA, Andrey Henrique. **Uma Luz que não se apaga: guerra às drogas, urbanismo militar e gentrificação no caso da “Cracolândia” paulistana**. Dissertação (mestrado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Porto Alegre: 2018.
- ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional**. 2. ed. São Paulo: Leya, 2014.
- BAUM, Dan. Legalize It All: How to win the war on drugs. **Harper’s Magazine**. Disponível em: <https://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/>. Acesso em: 16 de maio de 2018.
- BUDÓ, Marília de Nardin; CAPPI, Riccardo. **Punir os jovens?: A centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. O tráfico de drogas como meio de trabalho informal. In: CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de et al. **Violência, crime e segurança pública: perspectivas contemporâneas em ciências criminais**. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 83-102.
- D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. Organização: Judith Hoffnagel; Karina Falcone. São Paulo: Contexto, 2017.
- ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de Las Drogas**. 7. ed., revisada y ampliada. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1998.
- FERRELL, Jeff. **Crimes of Style: urban graffiti and the politics of criminality**. Boston: Northeastern University Press, 1996.
- FERRELL, Jeff. **Cultural Criminology**. Annu. Ver. Social., v. 5, p. 395-418, 1999.
- FERREL, Jeff; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural Criminology: an invitation**. Los Angeles/London: SANGE, 2008.
- GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina**. 76. ed. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2004.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 59-64, abr./mai./jun. 1990.
- GRAY, Mike. **Drug crazy: how we go tinto this mess and how we can get out**. New York: Routledge, 1998.
- GUILHERME, Vera M. **Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- GUZZI, André Cavaller. **As relações EUA-América Latina: medidas e consequências da política externa norte-americana para combater a produção e o tráfico de drogas ilícitas**. 2008. 131f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais, UNESP – UNICAMP – PUCSP. São Paulo, 2008.

HALL, Stuart et al. **Policing the crisis: Mugging, the state and law and order.** London and Basingstoke: The Macmillan Press Ltd., 1978.

HARRISON NARCOTICS TAX ACT, 1914. Disponível em: <http://www.druglibrary.org/schaffer/history/e1910/harrisonact.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. Cultural Criminology. In: MAGUIRE, Mike et al. **The Oxford Handbook of Criminology.** London/New York: Oxford University Press, 2007, p. 103.

JEWKES, Yvonne. **Media & Crime.** London/California/New Delhi/Singapore: SAGE Publications, 2011.

MCALLISTER, William B. **Drug diplomacy in the twentieth century: an international history.** New York: Oxford University Press, 2008.

MUSTO, David F. **The American disease: origins of narcotic control.** 3. ed. New York: Oxford University Press, 1999.

NARCOS. Direção: José Padilha, Guillermo Navarro, Andrés Baiz e Fernando Coimbra. Netflix, 2015, 10 episódios (49 min).

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e mídia: sistema penal e organizações privadas de comunicação social em luta por poder simbólico. **Revista da AJURIS.** Ano 37, n. 118, jun. 2010.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** 2006. 273 f. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2006.

ROSA, Mateus Vieira da. **Identidade, significado e imagens do desvio: uma (re)leitura do fenômeno das torcidas organizadas a partir da criminologia cultural.** TCC – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis: 2015.

ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a governamentalidade neoliberal: uma genealogia da redução de danos.** Florianópolis: Insular, 2013.

SCHEERER, Sebastian. Prohibición de las drogas em sociedades abiertas. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. **Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal.** 2009. 153 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009.

THE new public enemy nº 1. **Time Magazine.** Disponível em: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,905238-1,00.html>. Acesso em: 16 de maio de 2018.

TIBURI, Márcia; DIAS, Andréa Costa. **Sociedade fissurada: para pensar as drogas e a banalidade do vício.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** 2. ed., 3. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VIEIRA, Martina Nichel. **As Américas de Narcos**: representações identitárias em uma série transnacional. 2016. 78f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Comunicação Social – Habilitação Jornalismo) – Curso de Jornalismo, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2016.

XIBERRAS, Martine. **A sociedade intoxicada**. Tradução: Alexandre Correia. Lisboa: Instituto Piaget, 1989.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Mestre em Direito das Relações Sociais (Sub-área Direito Penal) PUC/SP - Doutor em Educação Universidad de la Empresa-Uruguai - Instituição de Origem: Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” – Universidade Federal de Uberlândia - Correio Eletrônico: damishelvecio@yahoo.com.br

Jaqueline Oliveira da Silva Damis Cunha

Mestranda em Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina - Instituição de Origem: Facultad en Ciencias Jurídicas – Universidad de la Empresa-Uruguai - Correio Eletrônico: jaquelineoliveira2@yahoo.com.br

RESUMO: O artigo 28 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), em que pese sua longa vigência temporal no ordenamento jurídico pátrio, já deveria ter sido objeto de uma releitura crítica após a entrada em vigor da Constituição de 1988. O trabalho, a partir do que se encontra expresso no capítulo II do Título II da CR-1988, passou a ser considerado um direito social fundamental para brasileiros e estrangeiros que se encontrem em nosso território. A descrição dos direitos dos trabalhadores apresentada de modo exaustivo no artigo 7º, não prescrevem qualquer tipo de limitação no seu exercício para os indivíduos que estão inseridos no sistema prisional. O núcleo dos direitos garantidos aos trabalhadores e trabalhadoras definidos na

Constituição da República é tratado a nível infraconstitucional na Consolidação das Leis do Trabalho, que também descreve em seu art. 7º, os limites de aplicação desses direitos a determinadas pessoas. Salienta-se que neste rol, não se encontram as pessoas que estão encarceradas. Porém, a despeito da ausência de qualquer limitação constitucional, o legislador infraconstitucional no art. 28 da LEP regulou o trabalho do condenado e, prescreveu, a não aplicabilidade do expresso na CLT, e conseqüentemente na CR, aos presos trabalhadores e presas trabalhadoras. A presente disposição normativa encontra-se em conflito com o texto constitucional. Entre as finalidades da sanção, e mais precisamente da pena, não conseguimos *prima facie* vislumbrar qualquer razão intrínseca ou extrínseca advinda da prática de qualquer delito, que justifique a limitação dos direitos trabalhistas para aqueles e aquelas que se encontram na situação de cárcere. Em nosso entendimento, como possível observar, existe um claro conflito entre o estabelecido na Constituição que define o trabalho e os direitos a ele inerentes, como um direito social fundamental não submetido a qualquer restrição em seu texto, e o que está insculpido no art. 28 da Lei de Execução Penal, fundamentalmente, o que expressa o seu parágrafo segundo, ao prescrever que “o trabalho do preso não está sujeito ao regime da

Consolidação das Leis do Trabalho”. Para elaboração do presente texto, utilizamos o método de abordagem hipotético-dedutivo, no qual partiremos dos modelos teóricos que estudam os princípios e normas constitucionais para aplicá-los na hipótese formulada e apresentada neste resumo. Como procedimentos metodológicos de pesquisa, empregamos os métodos histórico, sociológico e monográfico jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais – Trabalho do Preso – Inconstitucionalidade do art. 28 da LEP

1 | INTRODUÇÃO

Há vários anos e por que não dizer décadas, o Brasil tem convivido com inúmeros problemas no sistema carcerário. O descaso e a inércia do poder público em cumprir a Constituição e a legislação infraconstitucional agravam mais ainda a caótica situação carcerária vigente. Existem violações de toda ordem e podemos citar como exemplos: a manutenção de presos em celas superlotadas e em condições insalubres; a existência de inúmeros presídios sem qualquer tipo de estrutura para atendimento da saúde dos encarcerados; e a situação carcerária das mulheres, visto que nossas prisões não foram pensadas e preparadas para recebê-las. Diante de tantas dificuldades e do descumprimento sistemático dos deveres que o Estado brasileiro tem é que resolvermos abordar uma dessas diversas violações.

O problema a ser analisado no presente artigo é do conflito constitucionalidade estabelecido, a partir da entrada em vigência da Constituição de 1988, que não apresentou de forma expressa no art. 5º e seguintes, qualquer limitação expressa ou tácita ao exercício pleno dos direitos trabalhistas pelos presos que se encontrem na condição de trabalhador.

O presente trabalho será dividido em quatro partes. Na primeira estudaremos os aspectos gerais e introdutórios das políticas públicas de caráter social e como elas aparecerem e foram modeladas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No segundo momento, analisaremos as principais questões inerentes a conceituação e diferenciação entre princípios e normas jurídicas, assim como estabeleceremos os critérios que serão usados para a verificação da inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Execução Penal. No capítulo seguinte, apresentaremos alguns conceitos e princípios gerais que estruturam a LEP. Por fim, aprofundaremos na discussão e análise do artigo 28 da Lei de Execução e das justificativas para nossa compreensão de sua inconstitucionalidade.

2 | DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo faremos uma análise preliminar concernentemente ao nascimento e desenvolvimento histórico dos direitos sociais nos planos concretos e

normativos, bem como, um estudo de como foram estruturados na Constituição de 1988.

2.1 Surgimento das políticas sociais públicas

As políticas sociais públicas surgiram na Inglaterra e na Alemanha Cunha (2011, p. 79). O sistema assistencialista inglês foi o precursor em a Europa possuindo como exemplos o *Speenhamland Act* de 1796, a *Poor Laws* de 1601 e a *Poor Law Act* de 1834, que perdurou até 1929.

Em relação a Alemanha, os historiadores identificaram a relação existente entre a nova legislação bismarckiana com a finalidade frear o movimento socialista em amplo desenvolvimento no país. O Estado alemão instituiu práticas permanentes que tinham como linha mestra a concentração das políticas nos trabalhadores do sexo masculino, determinando-os a realizar uma contribuição de financeira compulsória, com critérios diversos dos empregados pelo assistencialismo inglês. O sistema de políticas alemão também influenciou vários países do continente europeu, assim como da América Latina, principalmente aqueles de perfil conservador/liberal.

De forma, positivada os direitos sociais fundamentais aparecem inicialmente nos textos das Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 (conhecida como Constituição de Weimar). No caso do Brasil, eles surgem a partir da década de 1930. É importante ressaltar que os direitos sociais tiveram sua efetiva expansão e desenvolvimento, fundamentalmente após o final da Segunda Guerra Mundial, sob a influência de Keynes e outros teóricos. Em relação desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social no Brasil, Cunha (2011, p.154) afirma que não adotamos de forma efetiva um modelo “puro” do *Welfare State*, em que pese sua forte influência em inúmeras políticas públicas promovidas em nosso país. Como exemplos, podemos indicar a Consolidação das Leis do Trabalho e nosso sistema universal de seguridade social.

2.2 Direitos sociais fundamentais na constituição de 1988

No estudo do desenvolvimento dos direitos fundamentais, a principal teoria aplicada divide estes em gerações ou dimensões de direitos¹. A primeira dimensão engloba as liberdades, o direito de propriedade e direitos políticos e são considerados como direitos negativos, pois possuem a premissa de que o Estado deve abster-se de

1 Marmelstein (2008, p. 42) apresenta a origem da teoria das gerações ou dimensões dos Direitos: “o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.”

intervir em tais direitos para que possam ser plenamente exercidos. Por outro lado, os direitos sociais são enquadrados nos direitos de segunda dimensão, e definidos como direitos “positivos”, visto que exigem a atuação estatal para sua verdadeira promoção.

A respeito disso, Lenza (2012, p. 1076) afirma que os direitos sociais se enquadram nos denominados direitos de segunda dimensão, apresentando-os como “prestações positivas” que precisam ser implantadas pelo Estado de modelo do Bem Estar social com o escopo de concretizar o princípio da igualdade substancial².

Por fim, os direitos de terceira dimensão estão vinculados aos direitos difusos, coletivos, internacionais e de fraternidade/solidariedade.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu artigo 6º um rol de Direitos Sociais Fundamentais de caráter exemplificativo e, que inclusive, foi ampliado através da Emenda Constitucional 90 de 2015. Diz a nova redação do supra-referido dispositivo: *Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.* Nos artigos 7º e seguintes estão relacionados os dispositivos relacionados à proteção mais pormenorizada do Direito Social ao Trabalho.

Guilherme Peña de Moraes (2009, p. 575) apresenta uma interessante classificação para os direitos sociais estabelecidos pela Constituição. Ele os classifica em:

a) Direitos Sociais em Sentido Estrito que englobam o direito à moradia, seguridade social (incluindo a saúde, previdência social e assistência social) e o que denomina de “direitos particulares de instituições da sociedade e categoria de pessoas” (direitos da família, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência);

b) Direitos Sociais de Natureza Econômica são os direitos relativos ao direito do trabalho e dos trabalhadores; e,

c) Direitos Sociais de Natureza Cultural que compreendem o direito à cultura, desporto e educação.

² Ainda a respeito dessa dimensão dos Direitos trazemos as lições de Robert Alexy (2008, p. 434) sobre o tema: “De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado”. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. Como será demonstrado, esses direitos constituem, de fato, uma importante parte daquilo que é denominado “direitos a prestações”, mas o âmbito desses direitos a prestações é mais amplo”.

Em virtude da temática estabelecida para o presente trabalho, voltaremos nossa atenção mais detalhada para trazer alguns conceitos estabelecidos na classificação dos *Direitos Sociais de Natureza Econômica*.

Segundo definido por Peña de Moraes (2009, p. 581), o direito ao trabalho

(...) é exposto pela proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, sob pena de indenização compensatória, que se afigura proibida nas hipóteses do empregado eleito para o cargo de direção de entidades sindicais e comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, e da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Ele também inclui neste rol de situações não permissivas de demissão arbitrária, aos trabalhadores segurados da previdência social que sofreram acidente do trabalho pelo prazo mínimo de 12 meses, após a cessação do auxílio doença acidentário.

Também são protegidos dentro dos Direitos Sociais de Natureza Econômica os direitos sociais individuais e coletivos dos trabalhadores.

O art. 7º da CR traz um rol de direitos sociais individuais dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, *caput*), assim como também tutela os direitos dos trabalhadores avulsos (art. 7º, inciso XXXIV) e domésticos (art. 7º, parágrafo único). Ressalta-se ainda, que vários desses direitos são garantidos aos funcionários públicos, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 39 da Constituição³.

Conforme descrevemos, a Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer delimitação de forma expressa ao exercício dos Direitos Sociais Econômicos aos presos que exerçam qualquer atividade laboral remunerada. A ausência de tal limitação permite-nos à discussão do aspecto chave do nosso trabalho (item 5), que é a análise da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Execução Penal, entendendo-se que não poderia uma lei ordinária estabelecer limitação de exercício de direito fundamental (individual ou social) que a Constituição não trouxe de forma expressa.

Antes, mister se faz destacarmos e transcrevermos os principais direitos sociais individuais tutelados pela CR e descritos no art. 7º: - *relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*; - *seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário*; - *fundo de garantia do tempo de serviço*; - *salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*; - *piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho*; - *irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*; - *garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração*

3 **Art. 39, § 3º da CR-1988.** *Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.*

variável; - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; - aposentadoria; - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; - proteção em face da automação, na forma da lei; - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

É importante ressaltar que alguns dos direitos acima poderiam ser plenamente gozados pelos trabalhadores em situação de cárcere, enquanto outros, evidentemente, não teriam como ser exercidos, mas não por uma limitação meramente legal, mas, sim, devido às condições que a privação de liberdade inexoravelmente restringe. No caso dos direitos que podem ser plenamente exercidos pelos presos⁴, podemos citar

4 Estanislau e De Moraes (2017, p. 128) ressaltam, por exemplo, que alguns direitos trabalhistas

a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, o fundo de garantia por tempo de serviço e o recebimento do salário mínimo. Em contrapartida, haveria restrições para a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno (salvo se o trabalho realizado no âmbito da unidade prisional possibilitasse tal situação), a licença gestante e paternidade e o direito de férias (que entendemos ser possível a efetivação dos seus efeitos financeiros, mas não do seu pleno exercício)⁵.

No mesmo sentido ao que acabamos de esposar, verificamos em Espinoza (2004, p. 103-104) o questionamento a respeito da injustificada limitação no plano concreto e normativo ao amplo exercício dos direitos trabalhistas não afetados pelo cárcere:

No âmbito previdenciário, o art. 39 do CP determina que “o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhes garantidos os benefícios da previdência social”. No mesmo sentido, a Lei Orgânica Geral Penitenciária espanhola sustenta que o trabalhador ou a trabalhadora encarcerados desfrutarão da proteção dispensada na legislação vigente em matéria de segurança social, direito não dependente dos interesses econômicos da administração. Apesar da garantia previdenciária destacada tanto na legislação nacional como na estrangeira, nada justifica a restrição do exercício dos demais direitos trabalhistas adotados pela Constituição Federal, porquanto se trata de atividade que deveria ser desenvolvida sob condições semelhantes às da vida em liberdade, e que não é limitada na sentença de condenação, razão pela qual não deveria ser limitada em seu reconhecimento de direito passível de ser integrado e protegido pelo corpo normativo das leis trabalhistas.

(...)

O trabalho deve ser interpretado como dever/direito, mas nos termos válidos extensivamente para toda a população, o que significa dizer que não pode implicar obrigações mais onerosas que no mundo livre. As restrições explicitadas na legislação penitenciária devem constituir um limite ante potenciais abusos e não uma justificativa para incrementar as condições de exclusão e de aflição durante o período que se passa na prisão.

Finalmente, gostaríamos de descrever os artigos 8º ao 11 da Constituição que delimitam os direitos sociais coletivos dos trabalhadores que são⁶: - *direito de associação profissional ou sindical (art. 8º)*; - *direito de substituição processual (art. art. 8º)*; - *direito de greve (art. 9º)*; - *direito da participação (art. 10)*; e, - *direito de representação classista (art. 11)*.

Finalizada o exame dos direitos sociais fundamentais na Constituição, passamos a apreciar as questões relativas à aplicação dos princípios e regras, com o objetivo de analisar a inconstitucionalidade, em nosso entendimento existente em relação ao art. 28 da Lei de Execução Penal, mais especificamente no texto do parágrafo segundo mesmo sem a incidência da CLT já são assegurados, como a jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e o descanso aos domingos e feriados.

5 Ressalta-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas trazidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “reforma trabalhista”, também atingirá os trabalhadores presos em vários aspectos, porém, não é objeto deste trabalho apreciar.

6 Apenas citaremos os direitos sociais coletivos trabalhistas, visto que estes direitos também merecem uma análise mais aprofundada em relação às pessoas inseridas no sistema prisional e que a nosso ver também demandariam a elaboração de outro texto com essa finalidade de apreciação.

do dispositivo.

3 | CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS-NORMAS CONSTITUCIONAIS E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O estudo da sanção penal na Parte Geral do Código Penal é denominado de Teoria da Pena⁷. Conforme o entendimento majoritário da doutrina pátria em relação às finalidades da pena, tem-se exposto que esta estaria dividida em duas teorias diferentes.

A primeira nomeada de Teoria Absoluta ou Retributiva entende que a pena tem o caráter de expiação, isto é, seu fundamento é o de que o Estado deverá impor ao autor do delito a sanção como forma de retribuição, em virtude da conduta delituosa por ele realizada que resulta na lesão de um bem jurídico penalmente protegido. Nos dizeres de Estanislau e De Moraes (2017, p. 121), *“a ideia é de que se retribua ao autor o ‘mal’ causado pelo crime, através do ‘mal’ da sanção, conforme um ideal de justiça”*.

A segunda teoria que procura delimitar a finalidade da pena recebe o nome de Teoria Relativa ou Preventiva. Esta corrente teórica é apreciada sob dois aspectos diversos, dividindo-a em prevenção geral e prevenção específica. A prevenção será geral, por dirigir-se a todos os indivíduos, e tem como objetivo estimular na coletividade o respeito à legislação penal, evitando-se a prática de delitos. Por outro lado, a prevenção especial é aquela dirigida ao indivíduo que violou a norma penal e visa, a partir de um caráter positivo, ressocializá-lo. Deve-se, entretanto, compreender que a atual situação carcerária brasileira não traz qualquer tipo de perspectiva de sucesso na finalidade de prevenção específica positiva da pena. Nosso modelo na prática tem buscado apenas cumprir o caráter retributivo, visando fazer com que o autor do delito “pague” por ele, além de retirá-lo por um tempo do convívio social.

Considerando que o presente texto tem como objeto a comprovação da inconstitucionalidade do § 2º do artigo 28 da Lei de Execução Penal, é necessário realizarmos um estudo a respeito dos conceitos gerais de princípios e regras e, também, dos conflitos entre normas jurídicas.

Como base para a descrição dos conceitos e da distinção existente entre princípios e regras, apresentamos a lição de Luiz Roberto Barroso (2012, p. 226-230) sobre o assunto:

Diante disso, a doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a distinção entre princípios e regras. Por simplificação, é possível reduzir esses critérios a apenas três, que levam em conta: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; e c) o modo de aplicação. (grifo nosso)

(...)

No tocante ao conteúdo, o vocábulo "princípio" identifica as normas que expressam

⁷ Na realidade existe uma impropriedade técnica na denominação da “teoria das penas” considerando-se que nela se estuda as penas, mas, também, as medidas de segurança, outra modalidade de sanção penal.

decisões políticas fundamentais - República, Estado democrático de direito, Federação -, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética - dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade - ou fins públicos a serem realizados -, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. Como conseqüência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos.

As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão. Elas não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete - como no caso dos princípios - a avaliação das condutas aptas a realizá-los.

(...)

Com relação à estrutura normativa, princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Há muitas formas de respeitar ou fomentar o respeito à dignidade humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito à saúde. (...) Já com as regras se passa de modo diferente: são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Em suma: princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas. (grifo nosso)

(...)

É, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Exemplos: implementada a idade de 70 anos, o servidor público passa para a inatividade; adquirido o bem imóvel, o imposto de transmissão é devido. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como conseqüência, os direitos nela fundados também serão definitivos.

Estabelecidos tais conceitos e distinções, observa-se que os direitos sociais fundamentais elencados no art. 6º e seguintes, dentre outros, são princípios de proteção aos trabalhadores e que foram positivados pelo legislador constituinte. Por outro lado, o legislador mais especificamente no art. 28 da LEP, prescreve uma regra que limita o exercício dos direitos trabalhistas pelas pessoas em situação de cárcere. O que se observa, portanto, é um conflito entre os princípios-normas constitucionais que tutelam os direitos sociais fundamentais trabalhistas definidos pela Constituição de 1988 e o dispositivo do § 2º do artigo 28 da LEP.

Diante desta contradição, entendemos que será imprescindível o emprego do tradicional modelo kelseniano para o conflito que normas, que traz os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia das normas jurídicas como instrumentos eficientes para resolvê-los.

Especificamente em nossa temática, poderíamos utilizar os critérios da cronologia e, principalmente, o da hierarquia das normas jurídicas para solucioná-lo. Concernentemente ao primeiro, a Lei de Execução Penal (n. 7.210/1984) é anterior a Constituição de 1988, tendo sido estruturada e compatibilizada com uma ordem

constitucional diversa da presente, em que os direitos sociais ainda não haviam alcançado a condição de fundamental e constitucional que a partir do atual texto passaram a possuir.

Por sua vez, com a constitucionalização dos direitos sociais transformando-os em direitos sociais fundamentais individuais e coletivos, conferiu a eles um *status* constitucional de cláusulas pétreas⁸ que não podem ser modificados na atual ordem constitucional. Da mesma forma, as normas infraconstitucionais necessariamente precisam ser criadas, interpretadas e aplicadas a partir dos limites estabelecidos por tais cláusulas. No caso em tela, isso é justamente o que não ocorre, visto que o parágrafo segundo do art. 28 da LEP estabelece limites ao exercício dos direitos trabalhistas das pessoas encarceradas ao estabelecer que não pode ser aplicado a elas o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, o que esta não faz em seu artigo 7^o⁹.

4 | ESTUDO PRELIMINAR DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Nosso escopo neste capítulo é apresentar alguns conceitos introdutórios acerca da execução penal e destacar os princípios gerais aplicáveis a ela a fim de oferecer as idéias necessárias para a sua compreensão, entendendo o caráter contraditório que o parágrafo segundo do artigo 28 da LEP possui em relação à ordem constitucional vigente e, também, ao buscar compatibilizá-lo com outras disposições da própria Lei n. 7.210/1984.

4.1 Considerações propedêuticas sobre a execução penal

O processo penal de conhecimento na jurisdição penal tem como finalidade apurar a efetiva responsabilidade penal do indivíduo denunciado pelo detentor do direito/dever de persecução penal, seja de iniciativa privada ou pública. Encerrada esta etapa, se a decisão de mérito resultar no julgamento procedente da pretensão punitiva descrita na queixa-crime ou na denúncia, o querelado/denunciado será condenado a uma das penas previstas em nosso ordenamento jurídico penal.

Conforme estabelece o Código Penal brasileiro, em seu artigo 32, no caso de condenação do acusado, poder-se-á ser aplicada as penas de privação de liberdade,

8 **Art. 60, § 4º CR-1988.** Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

9 **Art. 7º da CLT.** Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam : a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas; b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais; c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições; d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.

restritivas de direito e pecuniária (multa). Encerrada esta fase da persecução penal, inicia-se o momento da efetivação do cumprimento de uma das sanções estabelecidas da através da decisão penal condenatória que recebe a denominação de execução penal. Em nosso ordenamento jurídico penal, a execução penal possui sua regulamentação geral expressa através da Lei n. 7.210/1984, nominada de Lei de Execução Penal.

Outro ponto importante é o de se definir a natureza jurídica do processo de execução¹⁰. Diferentemente do processo civil que possui natureza exclusivamente judicial, vez que o cumprimento de sentença se processa no Poder Judiciário, conforme estabelecido no Título II do Novo Código de Processo Civil. O processo de execução na esfera penal possui natureza híbrida, ou seja, ele é em parte promovido pelo Estado-Juiz e em outra pelo Estado-Administração, responsável pela parte “logística” do cumprimento da pena, fundamentalmente tratando-se da privativa de liberdade.

A respeito desta condição híbrida do processo de execução, Guilherme Nucci (2016, p. 950-951) assim a descreve:

É, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa. Nessa ótica, esta a posição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, para quem ‘a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos Estabelecimentos penais’ (...).

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam dos estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

A competência legislativa do processo de execução penal é concorrente entre a União e os Estados, conforme definição dos artigos 22, inciso I c/c 24, inciso I ambos da Constituição da República de 1988¹¹.

4.2 Dos princípios gerais da execução penal

A análise dos princípios regentes da Execução Penal é bastante variável na doutrina pátria. Desta forma, apresentaremos alguns princípios que consideramos como essenciais para a estruturação desta, a partir de uma aplicação conjunta

¹⁰ **O art. 1º da LEP dispõe que** “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

¹¹ **Art. 22 da CR-1988.** Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, **penitenciário**, econômico e urbanístico (**grifos nossos**).

entre os diversos ramos do Direito (Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário) que a orienta e influencia. Todos os princípios que serão abordados devem ser considerados como garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e também estão amparados pelo vigente texto constitucional de 1988 (art. 5º).

Princípio da Legalidade: O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Discutido por Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, na obra dos “*Dos Delitos e Das Penas*” (1764), foi consagrado por Feuerbach, no início do século XIX, através do brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal deve ser considerado como um imperativo que não admite desvios e nem exceções, representando uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de efetiva justiça. O princípio está consagrado em nossa Constituição no art. 5º, incisos II (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*) e XXXIX (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*).

Princípio da Igualdade: Estabelecido expressamente no preâmbulo e também no art. 5º, *caput*, da Constituição, o cumprimento da pena deve necessariamente considerar as condições pessoais do apenado, como o sexo e a idade, assim como a natureza do delito (art. 5º, incisos XLVIII e L da Constituição).

Segundo Cunha (2011, p. 190),

o princípio da isonomia aparece expressamente pela primeira vez num texto constitucional brasileiro, no *caput* do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. A igualdade dentro do estudo do direito constitucional, divide-se em igualdade formal e igualdade material. A primeira refere-se à isonomia legal, ou seja, que todos devem ser tratados de forma igualitária perante a lei. Relativamente à segunda classificação, a igualdade material existe quando os indivíduos recebem tratamento isonômico, respeitando suas diferenças no plano concreto, isto é, que os iguais sejam tratados de forma igualitária, e os desiguais tratados desigualmente na medida de suas desigualdades.

Portanto, não basta que a ordem jurídica estabeleça formalmente o princípio da igualdade, **é fundamental** que ele seja observado no plano concreto, o que tem se demonstrado inexistir por parte do Estado brasileiro no tratamento da população encarcerada.

Princípio da Humanização da Pena ou da Dignidade da Pessoa Humana: O princípio de humanidade ou da dignidade humana impede que em nosso sistema jurídico sejam adotadas penas de caráter capital, cruel, difamante ou de duração perpétua (art. 5º, XLVII). O presente princípio, portanto, garante que o poder punitivo estatal não pode ser aplicado violando a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica (corpo e mente) dos condenados (art. 1º, III - a dignidade da pessoa humana - e art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem

a tratamento desumano ou degradante - ambos da CR/1988). Evidentemente que concretamente, nosso sistema carcerário está muito distante dessa realidade.

Princípios do Devido processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa: Expressos na Constituição de 1988, nos incisos LIV (*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*) e LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*), eles garantem que mesmo no processo de execução, os condenados somente possam sofrer punições e o agravamento das condições de seu cumprimento de pena desde que respeitados tais princípios (art. 118 § 2º da LEP)¹².

Princípio da Individualização da Pena: Estanislau e De Moraes (2017, p. 124) destacam que a individualização da pena deve observar três momentos distintos, iniciando no Poder Legislativo até chegar na sua efetiva execução:

Durante o processo legislativo, com a previsão de penas mínima e máxima, de modo a possibilitar, (2) no processo penal, a fixação da pena de acordo com as circunstâncias do crime em análise, (3) e durante a execução penal, com a concessão não apenas da progressão de regime, mas também de outros benefícios cabíveis a cada caso.

Ressalta-se, que a Constituição de 1988 fez previsão expressa do princípio da individualização da pena, conforme se verifica no art. 5º, inciso XLVI, quando diz: *"a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação da liberdade; b) perda dos bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos"*. Também é possível verificar a preocupação do legislador constitucional com a individualização nos incisos XLVIII, (*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*) e L (*às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação*).

Princípio da Intranscendência da Pena: estabelecido no inciso XLV do art. 5º da Constituição¹³ ele estabelece que a pena não poderá atingir outras pessoas diretamente além do condenado, salvo nos efeitos secundários indenizatórios vinculados ao espólio deste. Evidentemente que o princípio considera apenas as questões jurídicas resultantes da condenação, descurando-se que nos aspectos metajurídicos, a ausência do membro familiar privado de liberdade traz danos sociais,

12 Art. 118 da LEP. *A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111). § 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado. (grifo nosso)*

13 Inciso XLV do art. 5º CR. *Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

humanos e familiares.

Finalizada a apresentação dos princípios gerais da execução penal, passamos a análise do artigo 28 da Lei de Execução Penal.

5 | INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Neste último capítulo realizaremos algumas discussões introdutórias relativamente a manifesta inconstitucionalidade prevista no parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Execução Penal¹⁴.

É interessante ressaltar que o objetivo principal da LEP, como definido em vários dispositivos de seu texto e em sua base principiológica exposta no capítulo anterior, é o de oferecer um arcabouço de direitos e deveres dos presos durante o cumprimento de suas penas de forma a reintegrá-lo ao convívio social. Isso está inclusive expresso em seu art. 1º: *“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*.

Essa intencionalidade de proteção do legislador também é destacada por Espinoza (2004, p. 96-97):

A LEP é considerada legislação de vanguarda por integrar os princípios e as garantias estipulados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Para autores como Mirabete, trata-se de obra extremamente moderna de legislação, uma vez que reconhece o respeito aos direitos humanos dos presos, e seu conteúdo abarca várias previsões que ordenam o tratamento individualizado, protegem os direitos substantivos e processuais de presos e presas e garantem assistência médica, jurídica, educacional, social, religiosa e material. Como um todo, o foco dessa norma não é punir, mas ressocializar os condenados. Além da preocupação com a humanização do sistema prisional, incita os juízes a sentenciar penas alternativas como fianças, serviços comunitários e suspensão condicional da pena

Outro dispositivo da LEP que também reafirma a função de tutela dos direitos dos presos é o artigo 3º: *“Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”*.

A mensagem do legislador é muito clara, o Estado é obrigado a conservar durante o cumprimento da pena, todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso.

E aqui também encontramos uma importante questão que demonstra a existência de um conflito no âmbito interno da LEP. Ao vedar a sujeição do trabalho do preso à CLT, conforme expresso no § 2º do art. 28, o legislador criou uma contradição interna. Não conseguimos vislumbrar de que forma a sentença penal condenatória

¹⁴ **Art. 28 da LEP.** *O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. (grifo nosso)*

produz efeitos limitadores ao amplo exercício dos direitos trabalhistas pelas pessoas encarceradas. Diferentemente do exercício dos direitos políticos, em que a Constituição expressamente o estabelece¹⁵, não há no texto constitucional qualquer determinação ao juiz no momento de decidir, limitar ou vedar o trabalho e os direitos a ele inerentes, muito pelo contrário.

Aqui novamente retornamos ao que Espinoza (2004, p. 102-103):

No Brasil, segundo a Lei de Execução Penal, o trabalho é ao mesmo tempo direito e dever. Existiria uma contradição ou as legislações estariam retrocedendo e desconsiderando as conquistas humanistas no campo da evolução dos sistemas penitenciários? É possível interpretar a LEP sob o ponto de vista garantista e afirmar que o exposto na norma infraconstitucional não pode se opor à Constituição Federal nem ao tratado de direitos humanos, que reconhecem o trabalho como um direito de todo o cidadão, mas também um dever social. Acreditamos que o descumprimento do dever do trabalho ocasiona não a imposição de uma sanção legal, mas simplesmente uma sanção moral. Quando os legisladores da LEP incorporaram a referência ao dever de trabalho, poderíamos deduzir que o fizeram pensando que ele não poderia ser utilizado como argumento adicional para infringir sofrimento ao condenado. Todavia a interpretação garantista não corresponde a intenção real do legislador, visto que a norma penitenciária indica que a recusa injustificada ao trabalho constitui falta disciplinar de natureza grave, sujeito os presos a sanções, tais como o isolamento (na própria cela ou em local adequado) ou a suspensão ou restrição de direitos (como a perda dos dias remidos pelo trabalho), além de provocar a elaboração de laudos com conclusões negativas a respeito da ressocialização.

Reforça-se, portanto, duas questões fundamentais, a primeira é de que o trabalho não pode ser entendido como uma obrigação do preso¹⁶, ainda que a LEP o coloque sob um caráter de dubiedade como “direito-obrigação”¹⁷. Muito menos pode decorrer do seu descumprimento, sanção de qualquer natureza como estabelece o artigo 50, inciso VI da Lei de Execução Penal¹⁸. A segunda questão é de que não há limitação expressa ou implícita a não aplicação dos direitos fundamentais sociais trabalhistas aos indivíduos submetidos à privação de liberdade, em face de uma condenação criminal e que se encontram em uma relação de trabalho.

Além de ser injusto a nosso ver é inconstitucional que o trabalho do preso lhe seja aproveitado apenas para efeitos de remição penal (art. 126 da LEP¹⁹), não gerando efeitos de outra ordem, ou mesmo, que esse seja compreendido como uma obrigação sujeita a punição no caso de seu descumprimento. Neste ponto gostaríamos de fazer um parêntese, comungamos com o entendimento de Estanislau e De Moraes (2017, p. 129) de que o benefício da remição também deverá ser estendido aos presos impossibilitados de trabalhar seja devido a acidente de trabalho sofrido ou devido a

15 *Art. 15 da CR-1988. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.*

16 Deve-se observar que a obrigatoriedade não é extensível aos presos provisórios.

17 *Art. 31 da LEP. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.*

18 *Art. 50 da LEP. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.*

19 *Art. 126 da LEP. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.*

inércia estatal em não disponibilizar oferta de atividade laborativa. Os detentos não podem ser privados de exercerem um benefício legal, em virtude da incompetência do Estado em promovê-lo.

Por fim, como destacado anteriormente, a contradição deverá ser solucionada através dos critérios tradicionais de solução de conflito de normas jurídicas, considerando-se que o § 2º do art. 28 da LEP fora concebido em uma ordem constitucional anterior a de 1988, caracterizada por ser um simulacro de proteção dos direitos e garantias fundamentais, visto que sua construção ocorre durante o período de ditadura civil-militar vivido em nosso país, em que as violações de direitos humanos foram constantes. Sob o ponto da cronologia, entendemos que deverá sobrepor a lógica não restritiva do pleno exercício do direito ao trabalho expressa na Constituição da República de 1988.

Além da avaliação por meio da cronologia do dispositivo supramencionado da LEP, em face da tutela principiológica e normativa da Constituição, também será passível de solução o presente conflito através da análise da hierarquia das normas jurídicas. O § 2º do art. 28 da LEP é parte do texto da Lei n. 7.210/1984 tratando-se, portanto, de uma norma de caráter infraconstitucional. Por outro lado, as normas e princípios de pleno exercício do direito ao trabalho definidos na CR-1988, não trazem como amplamente ressaltado ao longo do presente artigo, qualquer limitação expressa ou implícita ao seu exercício pelas pessoas encarceradas. Desta forma, deve-se entender que não poderia o legislador infraconstitucional estabelecer qualquer restrição no âmbito normativo ao seu pleno exercício. Ao impedir que a atividade laboral do preso se sujeite ao exposto na Consolidação das Leis do Trabalho, a disposição legal vedou o gozo pleno dos direitos trabalhistas insculpidos na Constituição para situações que não poderiam ser limitadas constitucionalmente.

6 | CONCLUSÃO

A situação do cárcere devido aos efeitos que possui expõe os indivíduos a ela submetidos a uma série de limitações nos planos concreto/normativo. Por tais razões, procuramos no presente texto expor um pouco mais de tais mazelas, demonstrando que não há justificativa constitucional ou prática, para impedir o pleno aproveitamento pelos encarcerados dos direitos e efeitos produzidos pela atividade laboral por eles realizada. Apesar de a disposição estar vigente em nossa ordem jurídica desde a metade da década de 1980, poucos autores e a própria jurisprudência nacional tem sido silentes em face desta situação de violação e desrespeito aos direitos dos encarcerados. Entendemos que o problema precisa ser enfrentado e esse seria apenas um início para essa discussão.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- _____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- _____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- _____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- CUNHA, H. D. de O. **Os princípios éticos das políticas públicas de ingresso nas instituições de ensino superior do Brasil**. 2011. 354 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Educação). *Universidad de la Empresa*, Montevideu, Uruguai, 2011.
- DALEPRANE, C. P. **O direito do trabalho do preso como instrumento de ressocialização penal**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 27 mar. 2017.
- DEMO, P. **Metodologia científica das ciências sociais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- ESPINOZA, O. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- ESTANISLAU, C. V.; DE MORAIS, M. T. Trabalho Prisional: Entre a ressocialização do apenado e a violação de direitos fundamentais. **Sistema Prisional: Teoria e Pesquisa**. Fernando Fidalgo e Nara Fidalgo (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2017.
- FUCHS, A. M. S.; FRANÇA, M. N.; PINHEIRO, M. S. de F. **Guia para normalização de publicações técnico-científicas**. Uberlândia-MG: EDUFU, 2013.
- HUMBERTO, A. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2014.
- LENZA, P. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. ed., rev., atual., e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p 42.
- MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAES, G. P. de. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed., rev., atual., e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REY, F. G. **Pesquisa Qualitativa e Subjetividade**: os processos de construção de informação. Trad. Marcel Aristides Ferrada Silva. São Paulo: Thomson, 2005.

SILVA, H. C. da. **Manual de Execução Penal**. 2. ed. Bookseller: Campinas, 2002.

SOCAS, F. P. **O trabalho no sistema prisional como fator de reinserção social do preso e combate a violência**. [s.l.] : [s.e.], [s.d.].

A MEDIAÇÃO E O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE APLICADA À NOVA DIALÉTICA PROCESSUAL

Cristiny Mroczkoski Rocha

Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – Linha 1 (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos). Advogada e Professora (Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS, UNIFIN/RS, CPC Concursos, Andresan Concursos e CETEC Concursos). Contato: cristiny.advogada@gmail.com;

Juliano Alves Lopes

Mestre em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) — Linha 1 (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Contato: lopes@post.com

RESUMO: Observa-se no contexto da sociedade pós-moderna o aparecimento de novos conflitos, novos problemas sociais, de uma crescente liquidez nas relações sociais, que acaba também por desencadear uma procura desenfreada por respostas no âmbito do Poder Judiciário. Contudo, essa forma de enfrentamento de conflitos não permite a inserção dos envolvidos no problema em si, mas sim os insere numa dialética processual que passa a tratá-los como 'partes'. O novo Código de Processo Civil revela essa (tentativa de) volta do olhar aos indivíduos, trazendo a mediação como forma alternativa de resolução de conflitos, ou mesmo de confirmação do

Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade pós-moderna; Mediação, Novo Código de Processo Civil; Estado Democrático de Direito.

THE MEDIATION AND CONTEMPORARY CIVIL PROCESS: AN ANALYSIS APPLIED TO THE NEW PROCEDURAL DIALECTIC

ABSTRACT: It is observed in the context of post-modern society the emergence of new conflicts, new social problems, a growing liquidity in social relations, which also leads to an unrestrained search for answers within the scope of the Judiciary. However, this way of coping with conflicts does not allow the insertion of those involved in the problem itself, but rather inserts them into a procedural dialectic that treats them as 'parts'. The new Code of Civil Procedure reveals this (an attempt to) turn people's gaze back on, bringing mediation as an alternative form of conflict resolution, or even confirmation of the Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: Post-modern society; Mediation, New Code of Civil Procedure; Democratic Rule of Law.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a mediação e seus reflexos na dialética processual

contemporânea. Para tanto, através do método hermenêutico-fenomenológico, primeiramente far-se-á uma abordagem teórica da inserção da mediação de conflitos no Novo Código de Processo Civil, destacando a atual (re)visão do processo sob a égide do Estado Democrático de Direito. Ademais, será feita uma breve revisão do conceito teórico da mediação de conflitos, delimitando seu escopo e princípios orientadores.

Estabelecidas as premissas indispensáveis acerca da temática, analisar-se-ão as disposições legais pertinentes ao instituto da mediação, e como essa forma alternativa de resolução de conflitos resultou na “tradicional” alteração da ordem procedimental.

2 | MEDIAÇÃO, PROCESSO CONTEMPORÂNEO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Um dos grandes desafios da contemporaneidade é um Poder Judiciário que priorize a celeridade com o mínimo de sacrifício da segurança no julgamento, tendo em vista que a estrutura do judiciário já vem demonstrando sua saturação, com o que Boaventura de Souza Santos denominou de explosão de litigiosidade. Por outro lado, nosso sistema judiciário ‘é capitularizado por uma legislação que jurisdiciona quase todos os aspectos da vida social, da família à escola, da cidade ao meio-ambiente’¹.

Sendo assim, a preparação para uma nova ordem processual, principalmente para a abertura às novas formas de resolução de conflitos, mostra-se imperiosa. Primeiro, porque modifica-se a própria sucessão dialética² de atos operacionalizados e juridicamente regulados, que constroem o denominado *procedimento*. Nas palavras de Calamandrei:

Todas las veces que para llegar a un acto de declaración de voluntad del Estado (ya sea una ley, un decreto o una sentencia) se haya preestablecido por disposiciones expresas de carácter instrumental la forma y el orden cronológico de las diversas actividad que deben ser realizadas por las personas que cooperan en la creación del acto final, la sucesión dialéctica de estas operaciones, jurídicamente reguladas en vista de ese fin, constituye un “procedimiento”.³

1 Conforme ensinamentos de Garapon: “A justiça se coloca de maneira mais cotidiana como instância moral à revelia, e o direito como a última moral comum. A longa história da justiça é aquela de sua interferência nas relações cada vez mais íntimas, das quais quase nenhuma foge a jurisdição, como nas relações familiares, amorosas, políticas, comerciais, médico-paciente. Não se trata tanto de controla-las socialmente – o que seria francamente impossível ao juiz-, mas de moralizá-las, ditando a norma. O direito é a última moral num mundo desprovido de preceitos elementares”. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.183.

2 Indudablemente han sido muy útiles los estudios sobre la tónica, la retórica y la dialéctica de la Antigüedad Clásica por que han contribuido a iluminar en detalle y a poner de manifiesto un tipo ejemplar de pensamiento jurídico, que tiene máxima importancia y sumo relieve, lo mismo en las funciones del legislador que en las funciones del Juez. (SICHES, Luis Recanséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. 2ª ed. México: Porrúa, 1973. p. 289)

3 CALAMANDREI, Piero. Ob.cit, p. 50.

Segundo, pelo próprio tratamento dispensado às partes. Isso pelo motivo de que dentro da sistemática processual contemporânea se desdobra a discussão acerca da definição do processo como procedimento com estrutura e desenvolvimento dialético, se essa concepção não possa e não deva significar algo distinto e a mais⁴. Isso se deve a própria égide do Estado Democrático de Direito, onde “...*el proceso reproduce en su estructura, como el cielo reflejado en el agua, la dialéctica del liberalismo y de la democracia.*”⁵ Ocorre assim, a aproximação da dialética processual com a política liberal.⁶

Tem-se, portanto, que o processo passaria a ser concebido como “*medio pacífico de debate dialéctico*” possibilitando que “*el hombre trabajara con ella en paz*”⁷, em uma dimensão ética, superando-se assim o caráter totalitário,⁸ “en el cual el juez lo puede todo y las partes son tratadas como cosas”⁹. A partir disso pode-se dizer que a atual inserção de previsões normativas para a utilização de mecanismos ‘alternativos’ de resolução de conflitos no novo Código de Processo representa uma mudança paradigmática¹⁰, já que

4 No quadro das recentes orientações que tendem à revalorização da retórica,(1) Giuliani (2)tem o mérito de haver tentado recuperar a especificidade dos problemas do processo, ligando-o às técnicas de uma razão social, dialética e justificativa. Neste quadro, o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz (3)e, assim, um momento fundamental do juízo. Enquanto alguns procedimentos são expressões de uma razão calculante como tais ainda formalizáveis (pense-se em algumas técnicas de automação aplicadas à Administração Pública), o processo (quanto menos no seu momento fundamental: o juízo) obedece a uma lógica diversa, a técnicas argumentativas e justificativas. Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito de uma lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável. Quando tratamos de situações conflituais, é possíveis apenas individualizar as estradas irrecorríveis da investigação em termos negativos. O juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações errôneas. A patologia da argumentação permite-nos penetrar tanto na dimensão lógica quanto na dimensão ética do processo: o sofisma não é somente um erro lógico, mas também um ato injusto. (1) PERELMAN-OLBRECHITS-TYTECA, *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958, traduzido por BOBBIO, Turim, 1996.; (2) GIULIANI, *La controversia*, contributo alla logia giuridica, Pádua, 1966, bem como, para uma primeira alicação, PICARDI, *Dichiarazione di fallimento dal procedimneto al processo*, Milão, 1974, pp. 154 e ss.; (3) TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel prgetto di revisione costituzionale*, in. Riv. Dir. Proc., 1998, p. 666.; apud PICARDI, Nicola. ***Jurisdição e Processo***. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. p.143-143.)

5 CALAMANDREI, Piero. ***Proceso y Democracia***. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 154.

6 “Al gran procesalista alemán James Goldschmidt, que murió en el exilio por cauda se la locura racista, debemos la aproximación agudísima entre la dialéctica del proceso, tal como la consideramos actualmente, y la doctrina política del liberalismo. En el prólogo de su obra fundamental, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), expresa que el derecho procesal puede florecer solamente sobre el terreno del liberalismo; y precisamente por esto, en un trabajo dedicado a honrar su memoria lo llamé “maestro de liberalismo procesal”. (CALAMANDREI, Un maestro di liberalismo processuale, in Riv. Dir. Proc., 1951, I, págs.. 1 y sigtes; Apud CALAMANDREI, Piero, Ob. cit, p. 155)

7 VELLOSO, Adolfo Alvarado. ***Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio***. Valencia: Tirant lo Billanch, 2005. p. 66.

8 Diferença entre processo de caráter dialético e totalitário: En el proceso de carácter dialéctico, el fallo constituye la consecuencia que permanece incierta hasta el fin de la marcha del proceso; en el proceso totalitario, la marcha del proceso es la consecuencia de una resolución ya cierta desde el principio. (CALAMANDREI, Piero. Ob. cit, p. 153-154.)

9 CALAMANDREI, Piero, Ob. cit, p. 154.

10 Insere o parágrafo terceiro, do art. 3º, da lei processual, a mediação como forma alternativa de resolução de conflitos: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do

“o modelo conflitual de jurisdição – caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas como indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, no qual um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o direito – que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repõem em pauta a ideia do consenso. Como instrumento para a solução de demandas (...)”¹¹

3 | MEDIAÇÃO: REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE O CONCEITO

Refletindo esse meio pacífico de debate dialético, surge a mediação. Sobre o tema, faz-se necessário relembrar as lições de Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, que afirma que a mediação seria um “processo”, na maioria das vezes formal, pelo qual um terceiro imparcial, por meio da organização das trocas que ocorrem entre as partes, irá possibilitar a elas que confrontem seus pontos de vistas, buscando, com elas, uma solução para o conflito que lhes opõe.¹²

Assim, o elemento fundamental deste conceito parece ser o seu caráter relacional, que envolve a participação de um terceiro na construção de significados e compromissos entre as partes. No mesmo sentido, Luís Alberto Warat propõe a mediação na seguinte perspectiva:

A mediação pode ser vista como uma difundida, complexa e variada corrente de intervenção sobre as relações interpessoais em conflito, um campo grupal constitutivo de relações de ajuda conduzidas por profissionais treinados a partir de um conjunto variado de técnicas, estratégias e saberes que facilitam o diálogo em vínculos conflituos através da descoberta, pelas partes em conflito, de afinidades eletivas que lhes permitem elaborar pontos em comum com o que terminam transformando o conflito em uma relação mais satisfatória.¹³

Para Warat, a mediação deve ser um espaço para a construção do diálogo e, muito mais do que um mecanismo de justiça, uma atividade direcionada à plenitude do ser e a um esforço de reconstrução simbólica das relações interpessoais em conflito¹⁴. A mediação consistiria, portanto, em um conjunto de práticas direcionadas à atribuição ou redefinição de significados aos vínculos relacionais.

Conforme salientam José Luís Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler, “a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas”¹⁵. A mediação refletiria, nesse sentido, uma série de práticas que são desenvolvidas na busca pela concretização de uma ideia de moderação e equilíbrio das relações interpessoais.

processo judicial”.

11 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis.SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*: alternativa à jurisdição! 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.p.120.

12 BONAFÉ-SCHMITT, op. cit., p. 17.

13 WARAT, op. cit., p. 212.

14 Ibid., p. 58.

15 MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. op. cit., 2012. p. 146.

Diferentemente do processo judicial, em que a atuação do terceiro, no caso o juiz, determina o resultado da disputa a partir da formação de uma convicção externa ao conflito, a mediação apresenta a possibilidade das partes resgatarem seu poder decisório, inclusive dispendo sobre questões que normalmente não seriam conhecidas na jurisdição convencional, como, por exemplo, o reconhecimento emocional, a distribuição de afeto, o respeito mútuo, ou, até mesmo, o amor¹⁶. Por tal característica, atribui-se ao procedimento de mediação a capacidade de gerar um resultado muito mais satisfatório às partes, visto que permite conceber um modo particular de produção do direito cuja eficácia, embora limitada às partes, seria plenamente realizada com a identidade entre os interesses das partes e os resultados obtidos. Isso implica também que as partes tenham um envolvimento muito maior com o procedimento e mesmo uma dedicação pessoal para com os vínculos em questão, assumindo também os riscos¹⁷ e efeitos de sua própria liberdade decisória.

Sendo assim, a segurança e eficácia do procedimento de mediação decorrem do comprometimento das partes, uma com a outra, e de cada uma delas consigo mesma.

3.1 Princípios da Mediação

Tanto o atual Código de Processo Civil quanto a Lei de Mediação buscaram apresentar um rol determinado de princípios que devem reger as práticas de mediação. Essa iniciativa pretende descrever em critérios objetivos os pressupostos básicos para que ocorra o procedimento da mediação. É importante salientar que, embora as previsões legais revelem uma tentativa de padronização das práticas de mediação ao delimitar quais são os princípios aplicáveis a estes procedimentos, tais princípios não decorrem apenas da lei, mas de um conjunto de valores extraídos das próprias práticas de mediação, a partir de um processo de consolidação e sistematização. Assim, diferentes autores poderão identificar diferentes princípios aplicáveis ao procedimento.

Também oportuno mencionar que os princípios da mediação, assim como os próprios modelos ou escolas de mediação, não são estanques ou absolutos; deve existir uma permeabilidade destes conceitos de modo a permitir a adaptação das técnicas aplicadas ao caso concreto, conforme a sensibilidade do mediador. Portanto, reitera-se que os princípios devem ser compreendidos apenas como um marco referencial, do qual, por garantia de integridade da própria mediação, não convém afastar-se.

Embora a legislação brasileira se preocupe em listar os princípios aplicáveis à mediação, tais dispositivos não são taxativos e não elencam a totalidade dos princípios aplicáveis à mediação, bem como apresentam algumas dificuldades em relação à

16 WARAT, op. cit., p. 39-47.

17 Ibid., p. 59: “Fala-se de autocomposição na medida em que são as mesmas partes envolvidas no conflito que assumem os riscos das decisões”.

sua integração com o ordenamento processual. O artigo 2º, da Lei nº 13.140/2015, a chamada Lei de Mediação¹⁸, apresenta os seguintes princípios: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; confidencialidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; e boa-fé. Somam-se a esta lista os princípios arrolados no artigo 166, da Lei nº 13.105/2015¹⁹, o “Novo” Código de Processo Civil: princípios da independência e da decisão informada.

O princípio da imparcialidade do mediador é fundamento basilar de todas as práticas de mediação, pois representa a garantia de idoneidade do procedimento, visto que, inexistindo tal imparcialidade, os eventuais resultados estariam evidentemente comprometidos com os interesses do mediador e não das partes. Da mesma forma, o princípio da isonomia corresponde à necessidade de equilíbrio entre as partes, isto é, de que no curso do procedimento as partes tenham o mesmo tratamento e o mesmo protagonismo.

Os princípios da informalidade, da oralidade e da confidencialidade são elementos peculiares das práticas de mediação e representam um importante aspecto de diferenciação dessas práticas em relação ao processo jurisdicional convencional²⁰. São na realidade princípios que se opõem aos princípios consolidados do processo jurisdicional – tais como a formalidade dos atos processuais, o processo escrito e a publicidade – e que caracterizam a mediação como um procedimento *sui generis*, com origens em práticas de caráter privado.

Contudo, no art. 166 do CPC, depreende-se o princípio da independência, que aparenta ter sido concebido a fim de estabelecer uma separação funcional entre a atividade do mediador e a atividade jurisdicional. Ora, pensar em independência não é possível em abstrato. Tal conceito pressupõe a inexistência de um condicionamento em relação a algum objeto. No caso da norma do artigo 166, o objeto ao qual se prescreve a independência da mediação parece ser a ausência de condicionamentos entre a prática da mediação e a atividade jurisdicional. Em outros termos, significa a necessária independência entre mediador e juiz. Esse princípio, portanto, não está destinado a orientar aspectos ontológicos da mediação, dirigindo-se apenas a uma dimensão restrita das práticas de mediação, que é a mediação realizada no âmbito dos tribunais.

Da mesma forma, o princípio da decisão informada também estaria sendo utilizado pela legislação em paralelo com o dever de decisão fundamentada do magistrado. Do ponto de vista do sistema processual e da jurisdição é inconcebível a validade de uma decisão sem o conhecimento dos fatos e do direito. Ocorre que na mediação, por sua lógica peculiar, a busca pela verdade dos fatos ou pela

18 BRASIL. **Lei nº 13.140, de 16 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 19 mai. 2016.

19 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015/2015/lei/l13105.htm>> Acesso em: 19 mai. 2016.

20 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. op. cit., 2012. p. 112.

correspondência com o direito não é prioritária – para isso as partes podem se assessorar com um advogado ou perito, se entenderem necessário. A mediação irá preocupar-se, principalmente, com os interesses e sentimentos das partes. Estes interesses e sentimentos é que compõem o verdadeiro conteúdo material de eventual acordo obtido em mediação.

4 | A MEDIAÇÃO PROPOSTA PELO NOVO CPC

A modernidade traça um caminho de *conflito* entre razão e emoção, permitindo cisões e fraturas vertiginosas e inconciliáveis também entre o pensamento e sentimento, entre mente e coração, e entre verdade e paixão. A racionalidade produziu o eu-máquina. Isso porque trata-se de uma razão instrumental (*Intrumentellen Vernunft*).

Nas palavras de Horckheimer e Adorno: “A racionalidade técnica hoje é a racionalidade da própria dominação. Ela é o caráter compulsivo da sociedade alienada de si mesma.”²¹

Sendo assim, a constatação da insuficiência do discurso moderno deve ser o pilar para construção e desenvolvimento de uma teoria crítica que recupera o lugar do afeto como categoria epistemicamente valiosa e como categoria socialmente relevante. No âmbito processual, essa recuperação pode-se dar através da mediação, que traçou grandes inovações na própria dialética processual.

Pode-se dizer que atualmente busca-se o abandono da condição das *partes* como *gladiadores*, para que passem a assumir a condição de verdadeiros *soldados atenienses*²², forjados no diálogo e no entendimento, através de um modelo diferente dos até então tradicionalmente utilizados (inquisitivo e adversarial): o modelo cooperativo²³.

Além disso, aparece como “remédio” alternativo válido à redução das quantidades de processos que tramitam perante o Poder Judiciário²⁴, que passa a estruturar-se no sentido de estimular todas as formas de autocomposição. Alguns doutrinadores,

21 ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. “Dialética do Esclarecimento.” iBooks. p.288. Disponível em: <<http://lelivros.xyz/book/baixar-livro-dialectica-do-esclarecimento-theodor-adorno-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>> Acesso em 15 jun. 2016.

22 Nesse sentido, ver: Carina Deolinda da Silva Lopes Apud Darci Guimarães Ribeiro, In **Conciliação e mediação no novo código de processo civil: estrutura do poder judiciário para atender esta nova determinação legal – primeiros entendimentos jurisprudenciais**. Disponível em: <<http://fames.edu.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-praticas-restaurativas/e3-03.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2016.

23 Sobre a inserção da cooperação no processo, DIDIER: “Note, enfim, que há o princípio da cooperação, que se destina a transformar o processo em uma “comunidade de trabalho” (Arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro) “e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”, e há as regras de cooperação, que concretizam esse princípio (como, p. ex., a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível)”, In DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.p.130.

24 Conforme MENDES: “O novo CPC baseou-se em paradigmas consolidados como, por exemplo (a) a simplificação procedimental; (b) o prestígio ao contraditório; (c) o estímulo à uniformização da jurisprudência e à obediência aos precedentes; (d) a consagração e positivação das orientações doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias; e, por fim, (e) a sistematização de institutos jurídicos”, In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O “novo CPC” e algumas das principais alterações. Revista Justiça & Cidadania. ed., 176/abr/2015, p42-46.

inclusive, têm a defendido como princípio ou mesmo como ensejadora de criação de princípios:

“Pode-se, inclusive, defender a atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* - obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos”²⁵.

“São nas salas das Defensorias Públicas, ou no bojo dos inquéritos civis, ou ainda no acerto prévio promovido pelos advogados das partes, que se chega a inúmeros e importantíssimos casos de autocomposição, que, pelo novo CPC, tem sido tratado com a atenção necessária, *inclusive colocando a mediação como um dos princípios modernos do processo civil.*”²⁶

A mediação é um procedimento, consoante já aludido, que oferece àqueles que estão vivenciando um conflito, comumente decorrente de alguma *relação continuada*, a *oportunidade* (pois poderá não ser compulsória às partes)²⁷ e o ambiente adequados para encontrarem juntos uma solução para o problema. Tem por características: (a) ser sigilosa²⁸; (b) ter mediador escolhido pelas partes ou pelo Tribunal; (c) o mediador pode se reunir com as partes em conjunto ou separadamente; (d) suspende o prazo prescricional; (e) finda com a celebração do acordo ou com a declaração do mediador ou de qualquer das partes de que não há obtenção de consenso; (f) pode ser feita por internet ou por qualquer outro meio de comunicação a distância, desde que as partes estejam de acordo; (g) é permitida que parte domiciliada no exterior se submeta à mediação conforme as regras da lei brasileira.

A mediação (assim como a conciliação) podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente²⁹. Sendo na via judicial, o mediador é considerado um auxiliar da justiça,

²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.p.166.

²⁶ ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil.5ª** ed. rev. e atual.Rio de Janeiro: Forense, 2015.p.509.

²⁷ A audiência de mediação não será realizada se o conflito não admitir autocomposição ou se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual. Ademais, há também a hipótese de haver cláusula *opt out*, conforme ensinamentos de Marcelo Mazzola: “Tema instigante e que vem gerando debates no meio acadêmico gira em torno da validade da cláusula *opt out* de mediação, pela qual os contratantes acordam desde logo que, na hipótese de eventual ação judicial decorrente de controvérsia ou descumprimento do contrato, não têm interesse na realização de audiência de mediação.Essa cláusula de *opt out*, também conhecida como cláusula de retirada ou autoexclusão, tem inspiração nas *class actions* dos Estados Unidos, nas quais os representados têm *right to opt out*, isto é, o direito de se retirar da demanda coletiva ou de não se beneficiar dela. Ao que parece, essa cláusula revela eventual preocupação dos contratantes em otimizar o tempo na esfera judicial, evitando atos processuais que, na visão deles, seriam desnecessários, *In A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC*. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC>>. Acesso em 23.06.2016.

²⁸ Há exceções ao sigilo: (I) ocorrência de crime de ação pública; (II) decisão expressa das partes em revelar a informação sob sigilo a terceiros; (III) divulgação da informação sob sigilo exigida por lei; (IV) acordo obtido pela mediação assim o determinar. As informações sigilosas obtidas na mediação não podem ser apresentadas em processos judicial ou arbitral como provas.Os Tribunais devem criar Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

²⁹ A lei 13.140/15 trata da mediação, tanto entre particulares, como também em relação aos órgãos da Administração Pública. É cabível em conflitos que versem sobre direitos disponíveis, ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3o, Lei 13.140/15). Também é possível que a mediação seja total ou parcial. A mediação pode ser tanto extrajudicial (arts. 21 a 23 da Lei 13.140/15) como judicial (arts. 24 a 29 Lei 13.140/15). Se o acordo da mediação extrajudicial não for homologado judicialmente, ele constituirá título executivo extrajudicial.

Ihe sendo aplicadas as regras relativas a esse tipo de sujeito processual, inclusive em relação ao impedimento e à suspeição³⁰. O mediador pode ser funcionário público ou profissional liberal (art. 167, CPC), sendo remunerados pelo trabalho realizado ou a exercendo de maneira *pro bono*, como trabalho voluntário (art. 169, §1º, CPC).

O profissional que realizará a mediação precisa ter cadastro perante o Tribunal (art. 168, §1º), sendo isso relevante pelo motivo de, tanto os mediadores como os conciliadores, deverem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da justiça (art. 167, §1º, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ). Ademais, dentre as previsões contidas na referida Resolução do CNJ, está prevista, entre outras medidas, a criação de um *Sistema de Mediação e Conciliação Digital* ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação; (Art. 6º, X).

De fato, a mediação processual institucionalizada torna “digital” ou mesmo “rasa” a proposta de amor buscada por Warat³¹. Isso porque,

“a autocomposição não deve ser vista como uma *forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos*. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento”³².

5 | CONCLUSÃO

Defendeu-se por toda a explanação delineada no trabalho a utilização da mediação como mecanismo-procedimento efetivador-realizador de um novo papel das partes e do próprio processo sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Se o for, será título executivo judicial. Na mediação judicial o juiz poderá arquivar o acordo (será título executivo extrajudicial) ou, se for requerido pelas partes, poderá homologar o acordo (título executivo judicial). O NCPC determina que o juiz homologue o acordo no caso de mediação judicial (art. 334, § 11, NCPC). Antes de homologar judicialmente o acordo, o magistrado deve ouvir o Ministério Público (art. 3º, §2º, Lei 13.140/15). Se autor e/ou réu não comparecer e não justificar o não comparecimento à audiência de conciliação, será sancionado com multa de até 2% da vantagem econômica preterida, ou do valor da causa, e esse valor será revertido em favor da União ou do Estado, em razão de tal não comparecimento injustificado ser ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334, § 8º).

30 Arts. 148, II, 170 e 173, II, CPC.

31 Conforme matéria veiculada na revista “Isto é”: “Para os brasileiros que não conseguem resolver problemas de negociação de dívidas, *conflitos familiares* ou de consumo e pensam em entrar na Justiça, já existe uma alternativa mais rápida e econômica. Criada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a primeira Câmara Privada de Mediação e Conciliação, cadastrada no Tribunal de Justiça de São Paulo, tem como objetivo *diminuir o número de processos que chega à Justiça e facilitar o caminho de quem precisa de ajuda judicial*. Por meio do aplicativo de celular, chamado JusPro, o “reclamante” pode resolver conflitos de forma amigável entre as partes. “As pessoas conseguem solucionar suas demandas cíveis e comerciais com segurança e celeridade”, diz Ricardo Freitas Silveira, diretor da JusPro. A expectativa da empresa é atender até final do ano 50 mil reclamações”, *Revista ISTO É*, ano 39 – nº 2430, de 6 JUL/2016, p.75. ISSN 0104-3943.

32 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.p.278.

Ativa-se, portanto, a própria democracia participativa, através do *diálogo* perfectibilizado pelo *instrumento processual*. Isso porque, ao longo do Novo Código de Processo Civil, se depreendem 22 (vinte e duas) ocorrências sobre *mediação*, revelando uma considerável mudança propugnada pelo novo diploma, quando os anteriores sequer faziam menção expressa a instrumentos alternativos de resolução de conflitos.

Buscou-se, assim, propiciar às partes a *participação real e efetiva* na construção da dialética processual, da própria decisão judicial que venha a ter que ser prolatada na ineficiência da resolução alternativa de conflitos, servindo a mediação como legítimo pilar do processo civil contemporâneo, quando não mais se questiona que toda decisão de conflito é *ato de poder, diga-se, de poder político*.³³

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. iBooks. p.288. Disponível em: <<http://lelivros.xyz/book/baixar-livro-dialetica-do-esclarecimento-theodor-adorno-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>> Acesso em 15.06.2016.

BEZERRA, Tássio. **A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito**. Revista Direito & Sensibilidade. 1.ª ed. 2011. p.211-226 Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/enedex/article/download/4356/3655>. > Acesso em 20 jul. 2016. p. 212;

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis.SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). **O Estado e suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. **La médiation: une justice douce**. Paris: Syros-Alternatives, 1992.

CACENOTE, Ana Paula; BERTASO, João Martins. **A mediação como paradigma sociocultural na realização da cidadania**. p.23-43. Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/OP2h39N7b4l3cG6S.pdf> > Acesso em: 19 jul. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_2_9112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2016.

DEUTSCH, Morton. Conflict Resolution: Theory and Practice. **Political Psychology**, Vol. 4, nº 3, 1983. p. 431-453.

³³ **PASSOS, J. J. Calmon. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p, 70.**

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

EGGER, Ildemar. **O papel do mediador**. 2005. Disponível em: < <http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm> > Acesso em: 14 jul. 2016.

FISS, Owen. "**Contra o acordo. Um novo processo civil**". Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004.

FROMM, Erich. **La revolución de la esperanza**. Daniel Jiménez Catillejo, México: Fondo de Cultura económica, 2003.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIULIANI, *La controversia, contributo ala logia giuridica*, Pádua, 1966.

LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Conciliação e mediação no novo código de processo civil**: estrutura do poder judiciário para atender esta nova determinação legal – primeiros entendimentos jurisprudenciais. Disponível em: < <http://fames.edu.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-praticas-restaurativas/e3-03.pdf> > Acesso em: 10 jun. 2016.

MATOS, Simone Avila De; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann; HAHN, Noli Bernardo. **Direito fraterno e mediação em Luis Alberto Warat**: o conflito como uma oportunidade. XIX Jornada de Pesquisa. 2014. Ijuí. Disponível em: < <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/download/3565/2964> > Acesso em: 15 jul. 2016.

MAZZOLA, Marcelo. **A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC> >. Acesso em 23.06.2016.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. **Mediação Waratiana**: Uma Aposta Na Alteridade. p. 200-219. Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2016. p.209

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O "novo CPC" e algumas das principais alterações**. Revista Justiça & Cidadania. ed., 176/abr/2015.

PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERELMAN-OLBRECHITS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle théorique*, Paris, 1958, traduzido por BOBBIO, Turim, 1996.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspecto da lógica da decisão judicial**. 2.ed. Campinas:Millenium, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do Direito. In.: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2012

SANTANA, Leonardo Campos Paulistano de. ***A Vida Democrática na América Latina Nos Últimos Trinta Anos: Tópicos Sobre Educação E Cidadania Em Law***. p. 60-77. Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/nxnXOpe1Tw46dE6n.pdf> > Acesso em 18 jul. 2016.

SORENSEN, Georg. **La Transformación del Estado**: Más allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

SUARES, Marinés. **Mediação**: Condução de disputas, comunicação y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2008.

TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, In. *Riv. Dir. Proc.*, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandon do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.v.1.

A UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS DISPOSTOS NA INTERNET: SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE EM UMA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

Paula Maria Oliveira de Macedo

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Telêmaco Borba – Paraná

Pedro Fauth Manhães Miranda

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

(PUCPR) Curitiba – Paraná

RESUMO: A presente pesquisa aduz sobre o direito à privacidade frente ao uso de dados pessoais postos em perfis on-line. Nesse contexto, o trabalho busca analisar a contingência de uma legislação que assegure, com eficiência, a proteção a esses dados, haja vista as possíveis violações aos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 se tais dados forem utilizados de forma indevida. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, analisando as doutrinas pertinentes, assim como os artigos e legislação referentes ao tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à privacidade; uso de dados pessoais; sociedade tecnológica.

THE USE OF PERSONAL DATA DISPOSED ON THE INTERNET: ABOUT THE RIGHT TO PRIVACY IN A TECHNOLOGICAL SOCIETY

ABSTRACT: This research adds about the right to privacy regarding the use of personal data placed in online profiles. In this context, the

paper seeks to analyze the contingency of a legislation that effectively ensures the protection of these data, given the possible violations of fundamental rights positivized in the 1988 Constitution if such data are misused. For that, the deductive method was used, analyzing the pertinent doctrines, as well as the articles and legislation referring to the proposed theme.

KEYWORDS: Right to privacy; use of personal data; technological society.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a análise da segurança dos dados pessoais que estão inseridos na atual sociedade digital e tecnológica. Verifica-se que a recente transformação dos meios de comunicação traz consigo uma vigilância virtual que tende a pressionar e debilitar o espaço da privacidade, utilizando os dados íntimos para finalidades em que o consentimento dos usuários é ausente, debilitando, assim, um direito fundamental dos cidadãos: o direito à privacidade. Esse direito, expresso na Constituição Federal de 1988, queda-se cada vez mais vulnerável diante das transformações culturais, sociais e tecnológicas e, tendo em vista que o acesso às informações sobre a vida privada e familiar tornou-se

facilitado – em decorrência do insofismável avanço tecnológico – e, ademais, que o processo de informatização foi inovado pelos mecanismos dispostos na internet, a perspectiva de privacidade foi alterada. O resultado é uma problemática outrora inexistente: a urgência de proteção aos dados dos usuários.

No Brasil, o uso de dados pessoais não é tutelado com eficácia pelo ordenamento jurídico, possuindo, apenas, algumas recentes legislações que não tratam com seguridade os dados íntimos. Nesse sentido, esta pesquisa visa analisar, por meio de uma pesquisa exploratória, como a legislação brasileira contempla os direitos dos cidadãos no campo virtual, bem como a possibilidade de os dados serem utilizados de forma benéfica tanto pelos usuários quanto pelos interessados em sua coleta.

Interessa, portanto, compreender os mecanismos disponíveis que amparam os dados pessoais de usuários brasileiros perante o avanço tecnológico e como o direito à privacidade dos cidadãos se configura frente ao uso de dados postos na internet. Outrossim, é de extrema importância que o assunto seja abordado pela seara jurídica, haja visto os inegáveis reflexos potencialmente negativos sobre os bens jurídicos pessoais dos indivíduos cujos dados se encontram digitalizados.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

A princípio, convém esclarecer que a privacidade será, por ora, analisada como exemplo de direito fundamental, de modo a afastá-la da categoria dos direitos humanos, pois enquanto estes são previstos em documentos internacionais, aqueles detêm caráter constitucional, sendo, portanto, especificamente reconhecidos por determinada Lei Maior pátria. Neste sentido, o direito à privacidade, além de ser resultado de um gradual processo histórico e sociológico, é classificado como inalienável, irrenunciável e indivisível, tendo inegável importância para a seara jurídica e social.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda que houvesse indício a respeito da proteção aos direitos fundamentais em Constituições anteriores, que incidiam indiretamente na privacidade, tais como a inviolabilidade de domicílio, o sigilo das correspondências e das comunicações, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que os direitos à vida privada e à intimidade ganharam expressa referência, conforme enuncia o artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Porém, a mera previsão expressa deste direito não lhe garante eficácia, de modo que ainda restam problemáticas no que concerne à sua aplicabilidade e limitação. Tendo isso em vista, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira se debruçam sobre tal dilema, sustentando que

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações

que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Alguns outros direitos fundamentais funcionam como garantias deste: é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, da proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada. Instrumentos jurídicos privilegiados de garantia deste direito são igualmente o sigilo profissional e o dever de reserva das cartas confidenciais e demais papéis pessoais (CANOTILHO; MOREIRA, 2007 p.467).

No que tange as informações sobre a vida privada e familiar no meio virtual, como o legislador originário não previa a internet como um futuro banco de dados de informações pessoais, a Constituição brasileira, apesar de proteger a intimidade em seu citado artigo 5º, X, não confere forte proteção aos dados digitais. Observe-se que o artigo 5º, XII não menciona dados digitais ou informações publicadas na internet, prevendo apenas a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (BRASIL, 1988), além de requisitos rigorosos para a quebra do sigilo somente destas últimas (MARMELSTEIN, 2014).

Outras legislações brasileiras mais modernas se referiram ao tema, tais como a Lei do Cadastro Positivo, a Lei do acesso à Informação e o recente Marco Civil da Internet. No entanto, essas leis também não contemplam com eficácia o uso dos dados íntimos e não conseguem proteger a privacidade dos internautas que, muitas vezes, é ferida por interesses governamentais com a justificativa de segurança pública e de marketing por empresas (GHISLENI, 2015). Como exemplo desses interesses, destaca-se a recente crítica feita pelos legisladores e autoridades regulatórias dos Estados Unidos e Europa sobre as revelações de que nos últimos dez anos a empresa *Facebook* teria fechado acordos com pelo menos outras 60 empresas de eletrônicos, permitindo o acesso aos dados dos usuários do *Facebook* sem o consentimento explícito deles (MENÁRGUEZ, 2018).

Tal crítica agravou ainda mais o escândalo do compartilhamento dos dados de cerca de 84 milhões de usuários do *Facebook* para a empresa britânica *Cambridge Analytica*, acusada de utilizar tais dados para fins eleitorais nas campanhas do então candidato à presidência Donald Trump. Mark Zuckerberg – dono da rede social *Facebook* – está respondendo perante vários países sobre o vazamento de dados, inclusive os de 443.117 mil brasileiros (CANO, 2018).

Nota-se que os dados íntimos são onipresentes no mundo virtual e sua utilização é cada vez mais rotineira, evidenciando o debate sobre o direito do indivíduo de controlar a circulação de informações que dizem respeito à sua vida, servindo de base para que leis de proteção de dados pessoais fossem desenvolvidas.

O tratamento autônomo da proteção de dados pessoais se encontra, hoje, fortemente enraizado em diversos ordenamentos jurídicos e é caso emblemático de uma tendência que, a princípio, parecia apenas destinada a mudar determinado patamar tecnológico e solicitar previsões pontuais no ordenamento, mas que, em seus desdobramentos, veio a formar as bases para o que vem sendo tratado como

um direito fundamental à proteção de dados (DONEDA, 2011).

É nesse contexto que, atualmente, os dados digitais devem ser circundados de proteção desde a sua coleta – a qual deve ser leal e transparente – até a sua finalidade – declarada de modo que as pessoas estejam cientes e bem informadas –, não ausentando aqui a importância da proteção aos dados sensíveis, categoria que identifica, de forma direta ou indireta, características específicas como a origem racial, as opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, bem como a orientação sexual dos usuários, os quais devem ser respaldados ainda mais de tutela jurídica (SARLET, 2017).

Convém ressaltar que, conforme expressa o pensador Zygmunt Bauman (2014, p.25), os adolescentes estão aprendendo a “arte de viver numa sociedade confessional”, que se destaca por eliminar a diferença entre o privado e o público, por tornar a exposição da vida privada uma “virtude e obrigação pública”. Para ele, a população se insere dentro de uma “modernidade líquida”, na qual a sociedade está em constante movimento e os indivíduos fazem questão de expor suas vidas particulares, tornando-as propriedade comum de todos, parecendo não sentir prazer em ter segredos.

No cerne das redes sociais há um intercâmbio de informações pessoais. Os usuários sentem-se felizes por “revelar detalhes íntimos de suas vidas pessoais”, “postar informações precisas” e “compartilhar fotos”. Estima-se que 61% dos adolescentes do Reino Unido com idade entre treze e dezessete anos “têm um perfil pessoal num site da rede” que lhes permite “conviver online” (BAUMAN, 2014, p.24).

No Brasil, o número de usuários em 2015 já ultrapassava o marco de 100 milhões, tornando o Brasil o 4º país com maior número absoluto de usuários de internet. (ONU, relatório, 2017). Logo, mais da metade da população brasileira é consumidora dos serviços que o mundo virtual dispõe, tornando essa parcela suscetível às exposições de sua vida privada e conseqüentemente ao vazamento ilícito de seus dados por terceiros.

Todavia, a privacidade dos cidadãos deve se fazer presente e ser respeitada mesmo quando há compartilhamento das informações por parte dos próprios usuários, pois o mais importante é a natureza dessa exposição de informações e o que é feito posteriormente com a mesma. Tendo em vista que a exposição de dados é frequente dentro da sociedade atual que é conectada virtualmente, traz-se à tona a ideia de que a conjuntura atual do uso de dados pessoais urge de legislação específica.

2 | A PROTEÇÃO DOS DADOS

Ao discutir sobre privacidade, verificamos que definir e delimitá-la não é assunto estritamente dogmático, já que ela está conectada aos valores e projeções do homem em sociedade, refletindo num forte conteúdo social e ideológico. Logo, a demasiada

série de opiniões que pode ser elencada sobre o tema não é fato surpreendente, podendo-se averiguar seus defensores e até mesmo quem negue sua existência (DONEDA, 2006).

No entanto, com o processo de informatização virtual se inserindo dentro da sociedade atual, a noção de privacidade circunda cada vez mais as informações contidas em bancos de dados, sendo primordial o reconhecimento pelo indivíduo das informações que são armazenadas sobre si mesmo e utilizadas por outros, até mesmo porque os usuários de mídias sociais são mais vigiados e controlados pelos mecanismos que estas viabilizam. Logo, é natural que se elabore legislação que trate do tema, sendo o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) uma das mais recentes e essenciais leis referentes a esta temática. Contudo, apesar de enunciar garantias, princípios, direitos e deveres sobre o uso da internet no Brasil, ela possui certa insuficiência protetiva, o que foi sanado em parte, como há de se verificar adiante. De qualquer forma, é interessante observar o artigo 3º da presente lei, o qual concretiza a preocupação ora exposta:

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. (BRASIL, 2014)

A necessidade da funcionalização da proteção da privacidade, mediante a mutação de costumes e culturas, fez com que a partir dela surgisse o dispositivo da proteção aos dados pessoais. Visando corrigir tais problemas, o governo brasileiro introduziu debates públicos para a elaboração da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais (LGPD – Lei 13.709/2018), a qual foi sancionada em agosto de 2018 e entrará em vigor em agosto de 2020. Nela, há um rol de princípios mais amplo que o do Marco Civil, além da possibilidade de o cidadão controlar melhor a divulgação dos seus dados pessoais. Interessante verificar, por exemplo, que há seções específicas voltadas aos requisitos para o tratamento de dados pessoais; para o tratamento de dados pessoais sensíveis; para o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes; e, inclusive, para o término do tratamento de dados.

A lei teve por base outras já em vigência no âmbito internacional, como, por exemplo, a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (EC 95/46) e a Lei de Proteção de Dados Canadense. Porém, apesar de representar significativo progresso para a regulamentação de dados pessoais e sua segurança, a lei ainda possui algumas problemáticas deixando a desejar em determinados pontos, pois mesmo que represente um grande avanço para a regulamentação de dados pessoais, ainda existem algumas dificuldades no seu texto, como a exceção da necessidade do consentimento em relação a dados de acesso público irrestrito do artigo 11 (GHISLENI, 2015).

Ademais, por meio da Lei nº 13.853 (BRASIL, 2019), foi determinada a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), responsável por zelar e fiscalizar o cumprimento da LGPD, além de aplicar as sanções previstas para as empresas (públicas ou privadas) que descumprirem as exigências postas. O órgão ficará subordinado diretamente à Presidência da República nos dois primeiros anos de sua implementação, sendo transformada em autarquia em seguida, com completa independência de atuação, o que deve resultar em um avanço significativo no comprometimento do Estado em fiscalizar e proteger os dados de milhões de brasileiros.

3 | CONCLUSÃO

O tema torna-se relevante a partir do momento em que envolve uma afronta ao direito à privacidade, direito este que se enquadra como um direito fundamental, sendo – como o próprio nome indica – essencial para o ser humano e a sua dignidade. Ademais, há o fato de que as dificuldades e os riscos enfrentados pela privacidade de dados pessoais na sociedade atual não são discutidos ao ponto de encerrar a clara dificuldade de criação de leis eficientes envolvendo a problemática exposta neste texto. Urgindo, portanto, um maior entendimento prévio do assunto pelo legislador e pelos aplicadores do direito.

O tema, de inegável cunho social, tange diversos pontos essenciais presentes na sociedade moderna, como a internet e o mundo tecnológico, o acesso à informação e a globalização da mesma, bem como o enlace desses dados com assuntos políticos e econômicos além de temas da seara jurídica. Assim sendo, faz-se necessária uma legislação pertinente, a qual vise a sintonia entre o avanço social e o Direito, sempre respeitando os princípios e garantias fundamentais. É de se esperar, além disso, que a sua aplicação seja realizada de modo efetivo e democrático. O mundo é volúvel e se altera com o passar do tempo e, em conjunto, o Direito deve corresponder a essa evolução, fazendo-se sempre presente e atual, para que possa assegurar os direitos essenciais, como o brevemente analisado neste artigo.

O interesse que se mostra preponderante é sempre a vida humana e o respeito das escolhas dos indivíduos. Sempre se atendo ao preceito vital da não interferência

nos direitos fundamentais dos seres humanos. Conduzindo, dessa forma, o país ao progresso e à melhor qualidade de vida da população.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 de abril de 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 14 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília, 8 de julho de 2019.

CANO, Rosa Jiménez. Mais de 400 mil brasileiros foram afetados pelo vazamento de dados do Facebook. **El País Brasil**. Publicado em 05/04/2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/04/tecnologia/1522874235_618558.html> Acesso em 08 de junho de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

DONEDA, Danillo, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, 1ª Edição, Brasil: Renovar, 2006.

DONEDA, Danillo. **A Proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**, Espaço jurídico, v.12 n.2, 2011.

GHISLENI, Eduardo Steffenello. **Vigilância na sociedade em rede**: a coleta de dados pessoais na internet e suas implicações ao direito à privacidade. Santa Maria: Monografia de Graduação na UFSM, 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2821/MONOGRAFIA%20EDUARDO%20S%20GHISLENI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 06 de junho de 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Ed. 6ª, São Paulo: Atlas, 2014.

MENÁRGUEZ, Ana Torres, Facebook compartilhou dados dos usuários com fabricantes de celulares. **El País Brasil**. Publicado em 04/06/2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/04/tecnologia/1528102021_796611.html> Acesso em 08 de junho em 2018.

MONTEIRO, Renato Leite; LIMA, Caio César Carvalho. **Comentários ao Anteprojeto de Lei brasileiro sobre proteção de dados pessoais**. 01 de maio de 2011. Disponível em: <<https://blog.security-breaches.com/2011/05/01/comentarios-ao-anteprojeto-de-lei-brasileiro-sobre-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em 06 de junho de 2018.

ONUBR, **Brasil é o quarto país com mais usuários de Internet do mundo, diz relatório da ONU**. Publicado em 03/10/2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-e-o-quarto-pais-com-mais-usuarios-de-internet-do-mundo-diz-relatorio-da-onu/>> Acesso em 08 de junho de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. **Curso de Direito Constitucional**. Ed.6ª, São Paulo: Saraiva, 2017.

ABANDONO AFETIVO: SUAS CONSEQUÊNCIAS IRREVERSÍVEIS BEM COMO A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Leyde Renê Nogueira Chaves

Advogada inscrita na OAB/PI nº 177, Professora da ESAPI e da UESPI, Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direitos Humanos, Mestre. E-mail: leyde.nogueira@outlook.com. Orientadora.

UESPI-Universidade Estadual do Piauí
Teresina -Piauí

Raquel Adriana Machado de Brito Araújo

Advogada inscrita na OAB/PI nº 15423, atuante em Direito das Famílias e Sucessões. Sócia Fundadora da RAQUEL ARAÚJO Advocacia e Consultoria. Pós-graduada em Coordenação e Supervisão Pedagógica. Professora da Rede Municipal de Teresina. Licenciada em pedagogia pela Faculdade Piauiense-FAP. Bacharela em Direito pelo Centro de Ensino Superior Vale do Parnaíba - CESVALE. E-mail: raqueladriana5@hotmail.com, Orientanda.

RESUMO: O presente artigo de revisão bibliográfica tem por objeto de estudo o abandono afetivo e seu dano profundo e irreversível, bem como a reparação deste dano com a aplicabilidade da Responsabilidade Civil no Direito das Famílias ressaltando a importância do princípio da afetividade como base estrutural da família contemporânea. Com fim da família patriarcal, teve início uma nova concepção de família, baseada no vínculo afetivo e o conceito de poder familiar tornou-se sinônimo de proteção e surgiram mais obrigações e

deveres a ambos os pais para com seus filhos. Ocorrendo o descumprimento de tais deveres e obrigações e a ausência de algum no tocante ao afeto, surge à responsabilidade civil. E as alterações na legislação brasileira, onde a Constituição Federal de 1988 adotou uma nova ordem de valores igualou homens e mulheres, dando ênfase ao afeto e priorizando a dignidade da pessoa humana, proibindo qualquer discriminação sobre os filhos seja qual for a sua origem, ressaltando que o princípio da afetividade se torna fundamental no direito das famílias.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo. Dignidade Humana.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study affective abandonment and its profound and irreversible damage, as well as the reparation of this harm with the applicability of Civil Responsibility in Family Law, highlighting the importance of the affective principle as the structural basis of the contemporary family.

With the end of the patriarchal family, a new conception of family began, based on the affective bond and the concept of family power became synonymous with protection, more obligations and duties arose to both parents towards their children. In the event of noncompliance with such duties and obligations and the absence of any concerning affection, it arises from civil

liability. And the changes in Brazilian legislation, where the Federal Constitution of 1988 adopted a new order of values equaled men and women, emphasizing affection and prioritizing the dignity of the human person, prohibiting any discrimination on the children regardless of their origin, emphasizing that the principle of affection becomes fundamental in the law of families.

KEYWORDS: Family - Responsibility - Affective Abandonment - Human Dignity

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir aspectos a respeito do abandono afetivo nas relações familiares tendo como objetivo a responsabilidade civil dos pais. As relações familiares passaram a ser identificadas pelo vínculo de afetividade entre seus membros, mostrando que o princípio da afetividade vem se destacando dentro da legislação brasileira e tornando-se fundamental no âmbito do direito das famílias. Assim sendo, nossa legislação impõe deveres aos pais em relação aos filhos e quando esses deveres são descumpridos, os pais devem ser responsabilizados por abandono afetivo. Haja vista, os pais têm o dever de educar, assistir, cuidar, participar do desenvolvimento e dispor de condições necessárias para que seus filhos possam ser criados em um ambiente saudável com amor e carinho.

Observaremos as mudanças ocorridas ao longo do tempo nas famílias e as alterações na legislação brasileira, onde a Constituição Federal de 1988 adotou uma nova ordem de valores igualou homens e mulheres, dando ênfase ao afeto e priorizando a dignidade da pessoa humana, proibindo qualquer discriminação sobre os filhos seja qual for a sua origem, ressaltando que o princípio da afetividade se torna fundamental no âmbito do direito de família.

Fazendo-se estas observações poderá se notar o quão importante é o cumprimento da lei, para que não gere danos irreparáveis na pessoa dos filhos, onde o causador do dano deverá reparar o ilícito causado. Verifica-se, que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, demonstrando que o causador do dano não ficará impune diante do ato cometido, servindo de exemplo para aqueles que pretendem cometer o mesmo dano.

METODOLOGIA

Como metodologia, utilizou-se o estudo de bibliografias de alguns doutrinadores brasileiros, contando, subsidiariamente, com sites e artigos voltados ao tema em questão bem como a legislação oficial.

I-A Família e a Construção da Afetividade

Direito de Família: Conceito e Evolução

O conceito de família é alvo de uma multiplicidade de conceitos. Definiremos

família como um elemento ativo, pois se encontra sempre em mudanças para melhor atender uma sociedade em constante evolução.

Assim, torna-se a base da sociedade para o ser humano, revelando-se como o ramo do direito que está ligado diretamente a vida.

A evolução do conceito de família fez com que ocorresse diversas alterações na legislação brasileira. No entanto a Constituição Federal de 1988 adotou uma nova ordem de valores quando igualou homens e mulheres, dando ênfase ao afeto e priorizando a dignidade da pessoa humana. Logo o Direito das famílias sofreu diversas mudanças e a legislação e jurisprudência tiveram que acompanhar as evoluções com a finalidade de proteger a família e seus membros.

A família recebe proteção do Estado, independente de forma como é concebida, em conformidade com o caput do artigo 226 da constituição Federal de 1988 que diz: “ Família, base da sociedade, tem especial proteção do estado cumpre o seu papel que é o de protege-la independentemente de sua forma de constituição”.

Neste sentido Maria Berenice Dias diz (2006):

“Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. ”

Assim com as mudanças ocorridas o princípio da afetividade é a tendência atual e o vínculo do afeto que existe entre pais e filhos é mais forte que o consanguíneo.

Acerca do tema, Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira (2011) diz:

“O trago principal que identifica é o vinculo de afetividade. Onde houver envolvimento de vida com mutuo afeto é imperioso reconhecer que aí se está no âmbito do Direito das famílias. ”

Atualmente, os mais variados tipos de família não estão ligados somente aos fatores biológicos e sim aos afetivos. Desta forma a afetividade sobressai o consanguíneo. A família tornou-se o meio funcional para que haja bom desenvolvimento da personalidade de seus membros, principalmente a criança e o adolescente.

Há de se ressaltar que a família contemporânea se funda na afetividade que surge em decorrência da convivência entre seus membros, juntamente com a reciprocidade de sentimentos, pois a sustentabilidade da família se dá diante da existência do afeto.

Nessa compreensão, a base da família moderna valoriza o elemento abstrato do sentimento, que se traduz em alicerce da relação familiar. Sendo assim, a noção de entidade familiar se constrói no afeto cultivado dia a dia, no companheirismo, cooperação, amizade e cumplicidade, que deve estar presente tanto na relação entre casais como na relação entre pais e filhos.

Na esteira da evolução, com os laços de afeto derivados da convivência familiar

foi instalada uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo-se valor jurídico ao afeto e evidenciando que o princípio norteador do direito das famílias é o Princípio da Afetividade. É cabível dizer que esse princípio tem fundamento constitucional, tendo em vista que a Constituição abriga princípios implícitos, os quais decorrem naturalmente de seu sistema. Há algumas referências, cuja a interpretação sistemática conduz a esse constitutivo da evolução social da família, como o regido no **art. 227, § 6º** em que *“todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem”*; **art. 227, §§ 5º e 6º** *“ a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos;”* **art. 226, §§ 3º e 4º** *“ a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos e a união estável têm a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida;”* **art. 226, §§ 3º e 6º** o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça.

Esse é, aliás, o pensamento de Paulo Luiz Lôbo (2015) que, com propriedade, observa:

“Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. A fortiori, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares. ”

Note-se que a afetividade decorre da valorização constante da dignidade humana e nesse sentido esse sentimento passou a ser considerado como fator relevante quando das soluções dos conflitos familiares e onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originárias e final, haverá família.

II-Evolução histórica do direito de família

As famílias evoluíram com o passar dos tempos juntamente com a sociedade, trazendo para si maiores direitos, e fazendo com que o Direito principalmente no campo das famílias acompanhasse esse desenvolvimento.

No direito romano existia a figura do chefe de família, onde tudo e todos eram subordinados a ele, como nos traz em seus ensinamentos Carlos Roberto Gonçalves (2012):

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae AC necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais a até mesmo tirá-los a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser

repudiada por ato unilateral do marido.

Nossa realidade é outra, as mulheres são independentes, trabalham criam e educam seus filhos, muitas vezes sozinhas, sem a presença de um pai, e atualmente os filhos começam a trabalhar cedo, criando-se assim, sua própria independência. Discorre Maria Berenice Dias (2006),

A maior atenção as pessoas até os 18 anos de idade ensejou uma sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Visando a dar efetividade ao comando constitucional, o ECA é todo voltado ao melhor interesse de crianças e jovens, reconhecendo-os como sujeitos de direito atentando mais as suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento.

Deste modo, os filhos não mais são subordinados a seus pais, lhes devem respeito, porém, os pais não possuem mais direito de vida ou morte sobre os filhos.

III-Princípio da afetividade

O princípio da afetividade grande norteador do Direito das Famílias se reúne com o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e com o princípio da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos. Segundo o doutrinador Paulo Lôbo (2015):

[...] é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. [...] O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. (LÔBO, 2015).

A família é uma construção social ancorada no vínculo afetivo, com objetivo de unir pessoas, originando a entidade familiar. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2011) ensina que:

Embora o princípio da afetividade não esteja expresso na CFB, ele se apresenta como um princípio não expresso, [...]; nela estão seus fundamentos essenciais, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art. 226, § 4º), a união estável (art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227), além do citado art. 226, § 8º. Como se vê, a presença explícita do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, permeou a construção e se presentifica em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. (PEREIRA, 2011)

Neste mesmo sentido discorre Maria Berenice Dias (2005) que: “O Princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos

e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais.”

Não há outro meio que justifique a existência de uma família senão a afetividade entre seus membros. O afeto enlaça e comunica as pessoas mesmo quando estão distantes no tempo e no espaço, são dos laços de afetividade e solidariedade que deriva da convivência familiar, não somente dos laços de sangue pois o afeto envolve o seio familiar e as relações de sentimentos entre seus membros.

Assim, é possível verificar que a partir do momento em que o afeto passou a existir na vida das pessoas, ele tornou-se um sentimento necessário e indispensável a família e para que o indivíduo alcance sua felicidade, ainda é na entidade familiar que o afeto se desenvolve, criando vínculos e repassando os sentimentos aos seus integrantes, fazendo com que eles se sintam protegidos e amados, para depois se tornarem pessoas felizes e fortalecidas emocionalmente.

O princípio da afetividade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade familiar. Todavia, tais princípios visam à efetivação dos direitos e garantias fundamentais disposto na Constituição Federal, não sendo apenas um Direito, mas um princípio ético. Tanto é que o afeto está presente em várias decisões dos tribunais brasileiros.

IV-Responsabilidade Civil no Direito das Famílias

Embora as relações familiares sejam caracterizadas pelos laços afetivos e envolvam uma série de aspectos pessoais e sentimentais entre seus membros, ocorre diversas situações em que são desrespeitados os deveres das famílias. Surgindo assim a responsabilidade civil no Direito das Famílias, em consonância com os valores existenciais contidos na Constituição Federal de 1988, tutela da personalidade, da dignidade do ser humano e da autonomia da vontade.

Entretanto, em que pese a responsabilidade civil do Direito das Famílias, as discussões que recebem maior atenção pela doutrina e pela jurisprudência se dividem basicamente em duas espécies. A primeira, diz acerca da ruptura do laço conjugal, seja ele o casamento ou a união estável. A segunda, acerca do abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. E, as dúvidas e questionamentos giram em torno de até que ponto pode-se cobrar o amor, afeto, cuidado e carinho. São questões subjetivas que o aplicador do direito tem que enfrentar com delicadeza e sensibilidade, de modo a não ocasionar um retrocesso jurídico.

É por meio da cláusula geral disposta no art. 186 que o Código Civil de 2002 fundamenta o dano moral. Por sua vez, a obrigação indenizatória está expressa no art. 927 do mesmo dispositivo legal. Logo, ocorrendo o dano, conseqüentemente surge o dever de indenizar.

Deste modo, conclui-se que quando nas peculiaridades do caso concreto esteja presente os pressupostos da responsabilização civil, utiliza-se o fundamento do artigo 186 do Código Civil de 2002, perfeitamente aplicável no direito de família por

seu caráter genérico.

V-Responsabilidade civil subjetiva pelo abandono afetivo

No âmbito jurídico é cabível de indenização todo o ato ilícito praticado contra outrem.

A responsabilidade civil subjetiva está prevista em seu artigo 186 do Código Civil (VADE MECUM. 2015) que descreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, compete ato ilícito”.

Por sua vez, o Código Civil dispõe no artigo 927 (VADE MECUM. 2015), caput, que: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a reparar”.

Para que haja a responsabilidade civil subjetiva por abandono afetivo, deverá ser comprovada a culpa dos pais, pois se houve uma conduta sem culpa, não haverá o dever de indenizar.

Se faz necessário analisar a responsabilização por abandono afetivo nas relações entre pais e filhos, pois havendo o descumprimento dos deveres dos pais, e conseqüentemente dano aos filhos, os pais devem ser penalizados, uma vez que se encontram presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade. Esta não se refere somente à punição dos pais, mas sim, à finalidade de educá-los, para evitar novas condutas no futuro.

Aline Biasuz Suarez (2012) descreve a responsabilidade civil no direito das famílias como:

A responsabilidade civil no seio da família é o tipo de responsabilidade mais “delicada” que pode ser estudada, pois confrontam dois princípios muito próximos em si mesmos, aquele que coloca a dignidade do membro familiar acima de quaisquer circunstâncias com aquele que dispõe sobre a função social da família e a limitação da intervenção estatal.

E a mesma autora descreve sobre a reparação civil, Aline Biasuz (2012) que:

Na reparação civil por abandono afetivo, o bem jurídico tutelado primeiramente é a integridade psíquica e emocional do menor; num segundo plano é o desenvolvimento de sua personalidade, livre de máculas, traumas, memórias inefáveis, frustrações negativas, cultivações da autoestima e, por fim, libertação de patologias. Esta valoração tem como ponto de partida a dignidade da pessoa, passando pelos deveres inerentes ao poder familiar, a função da família, tendo como limite a doutrina constitucional da proteção integral, ou seja, melhor interesse da criança.

Quando um dos pais se omite em relação ao desenvolvimento do filho, externa então há uma conduta ilícita, que viola os direitos básicos do filho, além de descumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, vê-se que é impossível não ser reconhecida a responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo.

Por outro lado, sabe-se que o valor a ser fixado para tal indenização deve observar a razoabilidade, tendo vista a análise das condições econômicas das partes

e o tamanho do dano causado ao filho, preservando sempre a proteção à pessoa do menor juntamente com seu bem-estar familiar.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho podemos observar a transformação das Famílias ao longo dos tempos, desde sua forma estrutural até a sua própria conceituação. Galgando de um modelo patriarcal, para um modelo de Família que indefere laços consanguíneos e matrimoniais como única forma de constituição da família.

A Constituição Federal, igualou homens, mulheres e filhos sendo eles advindos do casamento ou não, e mais, reconheceu outras formas de família aferindo proteção a crianças e adolescentes.

No tocante a responsabilidade civil o art. 186 do Código Civil de 2002 fundamenta o dano moral, “toda vez que alguém causar ato ilícito a outrem fica obrigado a repará-lo”, sendo assim, os pais omissos e negligentes devem reparar os danos causados aos seus filhos sendo responsabilizados e penalizados por abandono afetivo vez que existem todos os elementos caracterizados da responsabilidade.

Toda criança tem o direito à educação, alimentação, saúde, convivência familiar e comunitária, ao lazer e os pais ou responsáveis devem proporcionar estes direitos às crianças, pois se assim não for estarão infringindo a norma legal e serão punidos por essa conduta. É fato que a ausência de um dos genitores traz traumas a criança, principalmente em épocas comemorativas como o dia dos pais ou dia das mães (conforme o caso), dia das crianças, Natal, entre outras. Daí começa a desenvolver traumas afetivos nas crianças ou adolescentes, pois a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação de ter sido abandonado afetivamente interferem intensamente no comportamento psicológico do indivíduo alterando o seu estado normal

É evidente que não se pode obrigar os pais a amarem seus filhos, mas os mesmos devem cumprir com seus deveres e obrigações para que não sejam punidos perante a lei. Os pais deveriam ter o bom senso de darem afeto a seus filhos, pois a criança necessita da afetividade dos pais para se sentir amada, por isso é tão importante à convivência familiar para este ser que está em pleno desenvolvimento, o amor das pessoas ao seu redor, faz com que a criança ou adolescente se sinta querida, amada, protegida.

O abandono afetivo configura desrespeito aos Direitos Constitucionalmente assegurados, e neste sentido a responsabilidade civil é perfeitamente aplicável no Direito das Famílias, fundamentando-se do artigo 186 do Código Civil de 2002, para que pais não fiquem impunes perante a conduta ilícita.

A justiça deve ser feita e o causador do dano devidamente punido, sabemos que o filho talvez nunca tenha o amor de seu genitor e que o estado anterior ao dano não voltará e que o valor da indenização a ser paga não irá apagar o sofrimento causado pelo dano, pois a pessoa que tanto sofreu por não ter afeto do seu genitor

(a), não poderá fazer com que sua dor seja amenizada, afeto não tem preço, não se paga para amar e nem para ser amado, não custa dar afeto aquele que adveio de você. No entanto o valor da indenização deve ser razoável para que o causador do dano pense duas vezes antes de repetir o ato com outros filhos.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo. Ed. Método. 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. Curitiba: Juruá

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O atual estado do biodireito**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. **Tratado de direito das famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**. Ed. Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial** BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REIS, Clayton. **Dano moral.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VADE MECUM. Obra coletiva, Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicolette – 19º ed. Atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila; Maria Pereira Corrêa. **Direito Civil: Direito de Família.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 6.583/2013 FRENTE ÀS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA

Beatriz Tavares Fernandes dos Santos

Universidade Estadual de Londrina – UEL.
Londrina – Paraná.

RESUMO: Recentemente, em razão das transformações operadas na sociedade, que acabaram por interferir diretamente no ramo do Direito de Família, passou-se a compreender que o conceito atual de família possui como fundamento não apenas a norma jurídica, mas também a jurisprudência, visto que o julgador, a partir de interpretação do texto constitucional, reconheceu outras entidades familiares além daquelas já dispostas. Embora esteja sedimentado que o conceito de família atual é plural e não mais singular, como foi outrora, foi proposto, em 16 de outubro de 2013, o Projeto de Lei nº 6.583/2013, que “dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências”. Nele, dispôs-se que entidade familiar é constituída através da união entre um homem e uma mulher. O objetivo do trabalho, portanto, consiste na análise do conceito de família atualmente existente e no estudo das razões pelas quais não é possível a recepção de leis que tenham como escopo a restrição desse conceito. O tema foi exposto a partir do estudo de fontes secundárias de pesquisa, como livros, revistas e artigos científicos, bem como após a análise dos textos legais, projetos de lei e

da jurisprudência pátria. Conclui-se, portanto, que entidades familiares já reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro ficariam desamparadas com a aprovação do referido projeto de lei, sendo possível afirmar que a tentativa de restrição do conceito de família hoje existente é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Conceito. Evolução. Restrição. Inconstitucionalidade.

ANALYSIS OF DRAFT LAW NO. 6.583/2013 IN THE FRONT OF THE NEW FAMILY MODALITIES

ABSTRACT: Recently, because of the changes that have taken place in society, which have directly interfered in the Family Law field, it is now understood that the current concept of family is based not only on the legal norm, but also on jurisprudence, since the judge, based on interpretation of the constitutional text, recognized other family entities beyond those already established. Although it is settled that the concept of the current family is plural and not more singular, as was once proposed, on October 16, 2013, Bill 6,583 / 2013, which “Talk about the Family Statute and gives other measures.” In it, it was arranged that family entity is constituted through the union between a man and a woman. The work’s objective, therefore, is to analyze the concept of family

currently existing and to study the reasons why it is not possible to receive laws that have as scope the restriction of this concept. The theme was exposed from the study of secondary sources of research, such as books, journals and scientific articles, as well as after analyzing legal texts, bills and country jurisprudence. It is concluded, therefore, that family entities already recognized by the Brazilian legal system would be abandoned with the approval of said bill, and it is possible to affirm that the attempt to restrict the concept of family today is unconstitutional.

KEYWORDS: Family. Concept. Evolution. Restriction. Unconstitutionality.

1 | INTRODUÇÃO

O conceito de família sofreu considerável alteração nos últimos tempos. No Brasil, embora a antropologia, a sociologia e a psicanálise tivessem estabelecido um conceito amplo de família, na área do direito ele esteve restrito, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao casamento entre homem e mulher.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, o referido conceito deixou de ser singular e passou a ser plural, abarcando também a união estável e as famílias monoparentais.

Hodiernamente, discute-se o reconhecimento legal de outras estruturas familiares, pois esses novos modelos já são reconhecidos e aceitos no meio social.

Conquanto exista a tendência de que os demais modelos de constituição familiar sejam reconhecidos legalmente, foi proposto, em 16 de outubro de 2013, o Projeto de Lei nº 6.583/2013, que “dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências”. Nele, mais especificamente em seu art. 2º, está disposto que entidade familiar é apenas aquela constituída através da união entre um homem e uma mulher.

A aprovação do referido projeto de lei afetaria negativamente a vida de milhares de famílias que não se enquadrariam no novo conceito proposto.

Deste modo, sugere-se, por meio deste trabalho, uma análise acerca da legislação atual sobre o tema, bem como sobre o supracitado Projeto de Lei, e, ainda, uma explanação sobre a razão pela qual não é possível a recepção do Estatuto da Família em nosso ordenamento jurídico, com a identificação das eventuais consequências que poderiam ser geradas no caso de sua aprovação.

2 | A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Conceção moderna de família

De acordo com Gonçalves (2016, p. 31), a família brasileira, na forma hoje vista, sofreu grande influência das famílias romana, canônica e germânica.

Segundo o mesmo autor, embora a família brasileira tenha sido edificada sob tais influências, a ocorrência de transformações históricas e culturais fizeram com que outras características fossem atribuídas ao instituto, dentre as quais convêm salientar:

substituiu-se a organização autocrática por uma orientação democrática afetiva; a expressão “poder marital” deixou de ter sentido desde que a Constituição Federal de 1988 equiparou os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais (art. 226, § 5º).

Assim, uma nova concepção de família se constrói nos dias atuais. Embora algumas pessoas acreditem na sua desagregação e no seu desprestígio, verifica-se que, na verdade, apenas uma feição moderna lhe tem sido concedida em decorrência de diversos fatores.

2.2 Conceito atual de família

Pereira, R. (2015, p. 287) trata do conceito de família da seguinte forma:

FAMÍLIA [ver tb. desamparo, entidade familiar, parentesco] - Do latim *famulus*, de *famel* (escravo), designava um conjunto de pessoas aparentadas entre si que viviam na mesma casa (*famulus*), mas também cumprindo a função de servos ou escravos para outro grupo, as *gens*, que eram seus patrões. [...]. Embora a antropologia, sociologia e psicanálise já tivessem estabelecido um conceito mais aberto de família conjugal, no Direito esteve restrito, até a Constituição da República de 1988, ao casamento (Artigo 226).

Com a Carta Magna ela deixou de ser singular e passou a ser plural, estabelecendo-se aí um rol exemplificativo de constituições de famílias, tais como o casamento, união estável e qualquer dos pais que viva com seus descendentes (monoparentais). Novas estruturas parentais e conjugais estão em curso, como as famílias mosaicos, famílias geradas por meio de processos artificiais, famílias recompostas, famílias simultâneas, famílias homoafetivas, filhos com dois pais ou duas mães, parcerias de paternidade, enfim, as suas diversas representações sociais atuais, que estão longe do tradicional conceito de família, que era limitada à ideia de um pai, uma mãe, filhos, casamento civil e religioso.

Maluf, A. (2010, p. 14) explica que “[...] o conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face de suas finalidades [...]”.

Apesar dessa alteração de caráter ampliativo, de acordo com Tartuce (2016, p. 36), a partir da leitura do artigo 226 da Constituição Federal atual, pode-se dizer que família somente é aquela decorrente dos seguintes institutos: casamento civil e casamento religioso com efeitos civis, união estável entre homem e mulher e monoparentalidade. Entretanto, o autor destaca que existe uma tendência para ampliar o conceito de família para outras situações não tratadas especificamente pelo Texto Maior.

Neto, Tartuce e Simão (2012, p. 221), ao tratarem do conceito jurídico de família, esclarecem:

Desafia o jurista da pós-modernidade o conceito de família. Em um sistema tradicional cunhado pelo Código Civil de 1916, com base em projetos e estudos que datam de meados do século XIX, a família, então chamada de legítima, era apenas aquela decorrente do vínculo matrimonial e, portanto, de origem formal. As demais uniões, ainda que em tudo assemelhadas ao casamento, eram tidas como ilegítimas e colocadas à margem do direito.

Após tais considerações, os aludidos autores concluem que:

Não há unanimidade a respeito do conceito de família no Brasil e é bom que não haja. A diversidade indica que, cada vez mais, se admite família como sendo um fato social que se identifica e se protege, respeitando-se a opção sexual, inclusive, de seus integrantes.

Deste modo, verifica-se que embora a Constituição Federal preveja apenas alguns tipos de arranjos familiares em seu artigo 226, existe a tendência de que se reconheçam outros modelos de constituição familiar. Por tal razão, torna-se difícil encontrar um conceito capaz de ilustrar o que é a família atualmente.

2.3 Da proteção conferida à família pela Constituição Federal e Código Civil Brasileiro

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 226, que a família pode ser constituída através do casamento civil, do casamento religioso com efeitos civis, da união estável ou da entidade monoparental.

Gonçalves (2016, p. 35) expõe que há na doutrina uma tendência de ampliar o conceito de família para abranger situações não mencionadas pelo constituinte. Assim, ele cita os possíveis tipos de composição familiar que possivelmente poderão contar com a proteção do ordenamento jurídico daqui a algum tempo:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente da união estável;
- c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos;
- e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo;

O Código Civil ainda regulamenta apenas a matéria pertinente à família matrimonial e formada pela união estável, deixando de tratar da monoparentalidade (Maluf, A., 2010, p. 120).

3 | AS DIFERENTES MODALIDADES DE FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE

Nesta seção, analisar-se-ão algumas das diversas formas de agrupamento familiar que se desenvolveram no transcorrer do tempo.

3.1 Dos arranjos familiares modernos reconhecidos pela Constituição Federal

3.1.1 Família matrimonial

A família matrimonial é aquela constituída pelo casamento. Para Tartuce (2010, p. 46), “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afetivo”.

O mesmo autor destaca o seguinte em relação ao casamento:

Nota-se que, pela conceituação clássica, seguida nas edições anteriores desta obra, o casamento exigia diversidade de sexos. Todavia, a tendência é o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou casamento homoafetivo, como fez o Superior Tribunal de Justiça ao final de 2011[...]. (TARTUCE, 2010, p. 46).

Azevedo (2011, p. 61), por sua vez, entende que o casamento é um contrato solene, com vínculo dissolúvel, regulado pelo Direito de Família, através do qual duas pessoas submetem-se a um complexo de direitos e deveres.

3.1.2 União estável

Em relação à união estável, Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 64) dispõem o seguinte:

A união estável é, grosso modo, uma família conjugal desprovida de solenidade constitutiva. Reúne um casal que vive como se casados fossem, de maneira ostensiva e permanente, pela existência de afeto recíproco. É uma situação que se cria naturalmente, isenta de iniciativas jurídico-formais.

Embora a doutrina divirja sobre os requisitos para a configuração da união estável, vale citar alguns que são quase unânimes entre os autores: a união há de ser pública (no sentido de notoriedade, não pode ser clandestina), contínua (sem interrupções), duradoura e também deve existir o objetivo, entre os companheiros, de estabelecer uma verdadeira família (*animus familiar*) (Tartuce, 2010, p. 319).

Após seu reconhecimento em nosso ordenamento jurídico, que se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser prevista também no Código Civil de 2002, em seu Livro IV, Título III, nos artigos 1.723 a 1.727, bem como esparsa em outros capítulos, como, por exemplo, com o direito sucessório dos companheiros (artigo 1.790) e a obrigação alimentar (1.694).

3.1.3 Família monoparental

A família monoparental também é reconhecida como entidade familiar no artigo 226 da Constituição Federal, e, por tal razão, recebe a mesma proteção da lei que as entidades familiares anteriormente citadas.

Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 65) a conceituam do seguinte modo:

A estrutura pressupõe uma composição restrita a somente um dos dois ascendentes que, desligado de uma relação conjugal, está reunido com seu(s) descendente(s). Trata-se do elo de filiação que, deixando de ser entendido simplesmente por esta conotação, passa a ser também disciplinado como uma verdadeira entidade familiar.

Deste modo, verifica-se que a família monoparental, juridicamente protegida desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, é aquela formada por um dos

ascendentes com seu(s) descendente(s).

3.2 Dos arranjos familiares modernos não tratados pela Constituição Federal e/ou pelo Código Civil

Além das formas de constituição familiar reconhecidas na legislação, existem outros arranjos familiares presentes na realidade fática, alicerçados no vínculo afetivo, que ainda não contam com proteção jurídica, que serão analisados a seguir.

3.2.1 União homoafetiva

Azevedo (2011, p. 175) define a união homoafetiva como “[...] a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas de mesmo sexo, com o intuito de constituição de família”.

A Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer, a partir da disposição constante no artigo 226, que a família poderia ser fundada com base no casamento (§§ 1º e 2º), na união estável (§ 3º) ou na monoparentalidade (§ 4º). O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), por seu turno, passou a admitir a união estável como entidade familiar, contudo, estabeleceu a necessidade da dualidade de sexos em seu artigo 1.723.

Verifica-se, deste modo, que nem a Constituição Federal nem o Código Civil estenderam, de forma literal, sua proteção à união homoafetiva, embora a primeira tenha vedado expressamente a discriminação em razão da opção sexual (artigo 3º, inciso IV), bem como estabelecido o princípio da igualdade (artigo 5º), o direito à intimidade, que pode ser entendida como o exercício do direito e da prática sexual livres de discriminação e a valorização da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) (MALUF, C. e MALUF, A., 2013, p. 420-421).

Por tais razões, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto da Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 4.277/2009-DF e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/2008, manifestou-se a respeito da natureza familiar da realidade homoafetiva, conferindo ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer entendimento que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família. A partir da referida decisão, passou-se a admitir, por entendimento jurisprudencial, a união homoafetiva como entidade familiar no Brasil.

3.2.2 Família concubinária

Almeida e Rodrigues Junior (2012, p. 72) conceituam esta modalidade de família da seguinte maneira: “Trata-se de uma relação afetivo-sexual mantida concomitantemente a outra situação familiar, cuja principal característica é, então, a existência de um componente pertencente a ambas [...]”.

O concubinato, também denominado de “concubinato impuro”, “família paralela” ou “família simultânea”, acaba por ser um tipo de relacionamento diferenciado da união estável pela doutrina. Para Dias (2011, p. 50), objetiva-se afastar qualquer identificação possível entre elas com o fim de negar qualquer consequência ou direito decorrente desse tipo de união.

3.2.3 Família poligâmica ou poliafetiva

O poliamor consiste em uma relação afetiva formada por mais de duas pessoas, sendo que todos participam com pleno conhecimento e consentimento dessa situação.

De acordo com Pereira (2015, p. 312): “[...] FAMÍLIA POLIAFETIVA [...] – É a união conjugal formada por mais de duas pessoas convivendo em interação e reciprocidade afetiva entre si. Também chamada de família poliamorosa.

3.2.4 Família anaparental

Família anaparental é aquela constituída sem a presença de alguém que ocupe a posição de ascendente (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 74)

Dias (2011, p. 48) defende que essa modalidade familiar se configura pela “convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósitos [...]”. Destaque-se que este não é o entendimento predominante na doutrina.

3.2.5 Família recomposta ou reconstituída

A família recomposta, em razão de seu próprio nome, traz a ideia de uma situação convivencial novamente formulada, a partir de familiares que já estavam reunidos aos quais se vêm juntar novos membros (Almeida e Rodrigues Júnior, 2012).

4 | DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DE RESTRIÇÃO DO ATUAL CONCEITO DE FAMÍLIA

Conforme demonstrado, conceituar a família nos dias atuais é uma difícil tarefa. O conceito legal, embora tenha sido ampliado com a Constituição Federal de 1988, já não mais atende à realidade fática, visto que outros modelos de entidade familiar surgiram e demandam a proteção do Estado.

A jurisprudência e grande parcela da doutrina brasileira orientam que o ato de definição deve ser feito com base no princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, na contramão desta tendência, foi proposto um projeto de lei que acaba por excluir diversas das formas de entidade familiar existentes no bojo da sociedade, o qual será analisado a seguir.

4.1 Projeto de lei nº 6.583/2013 (Estatuto da Família)

4.1.1 Informações gerais e tramitação

Em 16 de outubro de 2013 foi proposto, pelo Deputado Anderson Ferreira, um projeto de lei que pretende instituir o “Estatuto da Família”. O referido projeto de lei foi cadastrado sob o número 6.583/2013.

De acordo com o disposto no artigo 1º do Projeto de Lei, o Estatuto da Família objetiva dispor sobre os direitos da família e estabelecer diretrizes de políticas públicas para a valorização e apoio à entidade familiar.

Para análise e deliberação acerca do referido projeto de lei, foi criada, no dia 02 de abril de 2014, uma comissão especial (também denominada Comissão Temporária). Após a criação da comissão especial, foi designado como relator do projeto o Deputado Ronaldo Fonseca, que apresentou relatório em 17/11/2014. Com a apresentação do parecer, o projeto foi arquivado 31/01/2015, com fundamento no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Em 04/02/2015, contudo, o Deputado Anderson Ferreira requereu o desarquivamento do projeto. Foi instituída nova Comissão Especial em 12/03/2015, sendo eleito presidente o Deputado Sóstenes Cavalcante. Foi designado o Deputado Diego Garcia como relator. Após apresentação de parecer pelo novo Relator, a Comissão Especial aprovou, em 24/09/2015, o projeto de lei nos termos do relatório do Deputado Diego Garcia, por 17 (dezesete) votos favoráveis e 5 (cinco) contrários. Após a interposição de recursos, a Comissão Especial rejeitou os destaques ao substitutivo. Assim, a votação, que foi realizada em caráter conclusivo, foi considerada concluída na Câmara dos Deputados. Atualmente, o projeto aguarda deliberação de Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Caso o recurso seja aprovado, o projeto irá para votação em plenário; caso não seja, deverá seguir para votação no Senado Federal.

4.1.2 Análise

De acordo com a redação do artigo 1º do Projeto de Lei nº 6.538/2013, o Estatuto da Família dispõe sobre os direitos da família e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar.

Para fins de aplicação do disposto no Estatuto, nos termos do artigo 2º do Projeto de Lei, deve-se considerar como entidade familiar apenas o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

No artigo 4º foram dispostas as diretrizes gerais a serem observadas pelos agentes públicos ou privados envolvidos com as políticas públicas voltadas para a família. Do artigo 5º ao 13º foram dispostos direitos que devem ser assegurados às entidades familiares, tais como a garantia de condições mínimas de sobrevivência

mediante a efetivação de políticas sociais públicas (art. 5º), a atenção integral à saúde dos membros pelo Sistema Único de Saúde-SUS e pelo Programa de Saúde da Família (art. 6º), entre outros.

Por fim, os artigos 14º e 15º tratam da criação e das atribuições do “Conselho de Família”. De acordo com a redação do artigo 14, os Conselhos de Família “são órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, encarregados de tratar das políticas públicas voltadas à família e da garantia do exercício dos direitos da entidade familiar”.

4.2 Consequências da aprovação

Um dos principais e mais criticados pontos do Projeto de Lei nº 6.583/13 refere-se ao disposto em seu artigo 2º, que limita a entidade familiar ao núcleo social formado entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda à monoparentalidade, desde que formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Percebe-se, portanto, que o referido projeto de lei exclui do conceito de família a entidade familiar monoparental formada pelos demais ascendentes que não são pais com seus descendentes (como ocorre nos casos em que os avós cuidam dos netos), bem como a anaparental e a homoafetiva, que hoje já são reconhecidas tanto por lei (o que ocorre somente no primeiro caso citado) como também pela jurisprudência (o que ocorre nos dois casos).

Tartuce (2017) acredita que é possível e até mesmo provável que o projeto de lei mencionado seja aprovado. Segundo o doutrinador, da aprovação do projeto de lei poderiam seguir dois caminhos interpretativos: o primeiro deles seria o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o Estatuto da Família desconsidera toda uma evolução jurisprudencial e doutrinária sobre a união homoafetiva e também o conceito de família monoparental previsto no artigo 226, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece que esta entidade pode ser constituída por um dos ascendentes e seus descendentes, e não somente pelos pais e seus filhos. O segundo caminho, para o doutrinador, é o da adaptação ao disposto na Constituição Federal, ou seja, passar a entender que o projeto de lei apenas exemplifica algumas formas de família sem excluir outras. O autor pontua, ainda, que “[...] Se for assim, nosso Congresso perde precioso tempo de trabalho legislativo, pois as famílias ali previstas já estão amplamente tuteladas, especialmente por serem maioria no Brasil”.

Simão (2017), por sua vez, defende que se o Estatuto da Família for aprovado, nascerá uma lei “[...] infraconstitucional e que não produzirá nenhum efeito jurídico”, visto que possui o mesmo entendimento de que o projeto de lei desconsidera toda uma evolução jurisprudencial e doutrinária já ocorrida no Brasil.

4.3 Da inconstitucionalidade de qualquer ato que restrinja o atual conceito de família

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a tendência é a de se considerar a família como uma entidade plural. Após a reformulação sofrida pelo direito de família, pode-se dizer que a família passou a ter como pilares a afetividade, a pluralidade e o eudemonismo, sendo que a sua constituição não deve se esgotar nas hipóteses legais (DIAS, 2011, p. 43).

O ato de restrição do conceito ou da concepção atual de família atenta contra diversos princípios e preceitos constitucionais, razão pela qual se pode afirmar que qualquer lei ou entendimento que venha a tentar limitá-los será inconstitucional.

Primeiramente, deve-se considerar que o ato de restrição do conceito de família atenta contra um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – o da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

A ideia de garantia de dignidade da pessoa humana, seja por meio da salvaguarda dos direitos constitucionalmente previstos, como defende Sarlet (2006, p. 84-85), seja com base nas ideias defendidas por Immanuel Kant, como defende Barroso (2017), acaba sendo completamente violada quando se restringe o conceito de família à união entre homem e mulher e se garante determinados direitos apenas a esse núcleo.

Outro dispositivo constitucional que acabará por ser completamente desrespeitado com o ato de restrição do atual conceito de família é o do artigo 3º, inciso IV, que coloca a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Tal dispositivo, conforme prescreve Lenza (2016, p. 295), enuncia o princípio da isonomia, reiterado em outros diversos dispositivos constitucionais.

Deste modo, o ato de restrição do conceito de família mostra-se incompatível com o objetivo de vedar qualquer forma de discriminação, visto que tal ato acabaria por diferenciar tais pessoas tanto em razão da opção que fizeram ao constituir suas famílias como também em razão de sua orientação sexual.

Cabe destacar também que o ato de restrição não pode ser acolhido em face do disposto no artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece os direitos e garantias individuais.

O próprio *caput* do artigo proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deste modo, se a Constituição determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não há qualquer sentido em uma lei infraconstitucional tutelar apenas alguns núcleos familiares.

Outro direito fundamental tutelado no artigo 5º que acabaria por ser violado com o ato de restrição é o da liberdade. Se, a partir da análise das formas de liberdade dispostas no artigo 5º, entende-se que o indivíduo possui a liberdade de pensamento, deve-se concluir que ele também é livre para idealizar e formatar a sua família assim

como preferir, sendo que o ato de restrição do conceito de família seria também uma afronta ao direito da liberdade.

Conforme prescreve Dias (2011, p. 66):

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal.

Ante o exposto, verifica-se que o ato de restrição do conceito de família, proposto através do Projeto de Lei nº 6.583/3013, acaba por infringir diversos preceitos constitucionais.

Tal ato, além de afrontar diretamente à Constituição Federal da República Federativa do Brasil, desconsidera completamente toda a evolução ocorrida no direito de família nas últimas décadas, bem como a realidade social existente.

Ante o exposto, conclui-se que não há como acatar qualquer ato que restrinja o conceito de família hoje existente.

5 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que o conceito de família, que sofreu significativa alteração após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é hoje plural, e não mais singular, como outrora foi.

Embora o conceito seja plural, ele ainda não atende à realidade fática, pois outras entidades familiares surgiram e não contam com a proteção do Estado.

A ampliação do conceito de família gera consequências positivas, visto que, com a previsão de um número maior de arranjos familiares no ordenamento jurídico, diminuem as situações em que o indivíduo não pode ter reconhecido os direitos decorrentes de suas relações afetivas e familiares.

De outro modo, a restrição do conceito de família importa na exclusão dos indivíduos que não tiverem seus núcleos familiares reconhecidos e afronta diretamente à Constituição Federal vigente, haja vista atentar contra a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação como objetivo da República Federativa do Brasil e os direitos fundamentais de igualdade e de liberdade.

A partir da análise das normas vigentes, de obras doutrinárias, de decisões jurisprudenciais atuais e de projetos de lei pertinentes ao tema em questão, verifica-se que há uma forte tendência à ampliação do conceito de família hoje existente, razão pela qual eventuais propostas de restrição do aludido conceito vão na contramão daquilo que já foi construído e do que ainda vem sendo erigido.

Deste modo, conclui-se que a restrição do conceito de família não merece amparo, visto que além de desfavorecer milhares de brasileiros e apresentar indícios de que seria socialmente ineficaz, também não encontra respaldo no nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>, acesso em 11 mar. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.583/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>, acesso em 11 mar. 2019.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**: aprovado pela Resolução n. 17, de 1989, e alterado até a Resolução n. 17, de 2016.17. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/regimento_interno_17ed.pdf>, acesso em 10 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/2009-DF**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 01 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=casamento+homoafetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=1>>, acesso em 11 mar. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 06.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. 322 f. Tese de doutorado (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2010.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NETO, Caetano Lagrasta; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família: Novas**

tendências e julgamentos emblemáticos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Família e Sucessões ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **Se o Estatuto da Família for aprovado, STF o declarará inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-22/processo-familiar-estatuto-familia-for-aprovado-stf-julgara-inconstitucional>>, acesso em 11 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 05.

TARTUCE, Flávio. **Princípios Constitucionais e Direito de Família**. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; et. al. **Direito de Família no Novo Milênio**. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Estatuto da família x Estatuto das famílias**. Singular x plural. Exclusão x inclusão. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI229110,41046-Estatuto+da+Familia+x+Estatuto+das+Familias+Singular+x+plural>>, acesso em 11 mar. 2019.

CLASSE HOSPITALAR: A HISTÓRIA E AS LEIS QUE A CERCAM

Verena Maria Vechin

FHO Uniararas

Araras- SP

Vivian de Abreu

FHO Uniararas

Rio Claro - SP

RESUMO: A pedagogia hospitalar é o atendimento pedagógico-educacional que acontece em ambientes de tratamento de saúde, seja na circunstância de internação ou na circunstância do atendimento domiciliar, atendendo às necessidades das crianças e adolescentes em idade escolar. A classe hospitalar surgiu em 1935, na França, para suprir as dificuldades escolares das crianças com tuberculose. No Brasil, a necessidade de atendimento pedagógico no ambiente hospitalar foi reconhecida por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através da resolução nº 41 de outubro de 1995, item 9. Desde então “o olhar” para a educação básica dessas crianças e adolescentes hospitalizados veio crescendo. Partindo desse princípio as leis que definem que toda criança de quatro a dezessete anos tem o direito à Educação, foram incluídas as crianças e adolescentes com necessidades especiais, não podendo ficar de fora as crianças que por alguma necessidade precisem ficar hospitalizadas. Sobretudo, mesmo com a lei em

vigor desde a década de 90, no Brasil muitas famílias desses pacientes hospitalizados não tem o conhecimento do direito que o menor tem durante o período de internação e tratamento. Quando os alunos ficam por longos períodos hospitalizados, privam-se do processo de ensino e aprendizagem da sala regular, e quando voltam a sua rotina estão atrasados em relação ao conteúdo. Este trabalho visa apresentar a educação num conceito fora da sala de aula, para compreender quais são os desafios que as crianças e adolescentes enfrentam, o meio onde ocorre e os dilemas e desafios dentro de salas hospitalares. A metodologia utilizada será a revisão de literatura e pesquisa documental, especialmente por meio da análise de leis e decretos que auxiliam e cercam os direitos dos pacientes que necessitam dessa prática pedagógica.

PALAVRAS-CHAVE: classe hospitalar; pedagogo em espaços não escolares; pedagogia hospitalar.

HOSPITAL CLASS: HISTORY AND LAWS SURROUNDING IT

ABSTRACT: Hospital pedagogy is the pedagogical-educational service that happens in health care environments, whether in hospital circumstance or condition of home care to meet the needs of children, and adolescents of school

age. The hospital class came in 1935, in France, to meet the learning difficulties of children with tuberculosis. In Brazil, the need for educational services in the hospital was recognized by the Statute of Children and Adolescents (ECA), through Resolution No. 41 of October 1995, item 9. Since then "look" for the basic education of these children and adolescents hospitalized has been growing. Based on this principle the laws defining that all children four to seventeen years has the right to education, children and adolescents with special needs were included and can not be left out children for any need need to be hospitalized. Above all, even with the law in force since the 90s, in Brazil many families of these hospitalized patients do not have the right knowledge that the minor has during the period of hospitalization and treatment. When students are hospitalized for long periods, they deprive themselves of the teaching and learning process regular room, and when they return to your routine lag behind the content. This paper presents a concept education outside the classroom, to understand what are the challenges that children and adolescents face, the medium where it occurs and the dilemmas and challenges within hospital rooms. The methodology used is the literature review and documentary research, especially through analysis of laws and decrees that support and surround the rights of patients who need this practice teaching.

KEYWORDS: Hospital classes; pedagogue in non-school spaces; hospital pedagogy.

1 | INTRODUÇÃO

Esse trabalho objetiva mostrar a importância do funcionamento de classes hospitalares dentro da Instituição Hospitalar, pois existem muitos pacientes no setor da pediatria, que necessitam de atendimento diferenciado por ficarem muito tempo afastados da escola devido o tratamento de doenças crônicas. Sandroni (*apud* FONTES, 2005) indica a necessidade de um profissional diferenciado para educar crianças na Classe hospitalar, pois além de desenvolver o conhecimento curricular correspondente à idade do aluno, deve também promover o desenvolvimento infantil e trabalhar para recuperação da saúde do aluno-paciente.

A problematização existe pelo fato de as crianças ficarem afastadas da sala de aula por muito tempo, durante o tratamento médico, e quando se recuperam e voltam estão com defasagem no conteúdo escolar. Contudo, é necessária a presença do pedagogo nos hospitais infantis, tanto para suprir a falta da escola, como para melhorar a convivência sócio afetiva.

Segundo nossa Constituição de 1988, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, assim incluindo os alunos hospitalizados, existem leis que protejam os alunos enfermos, garantindo educação dentro de classes hospitalares. O Decreto Lei n. 1044/69 também indica que pacientes que estão em tratamento domiciliar também tem direito a continuidade de seu processo educativo.

Portanto, devido ao amparo legal, nossa contribuição vem ao encontro dos novos estudos do pedagogo atuando em favor da Pedagogia Hospitalar, como um

direito do cidadão afastado da escola em razão de doenças e tratamentos.

É possível ensinar dentro da instituição hospitalar? O que é necessário numa classe hospitalar? Como o pedagogo será formado para atuar nesse espaço? São questões que pretendemos desenvolver no estudo e também atender ao objetivo de conhecer e verificar como ocorre essa proposta da pedagogia hospitalar dentro de determinados hospitais. Através de pesquisas bibliográficas que envolvam hospitais que tenham a presença do pedagogo na atuação com as crianças, vamos buscar elementos para responder às questões de pesquisa.

2 | SURGIMENTO DA CLASSE HOSPITALAR NO BRASIL

Conforme Batista (et al.2009) no Brasil a pedagogia hospitalar teve início no Rio de Janeiro em 1950, no Hospital Jesus. Mas só na década de 90 que foram surgindo leis que garantem a inserção da classe hospitalar. Antes disso a classe hospitalar era administrada pela Constituição Federal de 1988 e pela LDB 9.394/96, exclusivamente com apoio na ideia de que educação é para todos.

Uma das leis que auxiliou no processo de regularização da classe hospitalar é a Resolução n 41 de 13/10/1995, do Estatuto da Criança e do Adolescente Hospitalizado, onde cita no item nove, que trata do direito a educação “Direito de desfrutar de alguma forma de recreação, programas de educação para a saúde, acompanhamento do curriculum escolar durante sua permanência hospitalar”.

No ano de 2001, foi usado pela primeira vez a nomenclatura “Classe Hospitalar”. De acordo com Batista et al.(2009), o Conselho Nacional de Educação, artigo 13º da Resolução n. 2,determinou que os sistemas de ensino junto aos de saúde devem organizar atendimento educacional a alunos impossibilitados de frequentar as aulas em virtude de um tratamento de saúde.

Oliveira et al. (2008), relata que “O Brasil até o ano de 2001 dispunha de 60 classes hospitalares, o que representa um número muito pequeno em vista do número de hospitais estaduais e particulares existentes no país”.

Existem hospitais no Brasil, que a pratica pedagógica não é desenvolvida por um pedagogo, no entanto esse auxilio educacional é oferecido por outros profissionais, como psicólogos e voluntários. Que pelo fato de não terem uma formação pedagógica adequada, acabam por desenvolver atividades como recreação, ou jogos didáticos.

Sant’Anna et al. (2011, p.19), conta que o Ministério da Educação, mediante a Secretaria da Educação Especial, no ano de 2002, organizou um documento de estratégias e orientações para atendimento nas classes hospitalares, garantindo o acesso à educação básica, que diz:

O Ministério da Educação, por meio de sua Secretaria de Educação Especial, tendo em vista a necessidade de estruturar ações políticas de organização do sistema de atendimento educacional em ambientes e instituições outros que não a escola, resolveu elaborar um documento de estratégias e orientações que viessem promover

a oferta do atendimento pedagógico em ambientes hospitalares e domiciliares de forma a assegurar o acesso à educação básica e à atenção às necessidades educacionais especiais, de modo a promover o desenvolvimento e contribuir para a construção do conhecimento desses educandos (MEC, SEESP, 2002, p.07, apud SANT'ANNA et al.,2011,p.19)

De acordo com Matos e Mugiatti (2014, p.32) o primeiro projeto “Hospitalização Escolarizada” surgiu no Paraná, em parceria com a Secretaria da Educação e Saúde. Foi a partir daí que viram a necessidade de instaurar uma ramificação do curso de pedagogia, partindo do ponto da pesquisa de envolvimento teórico e prático entre a realidade acadêmica/hospitalar.

Em uma pesquisa quantitativa realizada para saber quantos hospitais no Brasil oferecem o atendimento educacional para jovens e crianças hospitalizados, Matos e Mugiatti (2014, p.36) registraram os seguintes dados:

Região Norte, com 6 hospitais; Região Nordeste, com 8 hospitais; Região Centro-Oeste, com 14 hospitais; Distrito Federal, com 8 hospitais; Região Sudeste, com 35 hospitais; Região Sul, com 16 hospitais. E mais outras formas alternativas de atendimento ao escolar doente fora do contexto hospitalar, como casas de apoio ou outros, em número de 8 entidades.

Todavia a grande maioria dos hospitais ainda não oferece esse recurso para estudante hospitalizado. Nas palavras de Matos e Mugiatti (2014, p.48) “ainda não há um reconhecimento satisfatório no sentido de que as crianças e os jovens hospitalizados têm o direito à educação”.

3 | BASES LEGAIS PARA CLASSES HOSPITALARES

No Brasil ainda existe hospitais que não possuem uma classe hospitalar, ou não oferece atendimento educacional a crianças e adolescente em período de tratamento, porém existe leis que asseguram a obrigatoriedade de salas de aula/brinquedoteca dentro de instituições hospitalares, pois a educação é um direito de toda criança e adolescente, assim sendo crianças e adolescentes hospitalizados também tem o mesmo direito garantindo.

Por muitos anos as únicas leis que garantiam os direitos das crianças e adolescentes era a Constituição Federal de 1988 e a LDB 9.394/96, apenas com base na ideia de que a educação é para todos. Algumas leis já foram decretadas a respeito desse tipo de atendimento, como o decreto-lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969, que dispõe sobre tratamento excepcional para alunos portadores de afecções, em suas residências, mais nada específico a classes hospitalares.

Somente na década de 90 que foi elaborado no Brasil leis específicas que garantissem os direitos das crianças hospitalizadas, assim a classe hospitalar passou a “ser vista com outros olhos” e observado a necessidade de maior atenção com esse tema. Entre essas leis que foram elaboradas especialmente para casos de internações

e atendimentos domiciliares podemos mencionar a Lei 8.069, de 13/07/90, do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde decreta em seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Outra Lei que garante a educação a crianças e adolescentes hospitalizados, é a resolução n.º 41 de 13/10/1995, do Direito da Criança e do Adolescente Hospitalizado.

Reconhecendo a necessidade de materiais específicos para nortear os profissionais que trabalham nas classes hospitalares, em 2002 o MEC publicou um documento - Classe hospitalar e atendimento pedagógico domiciliar: estratégias e orientações. “o Ministério da Educação por meio da Secretaria de Educação Especial, elaborou um documento com o objetivo de estruturar ações políticas de organização do sistema de atendimento educacional em ambientes hospitalares e domiciliares.” (BRASIL, 2002). Essa publicação ressalta:

Tem direito ao atendimento escolar os alunos do ensino básico internados em hospital, em serviços ambulatoriais de atenção integral à saúde ou em domicílio; alunos que estão impossibilitados de frequentar a escola por razões de proteção à saúde ou segurança abrigados em casas de apoio, casas de passagem, casas-lar e residências terapêuticas (BRASIL, 2002).

Essas leis visam resguardar a criança e o adolescente, sendo um recurso de garantir educação e recreação durante o período de tratamento e uma sociedade mais justa.

4 | FORMAÇÃO DO PEDAGOGO PARA ATUAR EM CLASSES HOSPITALARES

O curso de Pedagogia, após mudanças e propostas de reformulação (CNE/2006) trouxe ao pedagogo a possibilidade em atuar em espaços de Educação formal e não formal.

Para Matos e Mugiatti (2014, p.12):

[...] a questão da formação desse profissional constitui-se num desafio aos cursos de Pedagogia, uma vez que as mudanças sociais aceleradas estão a exigir uma premente e avançada abertura de seus parâmetros, com vistas a oferecer os necessários fundamentos teórico-práticos, para o alcance de atendimentos diferenciados emergentes no cenário educacional.

Para atuar na área da pedagogia hospitalar, o pedagogo devera ter formação preferencialmente em Educação especial. É necessário que tenha noções básicas de

doenças e condições psicossociais vividas pelo aluno. Nas palavras de Wolf (2007, p.02):

A prática do pedagogo na Pedagogia Hospitalar poderá ocorrer em ações inseridas nos projetos e programas nas seguintes modalidades de cunho pedagógico e formativo: nas unidades de internação; na ala de recreação do hospital; para as crianças que necessitem de estimulação essencial; com classe hospitalar de escolarização para continuidade dos estudos e também no atendimento ambulatorial.

É preciso estar apto para trabalhar com a diversidade humana e diferentes vivências culturais. Os conteúdos devem ser flexíveis de acordo com a necessidade e bem estar de cada aluno. De acordo com Sandroni (apud FONTES, 2005, p.6):

Começamos a perceber nesse contexto intersubjetivo do hospital, em que se interpenetram os conceitos de educação e saúde, uma nova perspectiva de educação que fertilize a vida, pois o desejo de aprender/conhecer engendra o desejo de viver no ser humano.

Além de uma formação diferenciada o pedagogo que atua dentro da instituição hospitalar necessita também de uma experiência no plano da psicologia do desenvolvimento e da educação, pois a criança/adolescente hospitalizado em alguns momentos manifestam situações conflituosas a partir de determinadas atividades pedagógicas.

O pedagogo dentro da instituição hospitalar também oferece assistência e atendimento emocional para a família do paciente, para que ele possa se adaptar a nova rotina no espaço hospitalar.

Segundo Matos e Mugiatti (2014, p.116) “o pedagogo hospitalar deve desenvolver habilidades para exercer suas atividades em sistemas integrados, em que as relações multi/inter/transdisciplinares devem ser estreitas”. Elas afirmam também que o pedagogo deve promover o encontro da educação e a saúde.

No decorrer desse período de internação da criança o pedagogo tem a função de organizar o conhecimento sobre aquele espaço, aquela rotina, a informação médica, as doenças de forma lúdica e ao mesmo tempo didática, utilizando o diálogo como base para a educação. Há a necessidade de ter uma abordagem progressista, ter o conhecimento do todo, da realidade hospitalar e da realidade do escolar hospitalizado.

Segundo informações do site do Hospital Boldrini reforça a importância do professor dentro da instituição hospitalar quando diz que o acompanhamento pedagógico-hospitalar promove a construção individual de uma estabilidade de vida, oportunizando a continuidade da escolaridade e a segurança do vínculo social, da aprendizagem e da ligação com a vida. Este atendimento contribui para que as crianças, adolescentes e suas famílias, mantenham o elo com o mundo que ficou fora do hospital na medida em que eles possam, como se não estivessem doentes, participar e aprender, desfrutando do direito básico ao desenvolvimento pleno, independentemente de suas dificuldades.

5 | EXPERIÊNCIAS EM EDUCAÇÃO HOSPITALAR

Já estão sendo realizadas algumas praticas pedagógicas que vem obtendo bons resultados, através de Matos e Mugiatti 2014 podemos citar:

Projeto Mirim de Hospitalização Escolarizada; Projeto Sala de Espera; Projeto Literatura Infantil; Projeto Enquanto o Sono não vem; Inclusão Digital; Moral Interativo; Prevenção; Projeto Eureka Kids; Projeto Campanhas Sociais e Datas Comemorativas; Brinquedoteca hospitalar (p.127-153).

Porém, no Brasil ainda são poucos os hospitais que oferecem atendimento pedagógico e possuem classe hospitalar. Dentre esses hospitais estão o Hospital do câncer de Barretos, o Hospital Boldrini e o Hospital Pequeno Príncipe.

O Hospital do câncer de Barretos oferece atendimento pedagógico aos pacientes, foi construído um setor Infantojuvenil, que possui duas brinquedotecas, uma na ala de internação que é usada por pacientes que tem algum tipo de restrição, e outra na ala do ambulatório que é utilizada por pacientes que estão na sala de espera.

A classe hospitalar da instituição funciona há oito anos foi criada para que as crianças e adolescentes não percam o ano letivo no período de tratamento, a mesma esta vinculada com o colégio estadual da cidade, os professores tem formação adequada.

De acordo com o site do Hospital do câncer de Barretos, as aulas são ministradas de segunda a sexta, no período da manha, no ambulatório e na ala da unidade infantojuvenil. São elaboradas tarefas e provas, as notas e o desempenho do aluno são passados para uma planilha individual, que depois serão repassados a escola.

Outro Hospital que oferece atendimento pedagógico é o Hospital Boldrini, a brinquedoteca terapêutica foi inaugurada em 2001 em parceria com o Instituto Ayrton Senna. Tem como objetivo a melhora do estado físico e emocional do paciente.

A Brinquedoteca terapêutica é dividida em “cantos” para atender a diferente faixa etária de cada paciente. Os cantos são divididos em canto dos bebes, canto do faz de conta, canto da leitura, canto da informática e oficina de artes.

O Hospital Pequeno Príncipe conta com o setor de Educação e Cultura, esse setor realiza ações educacionais e culturais para crianças e adolescentes internados. A maior parte das atividades propostas acontece na sala de Educação e Cultura, mas também tem a sala Ruth Rocha, destinada para bebes e crianças ate seis anos de idade, a sala de leitura, e a brinquedoteca.

O acompanhamento escolar é voltado para aqueles que passam por um longo período de tratamento, mantém a criança ou adolescente conectado a escola. Esse acompanhamento é realizado através do trabalho de professoras das Secretarias Municipal e Estadual de Educação e atua como uma extensão da escola.

Além do acompanhamento escolar, o setor de Educação e Cultura é composto

por programa de leituras, programa “jogos de todo o mundo”, projetos de pesquisa, cirandas do saber, oficinas de artes.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo bibliográfico, nosso objetivo principal era compreender o surgimento das classes hospitalares e ao amparo legal existente para seu funcionamento. Pudemos verificar que as primeiras experiências são recentes na História da Educação, do século XX, no Brasil na década de 50 e, especialmente um crescimento significativo na década de 90, coincidentemente com o surgimento de leis que promoveram a garantia da oferta da pedagogia hospitalar.

Pelos estudos realizados e informações disponíveis nos meios digitais, foi possível observar que há como ensinar e promover a interação paciente-hospital, mas ainda não existem muitos hospitais que oferecem classes hospitalares, seja pelas dificuldades com espaço, formação de pedagogos, etc. o que também indica que entre as garantias legais e a realidade, existem abismos, e, a sociedade brasileira necessita tomar contato com direitos e buscar garantias.

Para se trabalhar na recuperação da saúde do aluno-paciente também é necessária atenção na formação do pedagogo que deve compreender a criança ou adolescente de forma integral e buscar o desenvolvimento cognitivo, social e afetivo nos espaços hospitalares para minimizar traumas. Temos ainda necessidade de estudar mais a Pedagogia Hospitalar e investir na formação de pedagogos que estejam dispostos a enfrentar a realidade fora do espaço escolar.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Áurea V. et al. A práxis pedagógica no ambiente hospitalar: perspectivas e desafios. **Pedagogia em Ação**, Belo Horizonte, v.1, n.1,p 1-141, jun.2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. – Brasília :Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.86 p. – (Série legislação ; n. 125)

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília; 1991.

BRASIL, Ministério da Educação. **CLASSE HOSPITALAR E ATENDIMENTO PEDAGÓGICO DOMICILIAR**: estratégias e orientações. Secretaria de Educação Especial. –Brasília : MEC ; SEESP, 2002.35 p.

CENTRO INFANTIL BOLDRINI. **Brinquedoteca**. Disponível em: <<http://www.boldrini.org.br/index.php/humanizacao-2/brinquedoteca/>>. Acesso em 26 de abril de 2016.

COMPLEXO PEQUENO PRÍNCIPE. Disponível em: <<http://pequenoprincipe.org.br/hospital/educacao->

e-cultura/ >. Acesso em 28 de abril de 2016.

CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO-EDUCERE,9,2009, Curitiba. **A CLASSE HOSPITALAR COMO GARANTIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE HOSPITALIZADO: UMA NECESSIDADE NA CIDADE DE PONTA GROSSA**. Curitiba: Editora Champagnat,2009.1248-1258.

ESTEVES, C. R. **Pedagogia Hospitalar**: um breve histórico. Artigo disponível em <<http://www.smec.salvador.ba.gov.br/site/documentos/espaco-virtual/espaco-educacao-saude/classes-hospitalares/WEBARTIGOS/pedagogia%20hospitalar....pdf>> – acesso em 02/08/2015.

FONTES, R. de S. Da Classe à Pedagogia Hospitalar: a educação para além da escolarização. **Linhas**, Florianópolis,v.9,n.1,p. 72-92, jan. / jun. 2008.

_____. **O desafio da Pedagogia Hospitalar**. Artigo disponível em <<http://vidaeducacao.com.br/?p=201>> – acesso em 21/07/2015.

HOSPITAL DO CANCER DE BARRETOS. **Classe Hospitalar**. Disponível em: <<https://www.hcancerbarretos.com.br/humanizacao-infantojuvenil/1140-classe-hospitalar>> Acesso em 26 de abril de 2016.

MATOS, E. L. M.; MUGIATTI, M. M. T. de F. **Pedagogia Hospitalar**: A humanização integrando educação e saúde. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

OLIVEIRA, Linda marques de, FILHO, Vanessa Cristiane de Souza, GONÇALVES, Adriana Garcia. Classe Hospitalar e a Prática da Pedagogia. **Revista Científica Eletrônica de Pedagogia**, Garça/ SP, ano 6, n.11, janeiro,2008.

SANDRONI, G. A. **CLASSE HOSPITALAR**: um estudo teórico.2007.32p.Trabalho de conclusão de curso. Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, SÃO CARLOS,2007.

WOLF, Rosângela Abreu do Prado. **Pedagogia hospitalar: A prática do pedagogo em Instituição não escolar**. Disponível em pdf no site: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/conexao/article/view/3836/>>-acesso em:07/10/2015.

COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO UTILIZADO PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA OPERAÇÃO LAVA JATO: MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E INFORMAÇÕES RELEVANTES NAS INVESTIGAÇÕES

Maria Aparecida Vasco Cela

Centro Universitário São Francisco de Barreiras-
UNIFASB

Barreiras-Bahia

<http://lattes.cnpq.br/7065525496600016>

Luiz Antônio Fabro de Almeida

Centro Universitário São Francisco de Barreiras-
UNIFASB

Barreiras-Bahia

<http://lattes.cnpq.br/6586192841726892>

RESUMO: O presente estudo versa sobre a Colaboração Premiada - que é um instituto do direito processual penal e uma técnica especial de investigação, além de ser um meio de obtenção de prova, na qual o autor coopera com a justiça, por meio da delação de seus cúmplices em troca de benefícios. Visa analisar a efetividade da Colaboração Premiada como instrumento eficaz nas investigações do combate à corrupção, lavagem de dinheiro e organizações criminosas, dentro da Operação Lava Jato, possibilitando a celeridade dos processos investigativos - no direito Penal do Brasil. O método escolhido para o desenvolvimento da pesquisa é o Método Dedutivo, que é o mais adequado ao propósito do estudo partindo de leis ou teorias para os casos particulares. A técnica para realização da pesquisa é bibliográfica, de resultados de pesquisas. A nova Lei do crime organizado,

Lei 12.850/13, vem para suprir as lacunas legislativas, dando mais segurança ao instituto da Colaboração Premiada, o que possibilitou resultados excelentes, tais como a recuperação do produto do crime, punição dos infratores e o desmantelamento das organizações.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada. Organização Criminosa. Corrupção. Operação Lava Jato. Meio de prova.

PLEA BARGAIN AS AN INSTRUMENT USED BY THE BRAZILIAN CRIMINAL LAW IN THE LAVA JATO (CAR WASH) OPERATION: MEANS OF OBTAINING EVIDENCE AND RELEVANT INFORMATION IN THE INVESTIGATIONS

ABSTRACT: The present study talks about Plea Bargain – which is an institute of the criminal procedural law and a special investigation technique, besides being a way to obtain evidence, in which the author cooperates with justice through tipping-off their accomplices in exchange for benefits. It aims to analyze the effectiveness of the Plea Bargain as an effective tool in the investigations fighting against corruption, money laundering and criminal organizations, within the Lava Jato, enabling the agility of the investigative processes – in Brazilian criminal law. The method chosen to the development of this research is the Deductive

Method, which is more adequate to the purpose of the study brought forth from laws and theories to specific cases. The technique used to perform this research is bibliographic, from research results. The new law concerning Organized crime, law 12.850/13, comes to fill the legislative gaps, providing more security to the institute of Plea Bargain, which provided excellent results, such as the recovery of the proceeds of crime, punishment of the offenders and dismantling of the organizations.

KEYWORDS: Plea bargain. Criminal organization. Corruption. Lava Jato (Car Wash) Operation. Form of evidence.

1 | INTRODUÇÃO

O objeto de estudo a Colaboração Premiada no Direito Penal do Brasil, é um instituto do direito processual penal, denominada também como uma técnica de investigação e meio de obtenção de prova, no qual o autor do crime colabora voluntariamente com a justiça delatando seus comparsas.

A Colaboração Premiada, como instrumento utilizado pelo Direito Penal na operação Lava Jato, é um meio de obtenção de prova e informações relevantes nas investigações criminais. O marco inaugural da colaboração processual no Direito Penal brasileiro se deu na década de 1990, com a Lei de Crimes Hediondos nº 8.072/90, a Lei nasce como uma resposta do Estado para o enfrentamento do crime organizado. Desde então a Colaboração Premiada vem evoluindo, a Lei 12.850/13 de crime organizado veio para suprir as lacunas legislativas.

A pesquisa tem por finalidade verificar a efetividade do instituto da colaboração premiada, como meio de prova, para dar celeridade aos processos de investigação de forma eficaz, buscando dismantelar as organizações criminosas e punir seus integrantes.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 Metodologia

Quanto à metodologia, o estudo parte-se em uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório. Com relação à pesquisa exploratória Silva (2003, p. 65) acredita que “é realizada em área na qual há pouco conhecimento acumulado e sistematizado. Tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, para torná-lo mais explícito [...]”. A técnica utilizada para a realização do presente estudo foi a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a necessidade avaliar a efetividade probatória da Colaboração Premiada, especialmente, dentro da Operação Lava Jato, nas investigações de combate à corrupção e o dismantelamento de organização criminosa no Brasil. De acordo com Silva (2003, p. 60) diz que “esse tipo de pesquisa tem como fundamento explicar e discutir determinado tema com base em autores e

referências já publicados em livros, periódicos e etc”. Procurando sob esses aspectos, elabora uma pesquisa dotada de máxima credibilidade.

3 | RESULTADO E DISCUSSÃO

3.2 A importância protecional do estado

O combate ao crime organizado é prioridade para todos os países. Esse é um crime que traz uma insegurança sem precedentes e produz efeitos negativos com relação aos aspectos sociais e econômicos. Com a necessidade de buscar um justo equilíbrio constitucional para atender às exigências da segurança e de defesa dos direitos e garantias fundamentais, que no Brasil vem, através de medidas legislativas, proteger-se dessa modalidade criminosa.

Conforme Pereira (2016, p.89),

O conteúdo objetivo dos direitos fundamentais permitiu também a elaboração dos deveres de proteção, fundamentando a obrigação de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto, exigindo uma ação positiva estatal. Essa concepção é trasladada ao processo de forma mais elaborada a partir da ideia de que a realização e o asseguramento dos direitos fundamentais dependem das regras de organização e procedimento e estas, por sua vez, são influenciadas pelos direitos fundamentais, de modo que, se as disposições processuais não forem adequadas, pode ser afetada a própria validade efetiva dos direitos fundamentais.

É obrigação do Estado de Direito, elaborar medidas capazes de combate à criminalidade, através de ferramentas eficazes, aliás, somente será possível essa proteção através de regras e procedimentos que concretizam a proteção dos direitos fundamentais.

3.3 A delação premiada no direito brasileiro

A legislação brasileira, em consonância com outros países, adota a Colaboração Premiada no Brasil. O seu marco inaugural se deu através da Lei de Crimes Hediondos nº 8.072/90. No ano de 1998 foi promulgada a Lei 9.613/98, que trata do crime de lavagem de dinheiro e também prevê e disciplina sobre a possibilidade de diminuição de pena para o colaborador espontâneo.

Conforme artigo (art. 1º, § 5º, Lei 9.613/98),

A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam a apuração das infrações penais, a identificação dos autores, coautores e partícipes, ou a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (BRASIL,1998, p. 2).

A lavagem de dinheiro é procedente de atividades ilícitas, que consiste em

ocultar ou dissimular a sua verdadeira origem, não sendo um fenômeno novo, porém, nos últimos anos, a situação se agravou, alcançando uma profundidade inesperada.

A Lei 12.850/13 brasileira em observância a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), procurou a um só tempo definir o que se entende por organização criminosa, (FONSECA, 2017).

De acordo com a Lei 12.850/13 em (art. 1º, § 1º),

Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013, on-line)

O instituto de Colaboração Premiada surge com o propósito de favorecer o descobrimento de infrações penais, bem como a identificação da autoria e a participação de agentes nas organizações criminosas, no qual um autor do crime que colabora junto com a justiça e com as investigações e delata os seus companheiros, tem o direito de receber alguns benefícios.

3.4 A importância da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, para dar celeridade aos processos de investigação.

A Lei 12.850/13 no seu art.3º estabelece que a Colaboração Premiada seja um meio de obtenção de prova. É fundamental essa diferenciação, pois esse instituto se caracteriza como meio de obtenção de prova, sendo notória a possibilidade de sua realização na fase investigatória, pois os conteúdos das declarações não servem diretamente para a convicção do juiz, mas ficarão à disposição das autoridades policiais e do Ministério Público como elementos de convicção a instruir outras ações ou até mesmo dar início a novas investigações.

Conforme Pereira (2016, p. 190),

Os meios de pesquisas ou obtenção de prova” são, no mais das vezes, dispostos fora da instrução judicial, normalmente pressupõem a surpresa e ausência de contraditório. Por isso não são fontes diretas do convencimento judicial, e se prestam a obtenção de dados com capacidade probatória que independem do desenvolvimento do próprio meio, como são os casos da busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilos bancários ou fiscal.

Esse fator surpresa do meio de obtenção de prova, torna-se um instituto ligado totalmente ao interesse das autoridades estatais, sendo possível a sua utilização como estratégias investigativas, sem qualquer participação ou manifestação da parte acusada.

3.5 A colaboração premiada como um instrumento eficaz utilizado pela operação lava jato, no combate à corrupção e às organizações criminosas no Brasil

A Colaboração Premiada apresenta-se como um dos instrumentos mais vantajosos para revelar grandes esquemas criminosos e o caminho do dinheiro ilícito desviado. Tendo em vista que o crime organizado é estruturado para não deixar rastros, em qualquer de suas modalidades criminosas, sendo a lei do silêncio uma medida de preservação da própria existência da empresa criminosa. (FONSECA, 2017)

Segundo a Lei nº 12.850/13 no artigo 4º,

A Colaboração Premiada será possível desde que dela advenham no mínimo um, dentre os seguintes resultados: a) a identificação dos demais coautores e partícipes e dos crimes por ele praticados; b) o esclarecimento da hierarquia da organização; c) a prevenção de crimes decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a localização de eventuais vítimas vivas; a recuperação total ou parcial do produto dos crimes praticados pela organização delituosa.

O procedimento da Colaboração Premiada, ao mesmo tempo em que prevê formalidades legais para a concretização e homologação do acordo, estabelece critérios de fiscalização e controle a serem exercidos pelo juiz. O conteúdo do acordo de colaboração está previsto no art. 6º da Lei 12.850, abrange o resumo da colaboração com indicação dos resultados que se pretende obter; os compromissos assumidos pelo colaborador e os benefícios legais oferecidos pelo Ministério Público.

O primeiro acordo firmado pela Operação Lava Jato foi o de Paulo Roberto Costa, o ex-diretor de abastecimento da Petrobras. Ele abre o jogo e fala como funcionava o esquema de corrupção na estatal. Afirmou que a corrupção atinge todas as diretorias da Petrobras, que desviavam 3% do valor dos contratos para os políticos, beneficiários do esquema, nos quais estavam envolvidos senadores, deputados, governadores e ministros (BONIN, 2014).

A Lei 12.850/2013, ao estabelecer o procedimento de Colaboração Premiada, deixa claro a sua natureza negocial. O art.4º, §6º refere-se às negociações entre as partes para formalização do acordo; já o art. 4º, §11, volta a se referir aos termos do acordo de colaboração, a serem apreciados na sentença; no art.4º, §15, prevê-se a participação do defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução, fases que aproximam colaboração premiada como negócio jurídico.

A Criminalidade Organizada, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e perigo gigantesco, além de poder produzir consequências imprevisíveis e incontrolláveis. Logo, é notória a importância da atuação do Estado para combater essa modalidade organizada.

4 | CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da Colaboração Premiada, que é um instituto do Direito Processual Penal, como meio de obtenção de prova nas investigações criminais, de grande eficácia e eficiência para o desmantelamento das organizações criminosas e a punição dos responsáveis. O crime organizado é muito difícil de ser descoberto pelos métodos tradicionais de investigações por se tratar de crime complexo e sofisticado, o que acaba passando despercebido aos olhos das autoridades, que sem a colaboração seria improvável a sua descoberta.

O Estado de Direito brasileiro percebendo a fragilidade e ineficiência dos meios tradicionais de investigação, em consonância com outros países, adota a Colaboração Premiada para combater a corrupção e o crime organizado. A mesma surge como uma resposta do Estado Democrático de Direito frente à Criminalidade Organizada. Existindo falha ou bloqueio nas investigações tornando o sistema ineficiente ou inadequado e impossibilitando o seguimento das apurações das autoridades devido a sua complexidade, surge então, a necessidade de o Estado buscar reforços para combater e reduzir a criminalidade.

Durante o estudo, demonstra-se que esse instituto é um meio de obtenção de prova destinada a demonstrar a ocorrência de crime e de sua autoria, o que integra as iniciativas da acusação para a formulação do juízo de certeza ou de probabilidade da autoria e materialidade, indispensáveis para o enfrentamento da criminalidade organizada estando de acordo com as obrigações assumidas pelo Brasil em face da defesa de direitos fundamentais.

Perpassando os resultados almejados pela presente pesquisa, ainda temos como exemplo as prisões de Eduardo Cunha, ex- deputado federal e presidente da Câmara dos deputados que foi condenado a 15 anos de prisão, e teve confiscado 2,3 milhões de dólares bloqueados na Suíça, devolvidos aos cofres públicos e a prisão do senador Delcídio do Amaral, em pleno exercício do seu mandato. (DALLAGNOL, 2017).

Nota-se que a Colaboração Premiada é uma técnica especial colocada à disposição da polícia judiciária, para desmascarar e punir os infratores, contribuindo assim, o combate à impunidade que se instalou em todo o cenário nacional.

A celeridade das investigações da Operação Lava-Jato, que revelou esquema bilionário dentro da Petrobras, sangrando os cofres da estatal e abastecendo os bolsos dos políticos evidenciou o instituto da Colaboração Premiada, como meio de obtenção de prova, para recuperar o produto do crime, punir os corruptores e desmantelar as organizações criminosas. Tornando-se evidente que seria improvável essa descoberta pelos meios tradicionais de investigação, por se tratar de crime sofisticado e de difícil investigação.

REFERÊNCIAS

BONIN, Robson. O doleiro fala; yousef: doação era propina. **Revista Veja**.ed. 2396- ano 47- nº 43. P. 70 á 75. Out. 2014.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO DECRETO 9.613, DE 03 DE MARÇO DE 1998. Dos Crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Brasília, DF, 1998 Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/leisedecretos/Port/lei9613.pdf> Acessado em 25 de abr. de 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 8.072/1990, DE 25 DE JULHO DE 1990. **Lei dos crimes Hediondos**, Brasília, DF, junho 1990. Disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8072.htm> Acessado em 25 abr. 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. **Da Organização Criminosa**. Brasília, DF, Agosto de 2013. Disponível no site: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-normaatualizada-pl.pdf>> Acessado em 25 abr. 2019.

DALLAGNOL, Deltan. **A Luta Contra a Corrupção**. Rio de Janeiro: Ltda., 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Quedes. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, Antônio Carlos Ribeiro da. **Metodologia da Pesquisa Aplicada à Contabilidade: orientações de estudos, projetos, relatórios, monografias, dissertações, teses**. 1a Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CRIANÇAS (IN)VISÍVEIS: O ESTATUTO DA ADOÇÃO

Maria Lidia Amoroso Anastacio da Silva

Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões.

Advogada regularmente inscrita na OAB/MG e associada ao IBDFAM.

Juiz de Fora – Minas Gerais
lidiaamoroso.adv@gmail.com

RESUMO: Pretende-se, com este artigo, trazer à baila os aspectos jurídicos da adoção, como ocorre e como está elencada no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que neste ano completou 28 anos. Analisam-se os institutos da “adoção à brasileira”, a colocação em família substituta, os conceitos de família extensa/ampliada, bem como o procedimento legal para se efetivar uma adoção. O objetivo principal deste trabalho, entretanto, diz respeito ao “Estatuto da Adoção” (Projeto de Lei nº 394 de 2017), que está em trâmite no Senado Federal e que pretende revolucionar a adoção no Brasil, uma vez que ataca os problemas existentes da invisibilidade das crianças que ficam nos abrigos até completarem a maioria e não são adotadas em virtude de prazos e dificuldades jurídicas e políticas que fazem com que o processo de destituição do poder familiar e consequente adoção demore muito. O Estatuto tem como objetivo excluir alguns requisitos objetivos e subjetivos, além de regular de forma dinâmica essa colocação

das crianças em famílias substitutas. Desta maneira, o objetivo deste trabalho é justamente analisar o novo Estatuto da Adoção, idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM, que é de grande relevância social, uma vez que está em trâmite atualmente e pode ser uma ferramenta transformadora na dinâmica dos processos de adoção.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. ECA. Estatuto da Adoção

(IN)VISIBLE CHILDREN: ADOPTION ESTATUTE

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze adoption’s legal aspects, that is, how does it occur and its law. In this way, it’s quickly analyzed the institutes of “adoção à brasileira” and “adoção *intuitu personae*”, besides the legal procedure to effect an adoption. It’s still introduced the requirements, as well the phases of prior registration, entry in the queue of adoption and enabling. The central point of this research, however, is the new ADOPTION ESTATUTE which is in process in Upper House and pretends to revolutionize adoption in Brazil, since it attacks the main problem of children on children’s home – their invisibilities. Children in Brazil are not adopted because of terms and legal and political difficulties which make the removal of the family power process to take a

long time, delaying adoption. The new ADOPTION ESTATUTE has, as its goals, to cut some of the requirements. The ECA, besides its big importance to adoption's institute, doesn't have celerity and the right attention to the cause. Thus, the main object of this research is to analyze the new ADOPTION ESTATUTE, made by IBDFAM, and that has a big importance to society, once can be a transforming tool on legal's adoption process.

KEYWORDS: Adoption. ECA. Adoption Estatute.

1 | INTRODUÇÃO

Pretende-se, com este artigo, fazer uma breve análise sobre o Projeto de Lei (PLS) 394/2017, intitulado de “Estatuto da Adoção”, projeto de lei que está em votação no Senado, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), idealizado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito das Famílias) que pretender dar maior celeridade aos processos de destituição do poder familiar, além de trazer outras mudanças.

Desta forma, discorrer-se-á brevemente sobre a adoção em si e como ocorre seu procedimento atualmente, bem como seus requisitos, assim como a adoção à brasileira, adoção dirigida ou personalíssima, além de trazer os principais pontos que o Estatuto pretende alterar.

2 | ADOÇÃO E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

A adoção nada mais é do que um ato de amor e cuidado que garante a convivência familiar, que se trata de um direito constitucional não apenas das crianças, mas de todos os seres humanos. A adoção, juntamente com a convivência familiar, garante, ainda, o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes através da afetividade, cuidado, educação, carinho, proteção.

Do ponto de vista jurídico a adoção é,

A inclusão de uma pessoa em uma família distinta da sua natural, de forma irrevogável, gerando vínculos de filiação, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-a de quaisquer laços com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais. (ROSA, 2016, p.281),

Independentemente de qualquer coisa, o primordial em qualquer processo de adoção, e na verdade em qualquer processo que envolve direitos de crianças e adolescentes, é se pautar pelo Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Do Adolescente. O Direito das Famílias é um ramo muito peculiar, não se adequando a certas regras que permeiam os outros ramos do Direito. Nos processos que envolvem divórcios, guarda de filhos, pensões alimentícias e adoções onde, literalmente cada caso é um caso, os operadores do direito devem possuir sabedoria para compreender esse fato.

Segundo o ilustre presidente nacional do IBDFAM, advogado e psicanalista, Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, no Direito de Família a máxima jurídica “o que não está nos autos, não está no mundo” se torna inaplicável. A realidade é necessariamente oposta, ou seja, na maioria desses casos o que não está documentado e provado no processo torna-se muito mais importante, tais como as relações, sentimentos e pensamentos das pessoas envolvidas, vez que todas essas variáveis interferem sobremaneira no andamento processual.

Assim, faz-se necessário priorizar, sempre, o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Primeiramente, cumpre ressaltar que não há distinção entre filhos adotivos e biológicos, todos são iguais de acordo com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

A adoção expressa verdadeiramente a Paternidade Consciente, uma vez que por mais que os pais biológicos possam programar o nascimento dos filhos, este muitas vezes pode ocorrer de maneira não planejada, enquanto a adoção de modo geral é bem planejada e escolhida, sendo consciente.

Neste sentido a paternidade, ou melhor, a parentalidade socioafetiva nada mais é do que o parentesco instituído através de laços de afetividade, pela relação de cuidado e carinho estabelecida, ao contrário dos laços consanguíneos.

3 | CONDIÇÕES GERAIS

Para abordar o procedimento de adoção em si, é importante mencionar quem pode adotar e ser adotado. O adotante, pessoa que adota, deve ter dezoito anos ou mais, conforme artigo 42 *caput* do ECA, além de manter uma diferença de idade de dezesseis anos para a criança/adolescente adotado (Art. 42, §3º ECA). Conforme Rosa (2016), essa diferenciação tem a intenção de imitar a existência de diferença de idade que ocorre na filiação biológica.

Os impedidos de adotar são os ascendentes, isto é, avós ou bisavós e os colaterais de segundo grau, ou seja, irmãos, conforme o artigo 42, §1º do ECA. Isto não significa que os avós ou irmãos não possam se utilizar de outras formas de família substituta, como a guarda ou tutela.

Além destes, segundo o artigo 44 ECA, estão impedidos de adotar, enquanto não derem conta de sua administração e saldar o seu alcance, o tutor e o curador do pupilo e curatelado, respectivamente.

O adotando, de acordo com o artigo 40 ECA, deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, havendo apenas uma exceção, quando ele completa a maioridade já estando sob guarda ou tutela de determinada família.

Além disso, tem-se que os requisitos subjetivos para a adoção são: idoneidade do adotante; motivos legítimos/desejo de filiação e reais vantagens para o adotando,

por ser medida excepcional. Já os requisitos objetivos são: adotante maior de 18 anos e diferença de idade de 16 anos; estágio de convivência anterior determinado pelo juiz; prévio cadastramento no cadastro de adoção; consentimento dos pais biológicos ou destituição do poder familiar e consentimento do adotando, se ele for maior de 12 anos.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, existem três modalidades de adoção, quais sejam: **unilateral** referente ao artigo 42, *caput*, do ECA, **conjunta** (artigo 42, §2º ECA) e **unilateral** referente ao artigo 41, §1º do ECA.

O primeiro tipo de adoção unilateral diz respeito às pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas, que decidem adotar sozinhas. A adoção conjunta trata-se de adoção por casal, e tem a necessidade de comprovar a estabilidade do relacionamento (art. 42, §2º ECA), a não ser que sejam divorciados, separados judicialmente ou ex-companheiros que tenham iniciado o estágio de convivência na constância da união e, sobretudo, possuam vínculo de afinidade e afetividade com a criança ou adolescente.

Além disso, conforme o artigo 42, §4º do ECA, é necessário que acordem sobre guarda e regime de convivência, atentando-se para o fato de que a regra, hoje, é a modalidade da guarda compartilhada, além da prestação de alimentos.

A terceira e última modalidade de adoção, também unilateral, diferentemente da primeira, ocorre quando o novo cônjuge ou companheiro deseja adotar o filho do relacionamento anterior, ou seja, a adoção de seu enteado.

Igualmente é possível, neste terceiro caso, proceder-se ao reconhecimento da paternidade socioafetiva ao invés da adoção, situação em que o nome do novo cônjuge/companheiro será incluído no registro de nascimento do enteado, que passará a conter o nome dos três genitores (dois biológicos e um socioafetivo), sem haver destituição do poder familiar de nenhum dos genitores biológicos, como necessariamente ocorrerá na adoção.

Antes de adentrar no procedimento, é importante expor o conceito de família extensa. A família extensa é composta por parentes consanguíneos, ou seja, que tenham o vínculo biológico, mas que também possuam vínculo de afetividade e afinidade. Para exemplificar trago a situação de tios distantes de determinada criança. Por certo, estes tios fazem parte da família biológica, mas não da família extensa, vez que não há laços de afinidade. Para a criação deste tipo de vínculo, é necessário que os parentes tenham convivido com a criança/adolescente.

4 | PROCEDIMENTO PARA ADOÇÃO

A Lei da Adoção (nº 12.010/09) definiu que o Estatuto da Criança e do Adolescente contém todo o procedimento para adoção, sem necessidade de se recorrer ao Código Civil. Além disso, substituiu o termo “pátrio poder” por “poder familiar”, que no novo Estatuto da Adoção é chamado de “autoridade parental”.

Outrossim, em novembro de 2017 foi sancionada a Lei 13.509/2017, que além de reduzir alguns prazos, trouxe algumas inovações quanto, por exemplo, à preferência na fila de adoção para interessados em adotar grupos de irmãos. Também passa a ter prioridade quem quiser adotar adolescentes com deficiência, doença crônica ou necessidades específicas de saúde.

4.1 Procedimento de Habilitação

O primeiro passo para adotar crianças ou adolescentes no Brasil é o chamado “Procedimento de Habilitação à Adoção”, que ocorre perante o Juizado da Infância e Juventude de cada comarca.

O objetivo deste procedimento é, na verdade, a inscrição dos adotantes no Cadastro Nacional de Adoção (artigo 50 ECA), sendo que sua convocação para adoção será feita de acordo com a ordem cronológica de habilitação, ou seja, de acordo com a fila de adoção, e das crianças e adolescentes disponíveis.

Um dos pontos mais importantes desta etapa é a participação dos futuros genitores em programa de preparação psicológica, em que a equipe interprofissional realiza um estudo psicossocial, com o intuito de, segundo Rosa (2016, p. 287), “aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos para adoção (artigo 197-C ECA)”

Atualmente o prazo máximo previsto para esse procedimento é de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis pelo Juiz de forma fundamentada pelo mesmo período, conforme o artigo 197-F, incluído pela nova lei de novembro de 2017.

Existem três possibilidades de dispensa desta prévia habilitação, quais sejam: quando o pedido de adoção é realizado pela família extensa, conforme já explicitado, uma vez que não buscam qualquer criança, mas sim a que possui os laços biológico e afetivo; quando a adoção é unilateral pelo novo cônjuge ou companheiro, vez que ele procura adotar seu enteado, e não uma criança em uma fila de adoção; bem como quando o pedido é feito por quem já detém a guarda ou tutela do menor, maior de três anos de idade, conforme artigo 50, §13º do ECA.

Para ocorrer a adoção é necessário que haja consentimento dos pais biológicos ou representantes legais (artigo 45, *caput*, ECA), ou então que haja a destituição do poder familiar, caso eles não concordem. No caso de a criança ser maior de doze anos também será necessário o seu consentimento, nos termos do artigo 45, §2º do ECA.

Portanto, se de um lado temos no cadastro nacional de adoção a inscrição dos que desejam adotar, que passaram pelo procedimento de habilitação (quando não dispensados), de outro temos as crianças e adolescentes também incluídos no cadastro, depois de entregues ou quando destituído o poder familiar, o que leva ao segundo passo, qual seja, a “Destituição do Poder Familiar”.

4.2 Destituição do Poder Familiar

Primeiramente cumpre salientar de forma concisa que o poder familiar, ou autoridade parental, como afirma Araújo (2017, p.75) “é o conjunto de direitos e obrigações que os pais têm em face dos filhos menores” e quando do procedimento de adoção, conforme já explicitado, é necessário que haja a destituição deste poder, para que os novos genitores tenham total autonomia e liberdade quanto à criação e educação de seus filhos.

O procedimento da destituição do poder familiar está regulamentado nos artigos 155 e seguintes do ECA e hoje possui o prazo máximo de duração de 120 (cento e vinte) dias, conforme o artigo 163 do ECA, alterado pela Lei 13.509/2017.

Este procedimento corta quaisquer laços com a família natural da criança/adolescente, para que os pais adotivos, quando da adoção, conforme já explicitado, possam ter todas as obrigações e direitos referentes aos seus filhos adotivos, passando-se a família adotiva a ser, com efeito, a “nova” família natural.

Apesar de a Lei 13.509/2017 ter imposto o limite de cento e vinte dias para a finalização deste procedimento, o que ocorre na prática, infelizmente, é muito diferente, seja em razão da morosidade do judiciário brasileiro ou da lentidão para se encontrar membros da família extensa para reinserção.

Por fim, cumpre ressaltar que este procedimento pode ser cumulado com a ação de adoção.

4.3 Ação de Adoção

Enfim, quando adotantes e adotandos encontram-se no cadastro nacional de adoção, dá-se início à ação propriamente dita, quando os pretendentes, liminarmente, passam a ter a guarda provisória da criança/adolescente. Segundo o professor Rosa (2016, p.289) “tal medida, de imediato, obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais biológicos, se for o caso (artigo 33 *caput* ECA).”

Desta forma a criança ou adolescente também se torna dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários (artigo 33, §3º ECA).

O magistrado, em seguida, determina o tempo do “estágio de convivência” na provável nova família pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária, conforme artigos 46, *caput* e 46 § 2º-A, ambos do ECA, sendo esta a fase mais importante do processo de adoção.

Referido estágio deve ser acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude e pode ser dispensado se a criança ou adolescente já estiver sob tutela ou guarda legal do adotante (artigo 46, §1º ECA), porém a guarda de fato não autoriza esta dispensa, por si só, conforme o artigo 46, § 2º do ECA.

O vínculo da adoção se dá através de sentença judicial e sua posterior inscrição no registro civil mediante mandado pelo qual não se fornecerá certidão, de acordo com o artigo 47 do ECA. O mandado judicial cancelará o registro original do adotado, mas isso não quer dizer que ele não tenha direito de conhecer sua origem biológica, bem como ter acesso ao processo, após completar a maioridade.

A ação de adoção deve durar no máximo 120 (cento e vinte) dias, podendo este prazo ser prorrogado uma única vez pelo mesmo período, mediante decisão judiciária fundamentada, nos termos do artigo 47, § 10 do ECA, incluído pela Lei 13.509/2017.

5 | ADOÇÃO À BRASILEIRA E ADOÇÃO PERSONALÍSSIMA

Após a análise do processo de adoção como ocorre hoje, antes da aprovação do PLS 394/2017, é importante mencionar duas figuras consideráveis, quais sejam: adoção à brasileira e adoção dirigida ou personalíssima (*intuitu personae*).

A adoção à brasileira é um mecanismo que burla o processo de adoção, uma vez que determinada pessoa registra como se fosse seu, filho de outrem, o que se configura crime contra o estado de filiação, porém por possuir motivação louvável, esta adoção tem sido reconhecida pela jurisprudência brasileira, se constatada a parentalidade socioafetiva.

Este tipo de adoção não pode se confundir com a adoção personalíssima, que resumidamente é quando os pais biológicos “escolhem” para quem entregarão seu filho para adoção, ou quando os pais adotivos escolhem a criança que irão adotar, mesmo sem estarem habilitadas no cadastro nacional de adoção, sem terem realizado procedimento de habilitação.

As únicas possibilidades, nos dias atuais, de que essa adoção ocorra, são as já mencionadas no tópico 3.1., contidas no artigo 50, § 13 do ECA, ou seja: se tratar-se de pedido unilateral (novo cônjuge ou companheiro); realizado por membros da família extensa ou oriundo de quem já detém a guarda ou tutela legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente.

Porém, em razão do princípio do melhor interesse da criança alguns Tribunais têm flexibilizado esta norma e permitido a adoção personalíssima.

6 | NOVO ESTATUTO DA ADOÇÃO

Finalmente, apresenta-se agora uma breve análise sobre as principais mudanças que o novo Estatuto da Adoção, idealizado pelo IBDFAM, traz.

O primeiro ponto de destaque é que a adoção será regulamentada totalmente pelo estatuto, sendo retirada do ECA, porém sem deixar de se pautar pelos princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, que estão elencados no capítulo I do PLS 394/2017 (artigos 1º a 12).

Para a ilustre Dra. Maria Berenice Dias em entrevista cedida à Revista do IBDFAM (2017, p.6), uma das elaboradoras do projeto, “a Lei da Adoção é tão ruim, que não poderia ser consertada.” Faz-se indispensável a criação de uma lei totalmente nova, com um novo olhar, recomeçando-se do zero, que foi exatamente o que o Instituto Brasileiro de Direito das Famílias fez.

Um ponto de extrema importância do projeto diz respeito ao acolhimento institucional, na medida em que diminui alguns prazos e o tempo de busca por parentes da família extensa, conforme capítulos IV e V do PLS 394/2017.

Quando da institucionalização de uma criança ou adolescente, o Ministério Público deverá ser informado imediatamente, e o Juiz realizará uma audiência para decidir se referido menor permanecerá abrigado ou se já será encaminhado para os pretendentes do cadastro nacional de adoção.

Neste sentido não cabe ao Estado buscar a família extensa, pois isso faz com que o procedimento de destituição familiar demore sobremaneira, uma vez que o Estado não procura apenas a família extensa, mas sim todos os parentes biológicos, que muitas vezes não tiveram o menor de contato com a criança ou adolescente.

Portanto, a proposta é que o poder familiar seja destituído de forma sumária enquanto a audiência se realiza, o que tornará o procedimento mais célere.

De fato, o estatuto tem por objetivo dar visibilidade àquelas crianças e adolescentes que estão abrigados e ainda não foram adotados, mas sem desprezar os preceitos de proteção da criança e do adolescente presentes no ECA. Deve ficar claro que o estatuto não preconiza a adoção a qualquer custo.

Da mesma forma, o estatuto prioriza sim a reinserção na família natural, apenas propõe mecanismos que favoreçam a adoção quando isso não for possível.

Crianças são colocadas em abrigos enquanto o Judiciário busca persistentemente por parentes distantes e a realidade cruel é que as crianças aguardam por muitos anos.

Nessa perspectiva o artigo 23, § 1º do Projeto de Lei elucida que caso o núcleo familiar ou a família extensa não procure a criança ou adolescente institucionalizado ou em acolhimento familiar dentro do prazo de quinze dias, este será entregue à guarda do primeiro da fila de adoção com o perfil indicado, após o período de convivência.

Assim, o menor não ficará “eternamente” à espera de ser reinserido na família biológica, que muitas vezes não tem o menor interesse em cuidar dele.

O terceiro ponto de maior importância que o PLS 394/2017 modifica é a possibilidade mais ampla da adoção dirigida, ou personalíssima, pois, havendo a concordância dos pais de entregarem o filho a uma família específica e determinada, a ação de adoção será cumulada com a ação desconstitutiva da parentalidade, nos termos do artigo 179 do PLS.

Referida adoção personalíssima hoje não é permitida, conforme explicitado alhures, a não ser nas três circunstâncias previstas no artigo 50, § 13 do ECA.

Cumprido ressaltar que o §4º do artigo 179 elucida que caso os pretendentes

“escolhidos” não estejam habilitados no Cadastro Nacional de Adoção, estes devem se submeter a estudo psicológico e social efetuado pela equipe interdisciplinar.

Seguindo esta premissa, o Estatuto da Adoção inova ao também permitir a adoção pela família acolhedora, nos termos do artigo 36 do projeto, sendo uma outra possibilidade de adoção dirigida. Neste caso, a família acolhedora, que acolhe os abrigados provisoriamente, tem preferência em adotar esta criança/adolescente, o que atualmente não é permitido.

Será necessário basicamente o cumprimento de três requisitos, quais sejam: que a criança ou adolescente manifeste sua vontade de ser adotada pelos acolhedores, que haja estudo psicológico e social pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou de outros órgãos de apoio e que, neste estudo, fique comprovada a constituição de vínculo de afetividade, além de demais requisitos previstos na Lei (artigo 36, §1º, §2º e §3º do PLS 394/2017).

A adoção personalíssima por família acolhedora, ao meu ver, tem o escopo de dar à criança e ao adolescente o papel de sujeitos, pois se o menor criou um vínculo de amor com esta família é de se imaginar a frustração deste ao ter que voltar para a fila de adoção, para ser inserido em outra família adotiva, como ocorre hoje.

Nestas situações a criança ou o adolescente parecem objetos que são realocados de acordo com as leis atuais. Além de não ter fundamento, é cruel com os sentimentos desenvolvidos pela criança, que já passou por duas famílias (a natural e a acolhedora) e agora tem que se ver em nova família, a adotiva.

O Estatuto da Adoção ainda estimula o contato de pretendentes à adoção com crianças e adolescentes institucionalizados, o que é de extrema relevância, uma vez que geralmente os pretendentes idealizam determinada criança, e querem adotar somente crianças com aquelas características pré-determinadas, ou seja, com aquele perfil.

O que pode ocorrer, entretanto, é que em alguma das visitas estes se apaixonem por uma criança ou adolescente completamente diferente de seus conceitos prévios, inclusive maiores, negros ou com deficiências, ou seja, os grupos que na maioria das vezes não são escolhidos. Por isso é tão importante criar mecanismos de aproximação.

Com efeito, o direito assegurado pela Constituição Federal à convivência familiar não se traduz, necessariamente, em inserção na família biológica.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredito que enquanto profissionais do Direito, da Psicologia, das Ciências Sociais e Humanas, temos que nos esforçar para dar um lar a essas crianças e adolescentes, que têm um fator decisivo contra elas, que é a unidade “tempo”.

O tempo delas diminui cada dia mais, e a cada dia, elas ficam “apenas” mais um dia nestes abrigos, esperando uma saída. Quando dão por si, passaram-se anos, perderam suas infâncias e a possibilidade de serem adotadas diminui, em razão

desta ideia equivocada de que o lugar ideal para a criança é, necessariamente, junto à sua família biológica.

O que ocorre, na realidade que se escancara à nossa frente, é que elas não são reinseridas na família biológica, nem inseridas na família adotiva, mas sim tornam-se invisíveis nos abrigos do país, motivo pelo qual o projeto de autoria do IBDFAM, “Crianças Invisíveis”, que criou o PL 394/2017 (Estatuto da Adoção), apesar de não ser um texto “perfeito”, é extremamente importante para caminharmos no sentido da mudança dessa triste realidade do sistema de adoção no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., G. C. **Prática no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - *Estatuto da Criança e do Adolescente*, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - *Código Civil*, e da *Consolidação das Leis do Trabalho - CLT*, aprovada pelo Decreto-Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13509-22-novembro-2017-785783-publicacaooriginal-154279-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 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: 01 jul. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 394, de 2017. Dispõe sobre o Estatuto da Adoção de Criança ou Adolescente. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/estatuto.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. (2017). **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**, v 31, 2017, p 5-7.

ROSA, C. P. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MERAMENTE DECLARATÓRIA: SISTEMÁTICA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Thiele Milena Kubaski

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Ponta Grossa – Paraná

RESUMO: Por meio do presente estudo busca-se identificar dentro da estrutura do Código de Processo Civil de 2015 os elementos que permitem a realização do cumprimento de sentença meramente declaratória, utilizando-se para tanto da análise da evolução legislativa em comparação com o revogado Código de Processo Civil de 1973 e possível viabilidade desta prática, bem como, da posição doutrinária sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: sentença declaratória, cumprimento, Código de Processo Civil de 2015.

COMPLIANCE OF A MERELY DECLARATORY JUDGMENT: SYSTEMATIC BY THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: This paper aims to identify within the 2015 Civil Procedure Code structure the elements that allow the compliance of a merely declaratory judgment to happen, using for that purpose the analysis of the legislative evolution in comparison to the repealed 1973 Civil Procedure Code and potential feasibility of such action, as well as the doctrinal stance on the subject.

KEYWORDS: declaratory judgment,

compliance, 2015 Civil Procedure Code.

1 | INTRODUÇÃO

A temática do trabalho consiste em elucidar uma das principais alterações legislativas ocorrida parcialmente no Código de Processo Civil de 1973 e firmada definitivamente no Código de Processo Civil de 2015, que é a possibilidade do cumprimento de sentença meramente declaratória. Por meio de pesquisa documental, desenvolve-se uma reflexão sobre a constante necessidade que a legislação processual civil tem de ser modificada para se condicionar às necessidades atuais da aplicação do direito, dando enfoque especial à fase de cumprimento de sentença no que diz respeito à redação trazida pelo artigo 515, I, do Código de Processo Civil de 2015, que permite a execução das decisões proferidas no processo civil que possuam cunho obrigacional, o que é o caso de alguns tipos de sentenças meramente declaratórias.

2 | OBJETIVOS

O objetivo do presente estudo concentra-se em explicar como ocorre o cumprimento de sentença meramente declaratória conforme a

estrutura do Código de Processo Civil de 2015, localizando-se os dispositivos que autorizam esta prática e referenciando-se sua aplicação legal quanto às inovações trazidas, em comparação com o Código de Processo Civil de 1973.

Método e Técnicas de Pesquisa

São dois os métodos utilizados para o desenvolvimento deste estudo: dedutivo e histórico. Trata-se de fixar historicamente a comparação entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, destacando-se as principais alterações que levaram a autorizar o cumprimento de sentença meramente declaratória, apresentando-se, de um panorama geral para um particular, a aplicação destas alterações. Utiliza-se a técnica de pesquisa documental, pairando sobre a doutrina nacional e sobre a legislação que ampara o cumprimento de sentença meramente declaratória, o que abarca especificamente os Códigos de Processo Civil de 1973, o de 2015 e determinadas leis extravagantes.

Resultados

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 observou-se por diversas vezes a necessidade desse diploma legal de passar por constantes modificações para manter-se atualizado, haja vista ter avançado, sob uma perspectiva histórica, por diversos períodos que demandavam adaptações do seu conteúdo ao momento vivenciado.

Uma importante alteração foi a Lei Federal nº 11.232/2005 que instaurou no cenário processual civil a fase de cumprimento de sentença, regida pelos artigos 475-I a 475-R do revogado Código, que correspondeu exatamente à execução da sentença como uma fase dentro de um mesmo procedimento, e não ao objeto de outro processo (THEODORO JUNIOR, 2007, p.104).

A elaboração de um Código de Processo Civil mais moderno, decretado em 2015, foi impulsionada em especial pela imposição de se retirar da prática processual sua complexidade, tornando a prestação jurisdicional mais célere e proveitosa. Exemplo disso é a redação dada ao artigo 515, I, do vigente Código, que prevê a possibilidade de execução das decisões proferidas no processo civil, máxima que abrange sentenças meramente declaratórias munidas de cunho obrigacional. O mencionado artigo determina que são títulos executivos judiciais as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. Utilizando-se genericamente da palavra “decisões” o legislador leva à interpretação de que são ampliadas as possibilidades de atividade executiva.

A primeira oportunidade em que fora admitida a sentença declaratória como título executivo judicial partiu de decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 588.202, relatado pelo ministro Teori Albino Zavascki (2000, p. 195):

Tutela jurisdicional que se limitasse à cognição, sem medidas complementares para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, seria tutela incompleta. E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, por sentença, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, novamente, a juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente da anterior, pena de comprometimento da garantia da coisa julgada assegurada, constitucionalmente.

Na época, o artigo 584 do Código de Processo de Civil de 1973 foi expressamente revogado, com a posterior implantação de um novo rol de títulos executivos judiciais no artigo 475-N, sob os parâmetros expressos na Lei 11.232/05. Esta modificação culminou em certas controvérsias doutrinárias, pois trazia uma prática ainda indefinida. A exemplo, a crítica formada contra esta praxe por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2008, p. 150):

(...) na sentença meramente declaratória (CPC 4º) não há imposição de obrigação nem de sanção, traço caracterizador da eficácia executiva da sentença, não contém aptidão para impor a prática de atos de execução, não contém força executiva. Reconhecer a existência de obrigação não é a mesma coisa que impor obrigação (...). Não se pode conferir a essa sentença de mera declaração, uma eficácia não pedida pelo autor da ação (eficácia executiva), impondo-se ao réu consequência diversa daquela para o qual fora citado para defender (...). O processo civil é dispositivo, cabendo o autor delimitar a lide e, por consequência, o conteúdo e a eficácia da sentença. Economia e celeridade processual têm como limite as regras do devido processo legal e dos sistemas da CF e do CPC.

Apesar da polêmica observada, certo é compreender que ao acolher a prática de possibilitar o cumprimento de sentença meramente declaratória, a lei processual adquiriu maleabilidade e celeridade, sendo esta atividade vista como vantajosa para abreviar a fase de execução. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 132):

Ao descrever o título executivo judicial básico, o art. 475-N, redigido pela Lei nº 11.282/2005, de 22.12.2005, não mais o restringe à sentença condenatória civil, pois considera como tal toda 'sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia'. Alargou-se, desta forma, a força executiva das sentenças para além dos tradicionais julgados de condenação, acolhendo corrente doutrinária e jurisprudencial que, mesmo antes da reforma do CPC, já vinha reconhecendo possibilidade, em certos casos, de instaurar execução por quantia certa também com base em sentenças declaratórias.

Enfim, com a elaboração do Código de Processo Civil de 2015, restou firmada definitivamente a possibilidade da execução de sentença meramente declaratória, conforme a redação dada ao artigo 515, I, desde que respeitado o que regula os moldes do inciso I do artigo 487, de forma que a sentença meramente declaratória somente será um título executivo legítimo quando reconhecer expressamente a exigibilidade da obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, criando condições e autorizando uma execução forçada caso o réu não cumpra

com a obrigação nos termos, condições e prazo a ele impostos (BUENO, 2015, p. 382).

Pela explicação de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p.1.857-1.858):

De antemão, deve-se lembrar que as ações declaratórias são dúplices, de forma que mesmo sem pedido contraposto ou reconvenção a sentença pode entregar o bem da vida em disputa ao

réu vencedor. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema admitindo que o réu nesse caso execute a sentença na parte em que declara a existência de dívida cuja inexistência era pedida pelo autor. Com tal decisão, parece que o tribunal sacramentou que a sentença meramente declaratória de dívida é título executivo judicial em qualquer hipótese. O inciso I do art. 515 do Novo CPC aparentemente toma partido nessa considerável polêmica doutrinária. Ao substituir o termo “existência” por “exigibilidade”, o legislador parece ter consagrado o entendimento de que a sentença meramente declaratória é título executivo judicial desde que reconheça a exigibilidade de uma obrigação.

Para verificar se a sentença meramente declaratória se configura como título executivo, conforme descreve Marcelo Abelha (2016, p. 188-189), é necessário observar criteriosamente seu cunho obrigacional:

É importante dizer que a “eficácia executiva” da norma jurídica concreta (judicial ou extrajudicial) resulta da sanção existente na própria norma, que também é revelada. O legislador pode, contudo, atribuir eficácia executiva a provimentos declaratórios que contenham todos os elementos (objetivos ou subjetivos) do dever legal ou obrigação, tal como se infere do art. 515, I. Nessas hipóteses, observe-se, existe no direito material uma obrigação inadimplida, ou seja, o legislador processual não cria a obrigação, mas apenas permite que o titular de uma obrigação inadimplida reconhecida em uma sentença declaratória possa promover a execução contra o devedor, sem precisar de outro processo cognitivo – condenatório – para obter o título executivo.

Em conclusão, perante o Código de Processo Civil de 2015, o cumprimento de sentença declaratória é possível desde que seu conteúdo expresse seguramente uma eficácia executiva.

3 | DISCUSSÃO

O ponto central discutido foi quais elementos da legislação processual civil autorizam e condicionam a prática do cumprimento de sentença meramente declaratória e sua repercussão doutrinária.

Após concisa análise da questão discutida, restou demonstrado que o cumprimento de sentença meramente declaratória obedece ao critério específico da exigibilidade. Não é toda sentença meramente declaratória que comporta cumprimento. Para que ocorra a atividade executória, é imprescindível que conste cunho obrigacional no conteúdo da decisão, e só então a sentença meramente declaratória adquirirá caráter de título executivo.

São exemplos de sentenças declaratórias aquelas proferidas na ação de investigação de paternidade, na ação de usucapião, bem como nas que declaram a existência de crédito ou a inexistência de um débito, na ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, na ação declaratória de união estável e nas ações de consignação em pagamento.

Já as sentenças proferidas em sede de ação declaratória de extinção da obrigação, ação de consignação, ação declaratória de rescisão contratual, ação declaratória negativa e ação declaratória de inconstitucionalidade, por exemplo, simplesmente pelo fato de encontrarem fim em si mesmas, não são dotadas de exigibilidade e, portanto, não são passíveis de cumprimento.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo leva ao esclarecimento de que pela redação do artigo 515, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, restou definitiva a concepção já inserida ao artigo 457-N, inciso I, do de Processo Civil de 1973, tornando possível o cumprimento de sentença meramente declaratória que possua cunho obrigacional e, portanto, exigibilidade.

Firmar esta condição implica em reconhecer que a modernização da legislação processual traz eficácia e celeridade à prestação jurisdicional, pois propicia a razoável duração do processo, evitando a abertura de um processo executório autônomo.

Embora seja necessário aguardar como esta prática será efetivamente utilizada no cenário jurídico, é válido mencionar que se trata de atividade que contribui com a criação de praxes que tragam cada vez mais facilidade e eficácia à aplicação do direito.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (1973). Brasília, Distrito Federal: Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 16 mai. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Brasília, Distrito Federal: Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10 ed. revista, ampliada e atualizada até 1º.10.2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A ÓTICA DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Eid Badr

Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA), Professor Adjunto da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Docente do curso de graduação em Direito e do curso de Mestrado em Direito Ambiental da UEA, Integrante da Coordenação do PPGDA/UEA, Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq/UEA – Direito Educacional Ambiental (DEA), Advogado. Manaus /AM.

Edmara de Abreu Leão

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da PUC-MG/Faculdade Fаметro (Dinter), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo CIESA e em Direito Processual pela UNAMA, Procuradora do Município de Manaus. Manaus / AM.

RESUMO: Com as decisões judiciais derivadas da Operação “Lava Jato”, considerada a maior operação de combate a corrupção e lavagem de dinheiro já deflagrada no país, envolvendo empresários, políticos, agentes públicos, doleiros e lobistas, a Teoria da Cegueira Deliberada adquiriu relevância no ordenamento jurídico brasileiro. A utilização de tal teoria levantou inúmeras críticas decorrentes, principalmente, do conflito com o Princípio Constitucional de

Presunção de Inocência. Nesse sentido, o objetivo do presente estudo é abordar a referida teoria, sua origem, definição, requisitos, o conflito com o Princípio da Constitucional da Presunção da Inocência e sua aplicação na Operação “Lava Jato”. Conclui-se que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada possui respaldo legal no sistema jurídico pátrio e não acarreta lesão ao Princípio Constitucional de Presunção de Inocência. O método utilizado nesta pesquisa é o dedutivo e, quanto aos meios a pesquisa é bibliográfica, com base na legislação, doutrina e jurisprudência e, quanto aos fins, a pesquisa é qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Cegueira Deliberada. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Conflito. Operação “Lava Jato”.

THE APPLICATION OF THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE AND THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INOCENCE UNDER THE OPPORTUNITY OF LAVA JATO OPERATION

ABSTRACT: With the judicial decisions derived from Investigation “Lava Jato”, considered the largest anti-corruption and money laundering operation in the country, involving businessmen, politicians, public agents, donors and lobbyists, the *Willful Blindness Doctrine* acquired relevance

in the planning Brazilian law, as well as the conflict arising from its application in the face of the Constitutional Principle of Presumption of Innocence. The use of such a theory has raised a number of criticisms stemming mainly from the conflict with the Constitutional Principle of Presumption of Innocence. In this sense, the objective of the present study is to approach the said theory, its origin, definition, requirements, the conflict with the Constitutional Principle of the Presumption of Innocence and its application in Operation “Lava Jato”. It is concluded that the application of the Theory of Deliberate Blindness has legal support in the legal system of the country and does not cause damage to the Constitutional Principle of Presumption of Innocence. The method used for this study is the deductive, and the means bibliographic, based on legislation, doctrine and jurisprudence, and the close of research is qualitative.

KEYWORDS: Willful Blindness Doctrine. Constitutional Principle of Presumption of Innocence. Conflict. Investigation “Lava Jato”.

1 | INTRODUÇÃO

A Operação “Lava Jato” foi deflagrada pela Polícia Federal, em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, visando a investigação de crimes corrupção, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha envolvendo empresários, políticos, agentes públicos, doleiros, lobistas e operadores do mercado paralelo de câmbio.

Considerada a maior investigação desse tipo que o Brasil já teve, com mais de 1.203 envolvidos e 45 fases até o final do ano de 2017, a operação vem provocando inúmeros debates nos âmbitos político, econômico, jurídico, acadêmico e social do país.

Um dos temas de destaque é a Teoria da Cegueira Deliberada aplicada nas decisões judiciais para condenar os envolvidos que se escusavam da responsabilidade criminal, sob a alegação do desconhecimento do fato delitivo.

Nesse sentido, o presente artigo abordará a referida teoria, sua origem, definição e requisitos e sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, nas decisões proferidas no bojo da Operação “Lava Jato”, bem como o conflito decorrente de sua aplicação com o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Como problemática do trabalho, será questionado: há conflito decorrente da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada com o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência?

O presente estudo se justifica, tendo em vista que inúmeras críticas se originaram em razão do uso de tal teoria nas condenações em crimes de lavagem de capitais, levantando dúvidas quanto à constitucionalidade das decisões judiciais decorrentes da Operação “Lava Jato”.

Desta forma, o objetivo do trabalho é demonstrar que não há lesão ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, uma vez que a Teoria da Cegueira Deliberada encontra respaldo legal por meio da sua equiparação ao instituto do dolo

eventual.

2 | TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA, ORIGEM, DEFINIÇÃO, APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E REQUISITOS

A Teoria da Cegueira Deliberada (*Willful Blindness Doctrine*), também chamada de Doutrina das Instruções do Avestruz (*Ostrich Instructions*) ou Doutrina da Evitação da Consciência (*Conscious Avoidance Doctrine*) teve origem no sistema da *common law*, em 1861, no caso *Regina v. Sleep*.

Tratava-se de um caso de malversação de bens públicos, no qual *Sleep* teria embarcado em um navio um barril com parafusos de cobre que continha o símbolo real de propriedade do Estado. Apesar ter sido absolvido de cometer desvio de bens públicos, o réu poderia ter sido condenado se fosse comprovado que ele teria intencionalmente se privado de obter qualquer conhecimento sobre a procedência dos bens.

Em 1899, a Suprema Corte Americana utilizou-se, pela primeira vez, da teoria. No julgamento do caso *United States v. Spurr*, o réu, então presidente de um banco em Nashville, foi condenado por ter certificado cheques emitidos por um cliente cuja conta estava sem fundos, mantendo deliberadamente ignorante sobre tal fato e indiferente quanto ao seu dever de se assegurar a transação bancária.

A partir de 1969, a jurisprudência americana deu início à construção do que se entende pela moderna Teoria da Cegueira Deliberada. Podemos citar os casos onde se passaram a exigir requisitos para sua aplicação: *United States v. Campbell*; *United States v. Leary*, *United States v. Turner*, *United States v. Jewell*, *Global-Tech v. SEB S.A.* e no caso “*In re Aimster Copyright Litigation*”. Com o passar dos anos, foram estipularam certos requisitos para a utilização da teoria, como: a) ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, os direitos e os valores sejam provenientes de crime; b) atuação do agente de modo indiferente a esse conhecimento e c) escolha deliberada do agente de permanecer ignorante.

De outro lado, a utilização da referida teoria ganhou destaque no Direito Espanhol, que adota o sistema da *civil law*, como o brasileiro.

Em 2000, o Supremo Tribunal Espanhol (STE) adotou de forma inédita a teoria. Chamada de Doutrina da Ignorância Deliberada, tinha-se, então, a ideia da ignorância como um indício do chamado dolo eventual, entendimento modificado com a Sentença nº 22, de 19/01/2005, pela qual o STE considerou que a ignorância deliberada tinha vida própria, mostrando-se um real substituto do próprio dolo eventual.

No Brasil, a Teoria da Cegueira Deliberada ficou conhecida a partir de 2007, quando foi utilizada no julgamento do furto ao Banco Central, caso de grande repercussão midiática no país inteiro. Nesse caso, foram furtados R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões setecentos e cinquenta e cinco mil cento e

cinquenta reais) e, com o produto do crime, foram comprados 11 carros de uma revendedora, e o pagamento foi feito todo em notas de cinquenta reais. O Juiz da 11ª Vara Federal de Fortaleza, Ceará, aplicou a teoria, para condenar os proprietários da revenda de carros pelo crime de lavagem de dinheiro, asseverando que os vendedores agiram com indiferença à estranheza do negócio realizado apenas com dinheiro em espécie, assumindo o risco da venda em troca de dinheiro sujo. Entretanto, em sede de Apelação nº 5.520-CE, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, reformou o entendimento do juízo de primeiro grau, por considerar que não existir dolo eventual na conduta dos empresários.

Também foi aplicada a teoria em inúmeros julgados do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia que versavam sobre condenação em crimes de corrupção eleitoral.

No ano de 2013, a teoria foi utilizada no julgamento da Ação Penal 470/MG, conhecida como “Mensalão”. No caso em comento, o Ministro Celso de Mello entendeu pela aplicabilidade do dolo eventual no delito de lavagem de capitais, com suporte na Teoria da Cegueira Deliberada (BONA JUNIOR, 2016), assegurando que: “[...] parece-me que não admitir a realização do crime de lavagem com dolo eventual significa na prática excluir a possibilidade de punição das formas mais graves de lavagem, em especial a terceirização do profissional da lavagem”.

Com o Acórdão da Apelação nº 0009252-56.2010.8.26.0073, publicado em 15/04/2014, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicou pela primeira vez tal teoria, seguindo o exemplo do Supremo Tribunal Federal. No caso enfrentado, os desembargadores entenderam ser o caso de manter a condenação de ex-prefeito por improbidade administrativa, destacando que:

[...] em relação ao ilícito administrativo praticado neste caso concreto, perfeitamente adequada a sua incidência, na medida em que os corréus fingiram não perceber o superfaturamento praticado com a nova contratação por intermédio de Termo de Parceria, com objetivo único de lesar o patrimônio público, não havendo agora como se beneficiarem da própria torpeza [...].

Em sua definição, a Teoria da Cegueira Deliberada reconhece a ilicitude penal para os casos de autores de delito que procuram se escusar da responsabilidade criminal, sob a alegação do desconhecimento do fato delitivo.

Tem-se uma situação em que o autor enxerga fortes indícios de ilicitude, porém, como forma de se escusar de eventuais reprimendas, age de forma natural e procura se proteger com o manto do desconhecimento.

Na prática, o autor age de forma intencional e premeditada, com o fim específico de se colocar em uma posição de desconhecimento e neutralidade em face aos fortes indícios de ilicitude.

Monteiro (2012) explica que a teoria foi criada para as situações em que um agente finge não enxergar a ilicitude da procedência de bens, direitos e valores com o intuito de auferir vantagens. Dessa forma, o agente comporta-se como uma

avestruz, que enterra sua cabeça na terra para não tomar conhecimento da natureza ou extensão do seu ilícito praticado. Assim, a Teoria da Cegueira Deliberada buscaria punir o agente que se coloca, intencionalmente, em estado de desconhecimento ou ignorância, para não conhecer detalhadamente as circunstâncias fáticas de uma situação suspeita.

Para Nascimento (2010), o dolo aceito pela teoria é o eventual. Como o agente procura evitar o conhecimento da origem ilícita dos valores que estão envolvidos na transação comercial, estaria ele incorrendo no dolo eventual, onde prevê o resultado lesivo de sua conduta, mas não se importa com este resultado. Aduz que, não existiria a possibilidade de se aplicar a Teoria da Cegueira Deliberada aos delitos culposos, pois a teoria pressupõe a existência do dolo eventual. Complementa que, para ser supostamente aplicada a referida teoria aos delitos de lavagem de dinheiro exige-se a prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente.

No que diz respeito à *La Doctrina de La Ignorância Deliberada*, Vallès (2013) aponta três requisitos fundamentais: a) suspeita justificada do sujeito sobre a concorrência de sua conduta à atividade; b) disponibilidade de informações que possam aclarar o conhecimento do agente e c) intenção da manutenção do estado de ignorância visando a proteção do agente da descoberta do delito e futura condenação, de tal modo que sempre poderá alegar que nada sabia a respeito. O autor resume os requisitos da seguinte maneira:

Em síntese, a cegueira deliberada somente é equiparada ao dolo eventual nos casos de criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente represente a possibilidade da evitação recair sobre atos de lavagem de dinheiro.

Segundo Sydow (2016, p. 258-259), os oito elementos da cegueira deliberada são:

(1) deve se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido; (2) tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade; (3) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido; (4) deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações; (5) é necessário se identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento; (6) ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado; (7) ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada; (8) ausência de circunstância de ação neutra.

Já para Gomes (2016), as regras essenciais para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada são: (a) o criminoso tem que ter participado efetivamente de alguns atos. O agente diz não ter consciência do fato todo, do fato inteiro e, sim, de parte dele. Ele conta apenas com parcial consciência do fato incriminado na lei; (b) o criminoso atua com indiferença frente ao bem jurídico e assume o risco de

estar envolvido em um crime; (c) o criminoso não tem consciência do fato total, mas sua consciência parcial dos fatos (de que efetivamente participa) funciona como um alerta; (d) a partir dessa consciência parcial dos fatos devidamente comprovados, o agente, que poderia ter-se absterido, prossegue em sua conduta e nada faz para que o fato se interrompa; (e) o criminoso tem conhecimento suficiente para bloquear o fato, mas prefere se neutralizar; (f) o criminoso sabe que o prosseguimento do fato completa o quadro criminoso, mas deliberadamente procura ignorá-lo, colocando-se em posição de cegueira deliberada frente ao fato total; (g) o criminoso mantém-se nessa ignorância em relação ao todo, mas tem plena consciência das partes de que participou e vislumbra algum tipo de benefício ou prazer ou sentimento; (h) não se trata de casos em que o criminoso prefere não saber e não se envolver, sim, ele prefere não saber mais do que já sabe; (i) na cegueira deliberada o criminoso não se interessa por deixar de fazer o que está fazendo ou não se desinteressa pelo que já fez, importa-lhe apenas não saber mais do que já sabe; (j) o que ele já sabe (consciência parcial do fato) é suficiente para assumir o risco “para o que der e vier” (nisso reside o dolo eventual, onde o agente assume o risco de estar produzindo um resultado criminoso); (k) na cegueira deliberada o criminoso não tem consciência plena e total do fato inteiro (isso acontece no dolo direto); tampouco atua só por mero descuido (isso ocorre no crime culposos, sem intenção); (l) a diferença entre o dolo eventual e a cegueira deliberada (que é uma espécie de dolo eventual) é a seguinte: no primeiro, o criminoso tem consciência do fato inteiro e assume o risco de produzir o resultado; na segunda, o criminoso tem consciência parcial do fato e isso é suficiente para assumir o risco de produzir o resultado. Em ambos há dolo eventual (com uma sutil diferença); (m) na cegueira deliberada o criminoso não só não tem consciência do todo (do fato inteiro) como atua com uma espécie de “cegueira moral” (ele sabe que o todo tem implicações morais e jurídicas sérias, por isso que ele não quer saber disso); (n) na cegueira deliberada, em suma, o criminoso que só sabe de parte dos fatos tem incerteza em relação ao todo, mas prefere manter-se na dúvida do que tomar consciência inequívoca do fato inteiro; (o) parece justo que a pena de quem atua com cegueira deliberada (com consciência parcial dos fatos) seja menos intensa que aquela de quem atua com dolo eventual clássico (consciência do fato total).

No julgamento da Ação Penal nº 470/MG, que admitiu a aplicação da referida teoria, a ministra Rosa Weber entendeu prudente a adoção de critérios, destacando a ciência do agente quanto a elevada probabilidade de que bens, direitos ou valores provenham de crimes; o atuar de forma indiferente a esse conhecimento e a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa (fls. 1273 do Acórdão da Ação Penal nº 470/MG).

3 | APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E O CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A princípio, com a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro haveria lesão ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, nos casos em que o indivíduo alega não saber do fato delituoso.

O princípio da *presunção de inocência* confere a toda pessoa o direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, bem como o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. É a previsão do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/92.

Incorporado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o referido princípio garante ao acusado pela prática de uma infração penal a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado.

Moraes (2008, p. 456) explica em sua tese que a Presunção de Inocência pode ser entendida como garantia política, como regra de julgamento em caso de dúvida e como regra de tratamento do indiciado no transcorrer do processo judicial. Enquanto garantia política, a presunção de inocência é regra que deve ser observada por todos os cidadãos, posto ser assegurada a todo e qualquer indivíduo, sem qualquer espécie de restrições. Serve ao propósito de resguardar a liberdade do cidadão, bem como a dignidade da pessoa humana, contra os excessos punitivos do Estado. Como regra de julgamento, por sua vez, a presunção de inocência (ou princípio da não-culpabilidade) configura-se correlacionada com o corolário *in dubio pro reo*, o qual consiste em privilegiar o indiciado sempre que, após o regular trâmite instrutivo do processo, não foram produzidas provas aptas a sustentar decreto condenatório ou, havendo provas, existe ainda uma dúvida razoável a respeito da autoria ou da materialidade do fato pretensamente típico. Neste aspecto, destaca que:

[...] a concepção de presunção de inocência, sob a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção amplo, compreende um significado de “norma de tratamento”, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados como “norma de juízo” e como “norma probatória”, estes últimos mais ligados a matéria probatória.

Por fim, como forma de tratamento do indivíduo, o autor explica que ainda que esteja sofrendo a persecução penal, nenhum cidadão pode ser equiparado a

condenado, tampouco ter conceitos que lhe são prejudiciais e maléficos inferidos.

Assim, pelo referido princípio, abstrai-se que o indivíduo é presumidamente inocente do início ao trânsito em julgado da decisão final no processo, competindo ao Estado inteiramente o ônus de comprovar a culpabilidade. Entretanto, com a aplicação da teoria, mesmo o indivíduo que alega a sua inocência, afirmando “não saber” da totalidade do fato delituoso e suas consequências, pode ser considerado culpado pelo crime de lavagem de dinheiro.

Alguns autores sustentam que haveria uma condenação criminal em casos nos quais o Estado falha na produção de provas do envolvimento e ciência do investigado em relação ao fato delituoso, permitindo-se a presunção do conhecimento do acusado sem prova concreta do seu real envolvimento com o crime. Nesse sentido, Abramowitz e Bohrer (2007).

Para Cabral (2012), seria uma espécie de responsabilidade penal objetiva, cuja aplicação é excepcionalmente aceita no ordenamento jurídico pátrio e sistematicamente afastada pelos Tribunais.

De outro lado, Vallès (2013, p. 11) esclarece que, no sistema continental de imputação subjetiva, essa teoria é uma fissura que ameaça a solidez das bases liberais, demonstrando assim, que promove uma flexibilização na responsabilidade subjetiva, aumentando a possibilidade, inclusive, para imputar responsabilidade a quem de fato não possui.

Complementa Prado (2016, p. 532) que essa teoria é um elemento estranho que gera risco à segurança jurídica e à legalidade penal. Complementa:

Isso porque é absolutamente impositivo ter-se em conta que o ordenamento jurídico brasileiro está assentado sobre o princípio da responsabilidade penal subjetiva, de previsão legal expressa (artigo 18, CP), sem nenhuma espécie de substitutivo, distorção ou menoscabo. Neste último caso, sua aplicação dá lugar a uma normatização judicial indevida, e ao arrepio da Constituição (artigo 5º, XXXIX, CF).

Apesar das inúmeras críticas à Teoria da Cegueira Deliberada, verifica-se a possibilidade de sua aplicação no sistema jurídico nacional, sem que haja lesão ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

O eventual conflito decorrente da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos crimes de lavagem de capitais com Princípio Constitucional da Presunção de Inocência é resolvido com os ensinamentos fornecidos pela Hermenêutica Constitucional, decorrendo daí, as construções jurisprudências.

Parte-se dos pressupostos de que todas as normas e decisões judiciais devem estar de acordo com a Constituição, as leis e atos do Poder Público possuem presunção de constitucionalidade e a observância do devido processo legal.

Nesse sentido, Barroso (2001, p. 149), ao explicar sobre os princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional, recomenda que:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

O referido autor destaca que o princípio da supremacia da Constituição, dada sua inicialidade fundante, é o fundamento de validade de todos os atos normativos que compõem o ordenamento jurídico, devendo as normas infraconstitucionais ser interpretadas a partir da Constituição e não o contrário. Assim, Barroso (2001, p. 161) explica que a supremacia constitucional:

[...] em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.

Quanto ao Princípio da Presunção de Constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, Barroso (2001, p. 174) destaca que “a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente”.

No tocante à observância do devido processo legal, o autor destaca o Princípio da Razoabilidade cuja origem e desenvolvimento tem ligação com a garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão, com assento constitucional no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Com base em tais premissas, explica-se que a Lei n.º 9.613/1998, ao dispor sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, estabeleceu em seu art. 1º, *caput*, inciso V, que:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos.

Em que pese a referida norma ter sido alterada pela Lei n.º 12.683/2012, permaneceu o entendimento de que somente a título de dolo seria admitida a condenação aos crimes de lavagem de dinheiro, tendo em vista a ausência de previsão legal expressa de punição a título de culpa (art. 18, II, § único, do Código Penal).

Outro ponto que merece destaque para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada é a sua equiparação ao instituto do dolo eventual, previsto no art. 18,

inciso I, do Código Penal, que destaca a ocorrência do crime doloso quando o agente assume o risco de produzi-lo.

A interpretação do citado dispositivo do Código Penal aliada a do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998, que somente admite a condenação aos crimes de lavagem de dinheiro a título de dolo, tornou possível no país a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro.

Assim, uma vez comprovado que o indivíduo tinha parcial consciência do fato, ainda que aquele eventualmente por ele praticado de forma isolada, mas atua com indiferença, não se abstendo, sendo que, por seus conhecimentos, teria uma alta probabilidade de saber sobre a origem ilícita do mesmo, assume o risco de estar envolvido em um crime ao se manter em posição de cegueira deliberada frente ao fato total, visando algum tipo de benefício, prazer ou sentimento.

Logo, não há o que se falar em lesão ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. A aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada encontra amparo, destarte, por ser equiparável ao dolo eventual, instituto já admitido no ordenamento jurídico pátrio.

4 | TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A OPERAÇÃO “LAVA JATO”

A Teoria da Cegueira Deliberada ganhou destaque mais uma vez ao ser utilizada pelo juiz federal Sergio Moro, na Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, que versa sobre a apuração de crimes de lavagem de dinheiro e de crimes de pertinência a grupo criminoso organizado, apurados na Operação “Lava Jato”.

O referido magistrado utilizou-se de tal teoria, equiparando-a ao instituto do dolo eventual admitido pelo art. 18, I, do Código Penal, para condenar os envolvidos pelo crime de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998.

Em sua sentença, consignou que:

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da common law, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503):

“La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que

le convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificar-se -- salvo improbable confesión—por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse ‘el mundo de la droga’. [...]”

349. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho:

“Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), ‘quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da ‘cegueira deliberada’ equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.” (ACR 5004606-31.2010.404.7002 - Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8ª Turma do TRF4 - un. - j. 16/07/2014).

350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual.

A sentença foi objeto de Recurso de Apelação nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Levada ao 2º grau, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4º Região, nos seguintes termos:

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Evidenciado que o acusado assumiu o risco de dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em sua versão.

Analisando as referidas decisões, verificam-se que as mesmas estão de acordo com os entendimentos firmados na Ação Penal nº 470/MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual foi admitida a utilização da Teoria da Cegueira Deliberada para a condenação de crimes de lavagem de dinheiro através da sua equiparação ao dolo eventual.

Da mesma forma, a referida equiparação, utilizada nas citadas decisões da Operação “Lava Jato”, tornou possível aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada.

Em referência ao tema, Moro (2010, p. 98) esclarece que:

[...] admitindo o dolo eventual, o crime de lavagem do art. 1º restaria configurado ainda que o agente não tivesse o conhecimento pleno da origem ou natureza criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, bastando que tivesse conhecimento da probabilidade desse fato, agindo de forma indiferente quanto à ocorrência do resultado delitivo.

Em verdade, constata-se que a Teoria da Cegueira Deliberada veio para reforçar a aplicação do dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro apurados na Operação “Lava Jato”, encontrando suporte nesse instituto e o fortalecendo, através

da instituição de requisitos como: ciência do agente quanto a elevada probabilidade de que bens, direitos ou valores provenham de crimes; atuar de forma indiferente a esse conhecimento e escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. Tais circunstâncias foram cabalmente demonstradas da Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR e utilizadas para levar a condenação dos envolvidos.

5 | CONCLUSÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada, apesar de sua origem no sistema da *common law* e da inúmeras críticas recebidas no país, vem sendo aplicada no Direito brasileiro, com o objetivo de punir o indivíduo que se coloca, de modo intencional, em estado de ignorância ou desconhecimento para não saber com detalhes as circunstâncias fáticas de uma situação suspeita.

A presente pesquisa demonstrou que uma vez equiparável ao instituto do dolo eventual previsto no art. 18, inciso I, parte final, do Código Penal, a sua utilização é admitida, nos crimes de lavagem de dinheiro, uma vez comprovada a ciência do agente quanto à elevada probabilidade da origem criminosa de bens, direitos ou valores, a sua indiferença quanto a esse conhecimento e a sua escolha deliberada em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos.

Verificou-se, também, que o uso da referida teoria não acarreta lesão ao Princípio Constitucional de Presunção de Inocência.

Por fim, como resultado da pesquisa, verificou-se que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, nas decisões judiciais derivadas da Operação “Lava Jato”, encontra supedâneo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, constitucionalmente válida.

REFERÊNCIAS

ABRAMOWITZ, Elkan Abramowitz & BOHRER, Barry A. **Conscious Avoidance: A Substitute for Actual Knowledge?** New York Law Journal. Disponível em: <http://www.maglaw.com/publications/data/00130/_res/id=sa_File1/07005070001Morvillo.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BONA JUNIOR, Roberto. **É preciso discutir teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-19/roberto-bona-preciso-discutir-cegueira-deliberada-crimes-lavagem>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. **872351148 RO**, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 30/11/2010, Data de Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 06/12/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. **65 RO**, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 13/12/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 003, Data 7/1/2008, Página 37. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+ DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. **88 RO**, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 17/04/2008, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 76, Data 25/4/2007, Página 30. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+ DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. **89 RO**, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 23/11/2010, Data de Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 30/11/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+ DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **ACR 5520 CE 0014586-40.2005.4.05.8100**. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. 09/09/2008. Fonte: Diário da Justiça - Data: 22/10/2008 - Página: 207 - Nº: 205 - Ano: 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100-trf5>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470/MG**. Ministro Celso de Mello, julgado em 22 de abril de 2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Breves comentários sobre a teoria da cegueira deliberada (willful blindness doctrine)**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3193, 29 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21395>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

COSTA, Ana Maria Fernandes Ballan da. **A Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicação no Direito Pátrio**. Disponível em: <<http://claudiaseixas.adv.br/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicacao-no-direito-patrio/>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

GOMES, Luiz Flavio Gomes. **Dilma, Temer, Lula, Aécio... podem ser condenados por cegueira deliberada? Em tese, sim. Caso Messi ajuda entender o assunto**. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/dilma-temer-lula-aecio-podem-ser-condenados-por-cegueira-deliberada-sim-caso-messi-ajuda-explicar-o-assunto/>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

MONTEIRO, Taiana Alves. **Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo, Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, André Ricardo Neto. **Teoria Da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98)**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/800/1/20570516.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

PRADO, Regis Prado. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SANTO, Ricardo Espírito Santo. **O expansionismo penal através da aplicação da cegueira**

deliberada. Disponível em: <<https://joseandradedasilva.jusbrasil.com.br/artigos/308629386/o-principio-da-presuncao-deinocencia-no-processo-penal>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada.** Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

VALLÈS, Ramon Ragués i. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal,** 2013.

DA PROTEÇÃO JURÍDICA CONFERIDA AOS ARRANJOS FAMILIARES NÃO TUTELADOS PELA LEGISLAÇÃO

Beatriz Tavares Fernandes dos Santos

Universidade Estadual de Londrina – UEL.
Londrina – Paraná.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar as diversas modalidades de família presentes em nossa sociedade, bem como a forma como elas são previstas na legislação pátria ou, no caso de omissão legislativa, o modo como são tratadas perante a doutrina e a jurisprudência. Através deste artigo, conclui-se que legislação brasileira não acompanhou a evolução ocorrida na sociedade, visto que diversas espécies de família encontram-se desamparadas diante da ausência de previsão legal acerca de sua existência e dos direitos que devem lhe ser conferidos. Conquanto a legislação não tenha acompanhado as alterações nas relações sociais, observou-se, neste trabalho, que a doutrina referente ao ramo de Direito de Família tende a adotar um conceito mais amplo acerca do instituto da família, a fim de abranger as novas modalidades familiares que surgiram nos últimos tempos. Os Tribunais Pátrios, por sua vez, reconhecem apenas alguns dos novos arranjos familiares surgidos na pós-modernidade.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Modalidades. Legislação. Doutrina. Jurisprudência.

OF THE LEGAL PROTECTION CONFERRED TO FAMILY ARRANGEMENTS NOT COVERED BY LEGISLATION

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the different types of family present in our society, as well as how they are foreseen in the national legislation or, in case of legislative omission, the way in which they are dealt with in doctrine and jurisprudence. Through this article, it is concluded that Brazilian legislation did not follow the evolution of society, since several family species are helpless in the absence of legal prediction about their existence and the rights that must be conferred upon it. Although the legislation did not follow the changes in social relations, it was observed in this work that the doctrine referring to the branch of Family Law tends to adopt a broader concept about the family institute, in order to cover the new family modalities that have emerged in recent times. The Patriot Courts, otherwise, recognize only some of the new family arrangements that emerged in postmodernity.

KEYWORDS: Family. Modalities. Legislation. Doctrine. Jurisprudence.

1 | INTRODUÇÃO

A família brasileira atual não é mais concebida em uma única forma, como ocorria

outrora, antes da promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1.988, período no qual só se admitia o casamento entre homem e mulher como forma de constituição familiar. Hodiernamente, diversas modalidades de família coexistem em nossa sociedade, o que tem gerado profunda alteração no ramo do Direito de Família.

Embora existam diversas modalidades de família no plano fático, percebe-se que a legislação brasileira não acompanhou a evolução ocorrida socialmente.

O mesmo não ocorre, no entanto, com a Doutrina pertinente ao ramo de Direito de Família: grande parte dos doutrinadores reconhece as novas modalidades de família e entende que a nossa legislação deve acompanhar a alteração ocorrida.

Quanto à jurisprudência, verifica-se que os Tribunais pátrios têm conferido interpretação extensiva a alguns dos dispositivos da Constituição Federal, reconhecendo algumas das novas modalidades de família.

Deste modo, objetiva-se analisar, através do presente trabalho, as modalidades de família existentes atualmente, bem como a previsão legal acerca do tema e a forma como a Doutrina e a jurisprudência pátria tem tratado do assunto.

2 | DOS POSSÍVEIS ARRANJOS FAMILIARES NA PÓS-MODERNIDADE

Por muito tempo, no Brasil, cultivou-se a ideia de que o núcleo familiar poderia ser composto apenas pelo vínculo do matrimônio, formado por um homem e uma mulher. No entanto, nas últimas décadas, uma profunda alteração se operou na sociedade quanto às formas de constituição familiar.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 58), “o século XX, nessa trilha, foi pródigo em eventos e fenômenos que abalaram tal discriminatória imposição de pensamento único”, o que “contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade”.

Assim, entende-se que a família hoje é plural, e não mais singular, visto que “ela não se constitui apenas pelo casamento, mas por meio de várias outras modalidades, sejam parentais ou conjugais” (PEREIRA, 2015, p. 232).

Embora esses novos arranjos familiares convivam ao lado das tradicionais formas de congregação familiar, verifica-se que, na maioria das vezes, eles não possuem a proteção legal que lhes deveria ser conferida, conforme será demonstrado a seguir.

2.1 Dos arranjos familiares previstos na Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ramo do Direito de Família Brasileiro passou por uma grande transformação.

Até então, apenas a família formada pelo vínculo do matrimônio era reconhecida, legalmente, como entidade familiar. A partir de 1.988, passou-se a admitir uma concepção mais ampla de família, visto que a Constituição Federal, em seu artigo

226, passou a prever também, como formas de constituição familiar, a união estável e também a monoparentalidade.

2.1.1 Da família constituída pelo casamento

O casamento, como é conhecido na atualidade, passou por diversas alterações ao longo do tempo.

Segundo Azevedo (2013, p. 52), na antiguidade, a família matrimonial era, habitualmente, constituída por intermédio de celebrações religiosas ou pela simples convivência, também denominada de casamento de fato.

Segundo Azevedo (2013, p. 58), no Brasil, na época do direito luso brasileiro (de 1500 até o advento do Código Civil Português, de 1867), coexistiram três tipos de casamento: o religioso, o realizado por escritura (que podia ser comprovado por qualquer instrumento público ou testemunha) e também o de fato.

Com o advento do Decreto nº 181 de 1890, contudo, tornou-se obrigatório o casamento civil, que revogou as formas de casamento citadas anteriormente.

Assim, percebe-se que, após essas fases, que influíram diretamente na união matrimonial como é conhecida por nós hoje, “[...] o Estado solenizou o casamento como uma instituição e o regulamentou exaustivamente. Os vínculos interpessoais passaram a necessitar da chancela estatal”, conforme prescreve Dias (2011, p. 45).

Quanto ao conceito de casamento, deve-se destacar o disposto no Dicionário de Direito de Família e Sucessões, de autoria de Pereira (2015, p. 133-135):

CASAMENTO [ver tb. casamento civil, contrato de casamento, casamento religioso, matrimónio] Na técnica jurídica, é um contrato formal e solene entre duas pessoas em que se estabelecem direitos e obrigações, formando uma sociedade conjugal e instituindo uma família. [...] Contudo, no Direito de Família, a expressão tem um sentido técnico e se diferencia de outras formas de constituição de família. Melhor se traduz como casamento civil. O casamento foi, é e continua sendo uma forma paradigmática de se constituir famílias. Não significa que seja melhor ou superior as outras, embora até a Constituição de 1988 assim era considerado. Além de ser um contrato para regular as relações patrimoniais entre os cônjuges, e estabelecer regras pessoais de convivência como fidelidade e assistência mútua, em razão de seu conteúdo religioso, foi importante instrumento de controle da sexualidade. Por muitos séculos ele tentou aprisionar o desejo, e funcionou como o legitimador das relações sexuais. E assim, toda sexualidade exercida fora do casamento era considerada ilegítima, pecado, sanção moral que se misturava a jurídica. [...]. E assim, o casamento não é mais o legitimador das relações sexuais e nem a única forma legítima de se constituir famílias (Art. 226, CR).

Tartuce (2016, p. 50) enumera alguns princípios próprios ao casamento: o da monogamia, que se indica que não podem se casar as pessoas já casadas, sob pena de o novo casamento ser nulo (artigo 1.548, II, do Código Civil); o da liberdade de união, segundo o qual é livre a escolha da pessoa do outro cônjuge (artigo 1.513 do Código Civil); e o da comunhão de vida, (artigos 1.511 e 1.516 do Código Civil), pelo qual os nubentes assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e

responsáveis pelos encargos da família.

Quanto ao casamento religioso, insta destacar que, para ser reconhecido legalmente como casamento, deverá contar com o devido registro civil, consoante disposto nos artigos 1.515 e 1.516 e parágrafos do Código Civil.

2.1.2 União estável

A família constituída pela união estável não é recente: encontra-se vigente desde os tempos romanos, admitida pelas leis de Augusto – Leis Julia e Papia Poppaea. -, e chegou a ter em Roma o valor de um quase casamento, conforme lecionam Maluf, A. e Maluf, C. (2013, p. 361).

Madaleno (2013, p. 141) defende que a união estável é, historicamente, anterior ao casamento, visto que as primeiras famílias foram constituídas de modo semelhante ao que ocorre hoje com a união estável:

A livre união das pessoas de sexos opostos inquestionavelmente é anterior ao casamento, mesmo porque jamais foi da natureza humana viver isolado, surgindo a família como um fato natural e, no princípio, em defesa da subsistência. Famílias foram sendo constituídas pelo instinto sexual e pela conservação da prole por elas geradas, como de modo semelhante acontece no mundo animal, surgindo com o tempo a evolução dos modelos de convívio e de interação das sociedades afetivas, até o advento do matrimônio ao lado da união informal.

Segundo o mesmo autor, a sociedade passou a opor-se à sua existência com o advento do Cristianismo.

Somente após um longo período, a união estável, como fato social que, apesar de proibido, nunca deixou de existir, voltou a ser aceita socialmente. Maluf, A. (2010, p. 127) expõe que “[...] A generalização do fato fez com que fosse reconhecida juridicamente”.

Maluf, A. e Maluf, C. afirmam que o primeiro passo para a receptividade da união estável no Ordenamento Jurídico ocorreu com o advento do Decreto nº 4.737/1942, que trata do reconhecimento dos filhos naturais (2013, p. 364). Para Tartuce (2013, p. 313), o Decreto-lei nº 7.036/1994 foi a primeira norma a tratar do tema no Brasil, reconhecendo a companheira como beneficiária de indenização em caso de acidente de trabalho em que o companheiro foi vítima. Posteriormente, a jurisprudência passou a reconhecer direitos aos companheiros, tratados, até a Constituição Federal de 1988, como concubinos.

Maluf, A. e Maluf, C. (2013, p. 362) apresentam o seguinte conceito:

Consiste, portanto, a união estável na ligação entre o homem e a mulher, marcada pela ausência da celebração do casamento, mas que apresente o *animus* de se manter uma comunhão de vida estável, durável e pública, com aparência de casamento, em que se atribui aos companheiros o dever de lealdade similarmente ao dever de fidelidade dos cônjuges, não sendo necessária a coabitação para configurá-la.

Em relação a sua natureza jurídica, os mesmos autores dispõem que tem a natureza de um contrato não solene, elaborado por escrito ou verbalmente. Quanto aos requisitos para a sua configuração, Tartuce (2016, p. 319) dispõe que a união há de ser pública, contínua, duradoura e também deve existir o objetivo, entre os companheiros, de estabelecer uma verdadeira família (*animus familiar*).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser devidamente reconhecida no Ordenamento Jurídico enquanto entidade familiar. Após isso, a união estável passou a ser prevista também no Código Civil de 2002, nos artigos 1.723 a 1.727, bem como esparsa em outros capítulos, que tratam, como exemplo, do direito sucessório dos companheiros (artigo 1.790) e da obrigação alimentar (1.694).

2.1.3 Família monoparental

A família monoparental, que é formada por um dos ascendentes com os seus descendentes, também é reconhecida como entidade familiar pelo artigo 226 da Constituição Federal.

Para Pereira (2015, p. 303), a família monoparental pode ser conceituada da seguinte forma:

FAMILIA MONOPARENTAL [*ver tb. I parcerias de paternidade*] É a família formada por filhos com apenas o pai ou a mãe. Na expressão do Art. 226, § 4º da Constituição da República, é a *comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*. As famílias monoparentais podem ser constituídas pelo pai ou mãe viúvos, mãe ou pai solteiros, ou seja, pode ser constituída por escolha ou por acaso (viuvez).

Insta destacar ainda que, de acordo com Dias (2011, p. 212) a família monoparental é predominantemente formada por mulheres em nosso país.

2.2 Dos arranjos familiares não previstos na Constituição Federal de 1988

Conforme exposto anteriormente, existem arranjos familiares presentes na realidade fática que não foram previstos pelo Constituinte nem pelo legislador brasileiro. Assim, analisar-se-ão, a seguir, essas formas de constituição familiar, bem como as suas situações em relação a um possível reconhecimento jurídico.

2.2.1 União homoafetiva

Conforme consta no Dicionário de Direito de Família e Sucessões de autoria de Pereira (2015, p. 703), pode-se definir a “união homoafetiva” como “[...] a união conjugal entre pessoas do mesmo sexo. É o mesmo que união estável homoafetiva”.

Embora encontre entraves ao seu reconhecimento até os dias atuais, a união homoafetiva não é recente. A respeito do tema, Spencer (2008, p. 40) leciona o seguinte:

A homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade [...]. Acompanha a história da humanidade e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. É uma realidade que sempre existiu, em toda parte, desde as origens da história humana. É diversamente interpretada e explicada, mas, apesar de não a admitir, nenhuma sociedade jamais a ignorou.

Dias (2011, p. 196-198), que defende que o repúdio social ainda hoje encarado pela união homoafetiva advém da rejeição religiosa, leciona o seguinte:

Em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem-números de rotulações pejorativas e discriminatórias. [...]

A igreja fez do casamento a forma de propagar a fé cristã: cresci e multipliquei-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais a levou a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação a tudo que desagrada é condenar à invisibilidade. O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. [...]

É no âmbito do judiciário que, batizadas com o nome de uniões homoafetivas, as uniões de pessoas do mesmo sexo começaram a encontrar reconhecimento.

A respeito do reconhecimento jurídico mencionado pela autora supracitada, faz-se necessário esclarecer a atual posição do Brasil em relação ao tema.

Da leitura do texto constitucional, verifica-se que nenhuma disposição refere-se à entidade familiar homoafetiva.

Em análise ao Código Civil de 2002, existe a exigência, no art. 1.723, de que haja a dualidade de sexos para que a união estável seja reconhecida como entidade familiar. Com relação ao casamento, o legislador dispôs que este se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a vontade de estabelecer o vínculo conjugal, com a posterior declaração do Juiz (artigo 1.514).

Denota-se que nem a Constituição Federal nem o Código Civil estenderam sua proteção à união homoafetiva, conquanto exista a proibição de discriminação em razão da opção sexual no Texto Maior, no artigo 3º, inciso IV, e vigore o princípio da igualdade, consagrado no *caput* do artigo 5º, bem como exista a previsão do direito à intimidade no inciso X do artigo 5º.

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal tratou da família homoafetiva no julgamento conjunto da Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 4.277/2009-DF e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/2008. Por meio do referido julgamento, passou-se a conferir ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, excluindo qualquer entendimento que pudesse impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família, conforme se verifica do julgado abaixo colacionado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA

E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 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. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. [...]. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Logo após, o Superior Tribunal de Justiça autorizou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em julgamento ao Recurso Especial nº 1.183.378/RS, consoante se denota do acórdão que segue abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça,

cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição [...] impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. [...] 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. [...] 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido.

Observe-se que o efeito do julgamento acima citado foi ampliado pela Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que passou a vedar às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, embora a legislação pátria ainda não verse sobre o tema, a jurisprudência passou a admitir a união e o casamento homoafetivo.

2.2.2 Família concubinária

As primeiras uniões entre homem e mulher se deram de forma espontânea, sem nenhum ordenamento que as regulassem. Posteriormente, a organização jurídica da sociedade trouxe a padronização ou formalização legal da família, entretanto, ao lado dessas famílias formais, continuaram a existir as uniões informais, também denominadas concubinárias (MALUF, 2010, p. 130).

Diniz (2013, p. 396) defende que:

Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1.727), visto não poder ser convertido

em casamento. Apresenta-se como: a) adúltero [...], se se fundar no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos, p. ex. se homem casado, não separado de fato, mantém, ao lado da família matrimonial, uma outra [...]; e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes.

Embora o Código Civil trate do concubinato, ele apenas explica, no art. 1.727, no que essa união se constitui, sem reconhecê-la, contudo, como entidade familiar.

De acordo com Salomão (2016, p. 623-624), ante a omissão mencionada, os tribunais têm decidido que o concubinato não pode ser reconhecido como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os ex-cônjuges.

O entendimento acima encontra respaldo na jurisprudência, conforme se verifica do Acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº. 912926/RS:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável. 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí porque se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa. 4. Recurso especial provido.

Seguindo essa lógica, portanto, cabe à concubina o direito aos benefícios previdenciários decorrentes de situação envolvendo o concubino, por exemplo, somente quando restar comprovado que esse estava separado de fato da primeira companheira ou cônjuge, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 33.008/DF.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado do modo citado, atualmente foi reconhecida a repercussão geral do Recurso Especial nº 669465 RG/ES, que trata de pedido de pensão por morte feito por concubino que teve um relacionamento “impuro” e de longa duração. O recurso ainda não foi julgado.

Quanto à possibilidade de indenização pelos serviços prestados ao longo do concubinato, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que não é possível a sua concessão, conforme exposto, a propósito, no AgRg no AREsp 770596 / SP.

Para que não ocorra o enriquecimento ilícito quando da dissolução do concubinato, os tribunais vêm aplicando a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal para realizar a partilha de patrimônio havido com a colaboração direta dos concubinos. Assim, reconhece-se a relação como uma “sociedade de fato” e divide-

se o patrimônio amealhado com o esforço comum.

Assim, verifica-se que poucos direitos são reconhecidos à relação concubinária, sendo todos eles decorrentes de interpretação jurisprudencial.

2.2.3 Família poligâmica ou poliafetiva

O relacionamento poligâmico consiste em uma relação afetiva que pressupõe a existência de mais de duas pessoas para a sua formação. Cabe mencionar que, no referido relacionamento, os envolvidos participam com plena ciência acerca uns dos outros. De acordo com Madaleno (2013, p. 26):

Esta é a família poliafetiva, integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional [...].

Embora a família poliafetiva exista no plano fático, esta não é reconhecida na legislação pátria. A jurisprudência, em geral, também resiste em conceder a este tipo de união qualquer efeito no ramo do direito de família.

2.2.4 Família anaparental

A família anaparental é constituída sem a presença de alguém que ocupe a posição de ascendente. Pereira (2015, p. 290) a conceitua do seguinte modo:

FAMÍLIA ANAPARENTAL [ver tb. Família parental] Do grego ana, tem o sentido de privação, isto é, a família privada de pais, sem pais. Assim, é a família formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência. É uma espécie do gênero família parental.

Dias (2011, p. 48) defende que não há necessidade de parentesco entre os conviventes para configuração desta entidade familiar, visto que basta que exista entre eles a vontade comum de formar uma família. No entanto, este não é o entendimento predominante na doutrina.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência da família anaparental ao negar provimento ao REsp nº. 1217415/RS, interposto pela União com o escopo de, dentre outras coisas, tratar da impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos, conforme se verifica:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos.

A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso

especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. [...] O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. [...]. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido.

Em relação aos direitos deste tipo de entidade familiar, Madaleno (2013, p. 10) prescreve:

[...] não foi contemplado pelo reconhecimento legal de efeitos jurídicos na ordem sucessória, e até mesmo no âmbito de alimentos. Evidentemente pode alcançar os efeitos de uma sociedade de fato se demonstrada a aquisição patrimonial pelo efetivo esforço comum, mas na atualidade não existe qualquer possibilidade legal de presumir esse esforço comum tão somente pela ostensiva e duradoura convivência, como por igual, não existe qualquer previsão de direito alimentar, embora o Código Civil reconheça essa obrigação entre os parentes e irmãos, que são credores e devedores de alimentos por serem irmãos, e não por constituírem uma relação familiar anaparental.

Deste modo, embora ainda não seja prevista por lei, a família anaparental é conceituada tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

2.2.5 Família recomposta ou reconstituída

A família recomposta é aquela formada a partir da constituição de novo casamento ou união estável, após a dissolução de relacionamento anterior. Almeida e Rodrigues Junior (2012, p. 66) lecionam o seguinte a respeito desta entidade familiar:

Apenas duas regras legais parecem se aplicar diretamente à hipótese: a do art. 1.595 do Código Civil que define o filho exclusivo e o(a) companheiro(a) ou cônjuge do seu ascendente por familiares afins; e a do art. 1.636, também do Código Civil, que rigorosamente impõe exclusividade de exercício do poder familiar ao genitor guardião em face de seu(sua) companheiro(a) ou cônjuge.

Conjugadas essas normas, o que se pode dizer certo na família recomposta é que o poder familiar não se estende ao novo membro, o qual passa a ter, juridicamente,

apenas uma relação de afinidade com o filho daquele com quem compõem um casal ou par.

Existe o entendimento de que o poder familiar não se estende ao novo membro da família. Contudo, o entendimento pode ser abrandado pelo princípio da afetividade e do melhor interesse da criança, como ocorreu no Recurso Especial nº 1106637/SP, em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito do padastro de postular em juízo a destituição do poder familiar do pai biológico.

2.2.6 Família eudemonista

O eudemonismo é a doutrina que trata da busca pela felicidade. Assim, surgiu a tendência de identificar a família com envolvimento afetivo e/ou que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros como “família eudemonista”, conforme dispõe Dias (2011, p. 54-55).

Embora não esteja legalmente prevista, a família eudemonista também é reconhecida pela jurisprudência. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, tratou da sua existência ao decidir, no Agravo de Instrumento nº 10115120014515001/MG, que o pai socioafetivo tem direito a visitas à criança.

3 | CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que, atualmente, existem diversas modalidades de entidade familiar, de modo que, se é que se pode falar em um conceito de família, é certo que este é plural, e não mais singular.

Embora seja um fato notório que a sociedade passou a admitir outras formas de constituição familiar, constata-se que a legislação pátria ainda não atende à realidade fática, visto que, das nove modalidades de família expostas no presente trabalho, apenas três contam com a proteção do Estado no âmbito legal.

O mesmo não ocorre, contudo, com a Doutrina e a Jurisprudência: em análise a obras de conceituados doutrinadores na área do Direito de Família, bem como de julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça Estaduais, percebe-se que há uma forte tendência à ampliação do conceito de família hoje existente, de forma a se respeitar os Princípios da Dignidade Humana, Igualdade e Liberdade estatuídos na Constituição Federal.

Assim sendo, percebe-se que a tendência atual é de que as novas modalidades de família passem a ser reconhecidas em nosso ordenamento jurídico, de modo a se observar os princípios e normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renta Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São

Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/2009-DF**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 01 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=casamento+homoafetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>, acesso em 22 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 669465 RG/ES**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Shirley Maria da Penha Bussular. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 08 mar. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+669465%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+669465%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/alz8uyj>>, acesso em 22 mar. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. 322 f. Tese de doutorado (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Caetano Lagrasta; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família: Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Família e Sucessões ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, et. all. **Estatuto das Famílias corrige enganos e injustiças**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/estatuto-familias-corrige-enganos-exclusoes-injusticias-desrespeitos>>, acesso em 10 abr. 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: Teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 05.

TARTUCE, Flávio. **Princípios Constitucionais e Direito de Família**. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; et. al. **Direito de Família no Novo Milênio**. São Paulo: Atlas, 2010.

DIREITO E A CATEGORIZAÇÃO SEXUAL: UMA ANÁLISE SOCIO-JURÍDICA SOBRE A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO NOVO

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Universidade Federal de Mato Grosso

Douglas Santos Mezacasa

Universidade Estadual de Goiás

RESUMO: O presente estudo tem como objeto a possibilidade do Direito ser um instrumento de subversão à lógica de poder colonizadora de corpos pautada em categorias sexuais. O artigo está estruturado em três seções com o fim de responder à seguinte pergunta: em que medida o Direito pode ser um instrumento de subversão às relações de poder colonizadoras dos corpos dos indivíduos, no âmbito das categorias sexuais? Para tanto, em um primeiro momento, analisou-se a articulação das relações de poder com o Direito, dando-se ênfase à imagem do *Direito normalizado-normalizador*, destacado por Fonseca (2002), à luz da teoria de Michel Foucault. Posteriormente, averiguou-se a relação do poder com as identidades sexuais, discutindo-se a criação e instrumentalização das mesmas como elementos de controle de corpos e de modos de vida; refletindo-se sobre o atravessamento do Direito pela citada lógica identitária e, conseqüentemente, sobre a sua contribuição para a colonização de corpos, fazendo necessária a reflexão sobre um *Direito Novo*. Por fim, em um terceiro momento, analisou-se a criação de uma nova

ordem sexual, transcendente às identidades, à luz, principalmente, dos conceitos de *performatividade* de Judith Butler e de *arte de viver sexual* de Michel Foucault, refletindo-se sobre a possibilidade do direito ser um dos instrumentos dessa nova ordem.

PALAVRAS-CHAVE: Corpo; Categorias Sexuais; Direito; Subversão; Poder.

LAW AND SEXUAL CATEGORIZATION: A SOCIO-LEGAL ANALYSIS ON THE CONSTRUCTION OF A NEW LAW

ABSTRACT: The present study aims at the possibility of Law being an instrument of subversion to the logic of colonizing power of bodies based on sexual categories. The article is structured in three sections in order to answer the following question: to what extent can Law be an instrument of subversion to the relations of power colonizing the bodies of individuals within the sexual categories? In order to do so, at first, the articulation of the relations of power with the Law was analyzed, emphasizing the image of norm-normalizing law, highlighted by Fonseca (2002), according Michel Foucault's theory. Subsequently, the relationship of power with sexual identities was investigated, discussing the creation and instrumentalization of the same as elements of control of bodies and ways of life; reflecting on the crossing of the Law by the said

identity logic and, consequently, on its contribution to the colonization of bodies, making necessary the reflection on a New Right. Finally, in a third moment, we analyzed the creation of a new sexual order, transcendent to the identities, according, mainly, of the concepts of performativity of Judith Butler and art of sexual living of Michel Foucault, reflecting on the possibility of the Law being one of the instruments of this new order.

KEYWORDS: Body; Sexual Categories; Law; Subversion; Power.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a possibilidade do Direito ser um instrumento de subversão no que concerne às relações de poder incidentes sobre os corpos dos indivíduos, categorizando-os em padrões sexuais. Almeja-se responder à seguinte pergunta problema: em que medida o Direito pode ser um instrumento de resistência às relações de poder colonizadoras de corpos, no âmbito das categorias sexuais?

Eis uma questão dotada de nítida relevância, diante da preocupação do presente estudo com a desnaturalização de relações de poder incidentes sobre o corpo. Trata-se de uma pesquisa sobre o potencial colonizador e, em contraste, emancipador do Direito, indagando-se se este pode ser um instrumento de resistência, a partir da reflexão sobre um outro Direito, não mais marcado pela normalização. Um Direito livre de si próprio.

Para tanto, a presente pesquisa está estruturada em três seções de conteúdo. Inicialmente, realizar-se-á uma análise sobre as relações de poder desveladas por Foucault, relacionando-as ao Direito, principalmente, por meio do estudo do chamado *Direito Normalizado-Normalizador*, termo utilizado por Márcio Alves da Fonseca, em sua obra *Michel Foucault e o Direito* (2002); averiguando-se assim um possível atravessamento do campo jurídico por um mecanismo complexo de poder.

Posteriormente, em um segundo momento, estudar-se-á criticamente o fenômeno da *categorização sexual*, analisando-se o mecanismo de poder incidente sobre o corpo e os seus efeitos no âmbito da identificação do indivíduo a partir de suas relações sexuais, tornando-o um *sujeito sexual*.

Por fim, refletir-se-á sobre a possibilidade do Direito constituir um instrumento de resistência e subversão à lógica padronizadora de corpos, instaurada por um mecanismo complexo de poder. Trata-se de uma lógica jurídica livre da normalização. Ademais, caso se constate a possibilidade do Direito representar um elemento de emancipação, averiguar-se-á de que modo este deveria se configurar no âmbito da liberdade do indivíduo perante o seu corpo e sua vida sexual.

2 | DIREITO E PODER: DIREITO NORMALIZADO-NORMALIZADOR

Conforme anunciado na introdução, o estudo teórico proposto a partir da presente

seção está estruturado, principalmente, à luz da teoria de Michel Foucault e de Márcio Alves da Fonseca, filósofo brasileiro. Para uma plena compreensão da reflexão proposta pelo presente artigo, inicialmente, expor-se-á elementos estruturantes da teoria de Michel Foucault.

A teoria do citado filósofo é marcada por reflexões acerca de relações de poder, que incidem sobre inúmeros objetos. Em níveis de recorte metodológico e teórico, o presente artigo preocupar-se-á com a articulação do citado poder com o elemento sexo, principalmente à luz da sua obra *História da Sexualidade: vontade de saber* (2014a). No que concerne às relações de poder, quatro conceitos se destacam na teoria de Foucault, trata-se do *Poder Soberano*, *Poder Disciplinar* e *Biopolítica das Populações*, as duas últimas como elementos constituintes de uma nova era, a chamada *era do Biopoder*. Formas de poder desveladas por Foucault, condizentes à épocas diferentes, possuindo configurações próprias.

Com a incidência do *Poder Disciplinar*, Foucault (2013) destaca a instauração de um *poder-saber*, fundado em altos níveis de vigilância, estruturado para efetuar um gerenciamento, um controle da existência humana. Trata-se da construção de um saber articulado com a normalidade, no sentido de ditar o que deve ser considerado como normal e anormal.

A segunda forma de poder incidente sobre a vida, *Biopolítica das Populações*, por sua vez, não se exerce sobre corpos individuais, como no *poder disciplinar*, mas sobre o coletivo. Este passa a ser controlado em níveis biológicos, gerenciando, por exemplo, as taxas de natalidade, mortalidade, além do direcionamento populacional.

Estas duas formas de poder, que possuem a vida em sua centralidade, constituem a chamada *era do Biopoder*, que representa, na teoria foucaultiana, o período em que a vida passou a ocupar o mesmo espaço da política, sendo objeto de um controle por um mecanismo complexo de poder.

Esclarecidos os principais conceitos relativos às relações de poder na teoria de Foucault, passar-se-á a refletir sobre o objeto central da presente seção, qual seja: o instrumento por meio do qual estas formas de poder são exercidas, mais especificamente, a discussão sobre o papel do Direito em relação à incidência do poder.

Conforme já ressaltado anteriormente, Foucault (2014a) sustenta que o *poder soberano* seria tipicamente exercido pela lei. E mais, que o novo mecanismo de poder, que tem a vida em sua centralidade, não seria exercido pelo Direito, e sim pela técnica. Uma lógica de poder que não seria comportada pelo jurídico como instrumento de controle, conforme sustenta o filósofo Miroslav Milovic, em sua obra *Política e Metafísica* (2017).

Indaga-se: estaria o Direito alheio às relações de poder incidentes sobre a vida? A partir de uma interpretação literal da obra de Michel Foucault, poderia se chegar à resposta de que o Direito seria um instrumento de poder exclusivo do *Poder Soberano*, da morte, não tendo qualquer relação com as relações de poder positivas, incidentes

sobre a vida. Entretanto, considerando o que se pretende refletir e analisar com o presente artigo, não parece esta ser a melhor interpretação. Explica-se.

Parte-se de uma concepção não essencialista do Direito, concepção esta sustentada por François Ewald (1986), filósofo francês, assistente de Foucault na década de 1970. À luz de sua concepção sobre o Direito, este não existe enquanto essência, estando marcado diretamente por sua relação com a historicidade, o que é compatível com a obra de Michel Foucault. É a partir desta concepção, que Márcio Alves da Fonseca, em sua obra *Michel Foucault e o Direito* (2002), trata do Direito à luz de imagens na teoria foucaultiana. O citado filósofo brasileiro sustenta três imagens do Direito na teoria de Foucault: o *Direito como Lei*, o *Direito normalizado-normalizador* e o *Direito novo*. Imagens estas que são construídas a partir da relação do Direito com a norma.

A primeira imagem identificada por Fonseca (2002), *Direito como Lei*, está relacionada à já discutida posição do Direito em relação ao *Poder Soberano*, quando se discutiu que este era exercido, essencialmente, por meio da Lei, do Direito. Trata-se de uma concepção do Direito em que este assume o valor de sinônimo da Lei. Todavia, destaca-se que o Direito, na obra de Foucault, não possui esta valoração única, podendo-se identificar um outro conceito de Direito, no qual a norma não está em oposição, e sim em articulação com o mesmo. Trata-se do *Direito normalizado-normalizador*, no sentido de que este é objeto de uma normalização, e a partir do momento que é atravessado por esta, passa a normalizar, também.

O Direito, nesta segunda imagem destacada por Fonseca (2002), assume o papel de *vetor de normalização*. Eis um processo de transição, em que a lei gradativamente passa a funcionar como norma. Processo este que está associado ao novo mecanismo de poder destacado anteriormente, centrado na vida e não mais na morte.

A partir de tais constatações, pode-se elucidar um comentário realizado em relação ao poder positivo ser exercido pela técnica e não mais pela lei. Propõe-se, a partir da teoria apresentada por Fonseca (2002), uma linha de interpretação. Não é que o Direito não esteja articulado com o novo mecanismo de poder incidente sobre a vida, não mais servindo como um de seus instrumentos; e sim que o Direito, na concepção de ser um sinônimo da lei, não mais comporta o citado poder, uma vez que este é complexo o bastante para ser exercido pela repressão legal. Pelo contrário, trata-se de um poder que funciona de forma positiva, empreendedora. Assim, deve-se ressaltar que não é o Direito que se apaga perante esse mecanismo de poder incidente sobre a vida, e sim a sua imagem que o conceitua como sinônimo da lei.

Trata-se de uma proposta de interpretação que permite articular o Direito, na obra de Foucault, como um objeto e um instrumento desse novo mecanismo de poder, que tem a vida em sua centralidade. Uma concepção do Direito em que este assume a posição de implicação com a norma. Eis uma interpretação condizente com o que Foucault (2014a) sustenta acerca do saber, de que todo saber está atravessado por

um poder, não existindo um saber alheio à normalização.

Frisa-se que é esta concepção do Direito, na obra de Foucault, que permite a reflexão proposta pelo presente artigo. Por isso se partiu desta, para que depois a análise se torne mais específica. É somente a partir da consideração da possibilidade do Direito ser irradiado e um instrumento irradiante de normalização, que se pode refletir sobre formas deste ser um instrumento de subversão, de emancipação em relação à mesma.

Em outras palavras, apenas a partir da análise da possibilidade do Direito estar articulado com o Poder, sendo objeto de normalização e instrumento desta, que se pode propor uma reflexão sobre o seu impacto no corpo, no âmbito do controle da liberdade dos indivíduos, especificamente a partir da utilização de categorias sexuais, de identidades; que se pode pensar em um *Direito Novo*, livre de normalização.

3 | PODER E IDENTIDADES SEXUAIS

A partir da consideração de que o Direito não é um elemento isento de normalização, isento de poder, à luz da concepção do *Direito Normalizado-Normalizador*, de Márcio Alves da Fonseca; passar-se-á a analisar a relação entre Poder, Direito e identidades sexuais, averiguando-se uma possível normalização efetuada sobre o Direito e instrumentalizada por ele, por meio da criação e utilização de identidades sexuais.

Para a realização da análise, iniciar-se-á com a teoria de Michel Foucault. Conforme destacado na seção anterior, em sua teoria se pode identificar uma transição paradigmática na configuração do poder. Em um primeiro momento, o filósofo discute o poder em níveis de morte, de repressão. O que é alterado a partir da época clássica, quando o Ocidente passou a ser objeto de um poder positivo, incidente sobre a vida. Trata-se de um novo período, a *era do Biopoder*. Um momento em que os processos da vida foram expostos a um novo mecanismo de *poder-saber*, controlador. Foi através da incidência deste sobre a vida, que o acesso ao corpo foi concedido, tornando os indivíduos dotados de valor e utilidade, em níveis econômicos. Um gerenciamento de corpos, feito em nível individual, por meio do *Poder Disciplinar*, assim como em nível coletivo, à luz da *Biopolítica das Populações*.

A partir do século XVIII, pôde-se identificar um conjunto de estratégias de poder sobre o sexo, que ensejaram um dispositivo de poder-saber, o chamado *dispositivo de sexualidade*, típico da sociedade moderna. Eis uma nova tecnologia de poder, que possui em seu centro o sexo, estando fundado na Medicina, Pedagogia e Economia. Destaca-se que o sexo ganhou um *status* de interesse de Estado, ocasionando a interiorização de uma preocupação na sociedade, ao ponto de quase todo o corpo social se colocar em vigilância (FOUCAULT, 2014a).

Trata-se de uma lógica de controle marcada pela necessidade de falar sobre

o sexo, ao invés de reprimi-lo. Eis uma transformação do corpo social em *corpo sexual*, no sentido de que os corpos dos indivíduos são marcados pela sexualidade, fazendo com que estes necessitem de cuidados, de proteção, tendo em vista o *capital patológico* próprio ao sexo, à luz do que era sustentado pela *Teoria da Degenerescência*. Teoria que coloca o sexo como a origem de todos os maus, de patologias e do aniquilamento das descendências. Relacionado a este caráter patológico, destruidor, do sexo, instaurou-se uma lógica de cuidado, de blindagem do corpo, a partir de um discurso de que era necessário falar sobre o mesmo para fins de auto-proteção, sob a justificativa de *maximização da vida*.

O dispositivo de sexualidade, enquanto mecanismo complexo de poder, é desvelado por Foucault (2014a) como o responsável pela criação e fixação da ideia de *sexo*, este considerado pelo citado filósofo como um elemento imaginário, desconstruindo assim a perspectiva biológica atrelada ao mesmo.

O filósofo em análise denuncia uma *teoria geral do sexo*, que se tornou indispensável para o *dispositivo de sexualidade*, uma vez que esta permitiu um agrupamento a partir da noção de sexo, este sendo considerado uma unidade que comporta elementos anatômicos, funções biológicas, condutas, sensações e prazeres (Foucault, 2014a, p. 168); a formação de um princípio causal, no sentido de que o sexo funcionou como um significante único e como significado universal; uma articulação entre a sexualidade humana e as ciências biológicas de reprodução, fazendo com que a sexualidade humana ganhasse quase um *status* de cientificidade. Neste sentido, o filósofo destaca que a biologia e a fisiologia foram instrumentos que contribuíram para a normalização da sexualidade humana.

Extraí-se que a *teoria geral do sexo* colocou o mesmo em um patamar de elemento natural, tornando a sua construção invisível, não aparecendo como elemento fruto de um dispositivo de saber-poder, do *dispositivo de sexualidade*. O sexo como um elemento imaginário necessário para o dispositivo de sexualidade e para o funcionamento do mesmo, sendo o caminho de acesso ao corpo do indivíduo e à sua identidade. O sexo como um elemento essencial ao discurso próprio do *dispositivo de sexualidade*, e talvez até mesmo ao funcionamento do citado dispositivo de saber-poder (FOUCAULT, 2011).

Compartilhando da concepção que sustenta o sexo como um elemento artificial, a filósofa norte-americana Judith Butler destaca, em sua teoria, a artificialidade do sexo, no sentido de este ser um elemento produzido culturalmente, sendo efeito de uma noção de coerência decorrente de uma cultura heterossexual. A citada filósofa vai além, no sentido de que, para ela, não apenas o sexo é artificial, mas o gênero também. Este como objeto do mesmo processo de produção cultural do sexo, sendo ambos socialmente criados (SALIH, 2013).

Butler (2014) alerta para a concepção disseminada de que o gênero seria a interpretação cultural do sexo, o que é nitidamente rechaçado pela filósofa, a partir da consideração de que ambos são socialmente construídos, o que faz com que não

haja distinção entre um e outro. Destaca-se uma estrutura de poder, a produção de uma matriz heterossexual, do qual o sexo é um instrumento de controle, um padrão que encaixa os indivíduos em sua moldura.

É a partir desta análise, alimentada pela teoria de Foucault e Butler, que se pode iniciar a reflexão sobre o sexo, este como um instrumento de controle, que atravessa os corpos dos indivíduos, transformando-os em corpos sexuais, a partir de um dispositivo de poder-saber chamado de *dispositivo de sexualidade*, ao ponto do indivíduo ser conhecido, identificado a partir de sua vida sexual. A sexualidade passa a ser um domínio coerente e absolutamente fundamental do indivíduo, de sua constituição. Trata-se de um sujeito sexual, os indivíduos passam a ser identificados a partir de sua sexualidade. A sexualidade passa a compor a identidade do indivíduo.

Eis uma configuração heterossexual de poder que projeta o sexo em nível de naturalidade, sustentando este em uma relação de consequência com a sexualidade. Existem apenas duas alternativas, ou se nasce macho ou fêmea, conseqüentemente feminino ou masculino. Estes são os produtos coerentes, constituindo o âmbito de normalidade, ao ponto de que o que estiver fora do coerente é anormal, patológico.

Trata-se dos perversos sexuais, indivíduos que não se amoldam à lógica de coerência heterossexual, sendo objeto da Medicina, que criou uma patologia própria às práticas sexuais destoantes da considerada normalidade coerente, catalogando todas as formas de prazer que não se resumiam à penetração falocêntrica. Somente com o mapeamento destas que se poderia ter um controle mais completo e efetivo, não em níveis de condenação, e sim de gerenciamento. Eis uma medicina classificatória da sexualidade dos indivíduos.

Extrai-se que a catalogação das sexualidades que não se adéquam à lógica coerente heterossexual está fundada em uma estrutura de poder e verdade, o *dispositivo de sexualidade*, responsável pela criação e instauração do *sexo*, este como um elemento biológico, natural e coerente. Precisando-se, assim, controlar a anormalidade. Uma das formas de obter este controle foi com a criação das categorias sexuais, pela Medicina, especificando sexualidades periféricas. O indivíduo e a sua vida passam a ser encaixados em padrões sexuais médicos, na própria sexualidade.

Identifica-se, desta forma, duas criações. Primeiro, a produção do sexo pelo *dispositivo de sexualidade*. Este como elemento biológico, nato, uma base para a sexualidade, que seria coerente em relação àquele. Segundo, a criação das sexualidades periféricas, à luz da sustentação do sexo enquanto natural.

Pierre Bourdieu, sociólogo francês, no pós-fácio de sua obra *A Dominação Masculina: A condição feminina e a violência simbólica* (2014) destaca o fenômeno da incorporação de uma dominação vivenciado por homossexuais, ao comentar os movimentos homossexuais e uma lógica de reprodução de uma dominação, de uma violência simbólica.

O sociólogo comenta que os homossexuais são atravessados por uma estigmatização, que é imposta por atos de categorização coletivos, ensejando

segregações, o que desencadearia a formação de grupos, de categorias estigmatizadas. Uma segregação estigmatizadora que só fica evidente por meio do movimento político que articula essas categorias em suas reivindicações por visibilidade. O corpo e a mente dos indivíduos são atingidos pela citada violência simbólica, ao ponto de não conseguirem identificá-la, fazendo-os ratificar, assim, a perspectiva do dominante sobre si próprios (BOURDIEU, 2014).

Involuntariamente, os indivíduos são colocados em uma lógica de aceitação de categorias criadas por uma percepção dominante. Bourdieu destaca que se trata de uma violência simbólica que é exercida não somente sobre mulheres, mas sobre homossexuais, também, fazendo-os aceitar padrões de comportamento dominantes, categorias, identidades dominantes; e mais, fazendo-os utilizar estas em suas lutas políticas. Trata-se, para Bourdieu (2014, p. 167) de uma das “mais trágicas antinomias de dominação simbólica”, a luta por uma emancipação por meio de categorias dominantes. Luta-se pela subversão a uma lógica de poder, entretanto, através das próprias armas criadas por esta. A luta política sendo exercida por meio das próprias categorias que se quer resistir.

Propõe-se, assim, uma interpretação filosófica acerca das categorias sexuais, das identidades pautadas na vida sexual de cada indivíduo. À luz da teoria, principalmente, de Michel Foucault, Judith Butler e Pierre Bourdieu; sustenta-se a categorização sexual como um instrumento de controle, pertencente a um mecanismo complexo de poder, responsável pela colonização do corpo, da vida, de modos de vida. Os indivíduos passam a ser identificados a partir de sua sexualidade, ao ponto de que aqueles que não seguem à lógica coerente amplamente compartilhada são considerados anormais, patológicos, fazendo jus a um gerenciamento, a uma colonização.

Eis uma proposta de interpretação das categorias sexuais, considerando-as como formas de apagamento de vidas, da liberdade dos indivíduos, uma vez que seriam instrumentos utilizados para o exercício de um controle biopolítico, para o exercício de uma normalização, colonização sobre os corpos dos indivíduos.

No que concerne ao Direito, é perceptível o atravessamento deste saber pela lógica identitária, não sendo raro se identificar discursos de proteção de direitos associados a identidades sexuais, seja por meio do instituto do *Nome Social*, por exemplo, fundamentado em um discurso de *direito ao nome*; seja através da instauração de *Ambulatórios específicos de saúde integral para travestis e transexuais*, vinculados ao processo transexualizador viabilizado pelo SUS, sob a justificativa de garantia do direito à saúde dos indivíduos.

Ainda a título de consubstanciações exemplificativas do atravessamento do Direito pela lógica identitária sexual, destaca-se o Decreto nº 8.727, em vigência, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais em nível da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Identifica-se, assim, uma recorrente relação entre institutos jurídicos e as identidades sexuais. São leis, projetos de lei, decretos, resoluções, entre outros, que estariam fundados em categorias, em identificações de indivíduos a partir de sua sexualidade. Uma lógica de atravessamento do saber jurídico pela normalização, por um instrumento complexo de poder colonizador do corpo, que se exerce, entre outros meios, através da instauração e fixação das categorias sexuais.

Utilizando-se o termo de Fonseca (2002), identifica-se um *Direito Normalizado-Normalizador*, no que concerne à relação entre o Direito e as categorias sexuais, ao ponto em que este é objeto do poder e passa a ser um instrumento do mesmo, a partir de seu funcionamento pautado em identidades sexuais, que representam um elemento de colonização da vida, de modos de vida, à luz do referencial teórico do presente estudo, em prol de um poder coerente heterossexual, do qual o Direito passa a ser um instrumento.

4 | UM DIREITO NOVO: TRANSCENDÊNCIA ÀS IDENTIDADES SEXUAIS

Antes de se analisar, especificamente, o Direito, deve-se previamente refletir sobre a lógica que seria transcendente às categorias sexuais, às identidades. Para a reflexão sobre essa nova ordem, a teoria de Judith Butler e de Michel Foucault são fundamentais. Possibilitando-se, assim, uma posterior análise sobre a possibilidade do Direito ser um elemento desta nova ordem, seu papel e sua configuração.

Iniciar-se-á com a concepção sustentada por Judith Butler, no que concerne à chamada *Performatividade*. A filósofa sustenta que o sexo, assim como o gênero, uma vez artificiais, podem ser performativamente reinscritos, acentuando o seu caráter criado. Uma concepção que sustenta que o corpo não é marcado, dotado, de uma naturalidade, e sim produto de discursos, sendo moldado desde o início por meio de sua inscrição cultural (SALIH, 2013).

Citando-se Simone de Beauvoir, “ninguém nasce mulher: torna-se uma mulher” (1980, p. 9). Trata-se de uma frase que possui nítida compatibilidade com o que é defendido por Butler, quem propõe uma lógica transcendente às identidades, que transcende ao *Ser*. Ao invés de ser, *mulher* é um fazer, no sentido de que é uma performance, não tendo vínculos naturais, natos, que impossibilitariam essa movimentação. Eis um processo dotado de continuidade, um verbo ao invés de um substantivo naturalizado. As identidades, nesta concepção, são produzidas, são criadas, por isso podem ser performadas.

A *performatividade* como uma crítica à concepção essencialista do sexo e do gênero, uma vez que estes não representam um *ser*, não são elementos naturais, e sim construídos, sendo passíveis de serem performados em níveis de continuidade.

O sexo e o gênero como encenáveis, diante do seu caráter construído, artificial; destacando-se assim o caráter produzido das identidades, criadas a partir de uma lógica binária e heterossexual. O conceito de *performance*, assim, pode ser

considerado como um dos elementos de uma nova ordem, que transcende à ordem categorizadora sexual. Uma lógica de permissão, de movimentação, de fluidez, em que os indivíduos se livram das suas amarras identitárias, estando aptos a *se tornar*, a viver, sem *ser*. Um processo interminável de experiências, de modificações, impossibilitando o rótulo, a construção de barreiras identitárias.

Paralelamente, destaca-se o sustentado por Foucault, principalmente, em uma de suas entrevistas presente na obra *Ditos e Escritos IX – Genealogia da ética, Subjetividade e Sexualidade* (2014b). Comentando sobre a política identitária e as relações de poder, Foucault sustenta a necessidade de se construir uma *arte de viver sexual*. Deve-se experimentar se tornar *gay* e não ser categorizado a partir de uma identidade específica. Eis uma proposta de modo de vida criativo, que não está pautado no *ser*, em uma lógica identitária, mas no *tornar*.

Foucault sustenta a prática sexual de cada indivíduo como uma obra de arte, que não poderia ser limitada, taxada. Deve-se deixar esta fluir, sem limites, respeitando a singularidade e o desejo de cada indivíduo, em um processo ininterrupto de experiências, que não seriam ensejadoras de essencialismos, de fixações de raízes, identidades, em razão de relações de um indivíduo com outro.

Deve-se ressaltar, entretanto, que Foucault faz uma ressalva. Não há aqui um desmerecimento do filósofo em relação às identidades, ao papel de importância que as mesmas tiveram na conquista de direitos civis, humanos. Pelo contrário, o filósofo reconhece a importância das mesmas, assim como as suas limitações e contradições. Trata-se de uma lógica de crítica e reconhecimento das insuficiências do discurso identitário, mas não de desmerecimento ou de desconsideração.

Foucault (2014b) defende a instauração de uma lógica transcendente às identidades, fundada em uma força criadora, na criação de novas formas de vida, de relações, de amizades. Uma nova configuração social, relacionada à arte, à cultura, que será instaurada a partir de nossas escolhas sexuais, políticas e éticas. Foucault frisa a importância da identidade, a sua utilidade, mas reconhece que a mesma nos limita, por isso sustenta uma nova ordem, fundada no nosso direito de ser livre.

Defende-se um *dever*, um processo permanente e ininterrupto de experiências, que não tenha a possibilidade, muito menos a intenção, de fazer um indivíduo ser qualificado sexualmente como alguém. Trata-se de uma lógica de liberdade de relações, que não identifica, normaliza ou taxa os indivíduos como desviantes, patológicos ou anormais. Um processo marcado pelo *tornar-se* e não pelo *ser*, transcendental às armadilhas essencialistas da identidade.

Exploradas as linhas teóricas de Judith Butler e de Michel Foucault, no que concerne às críticas à lógica identitária e à necessária implantação de uma nova ordem; passar-se-á a refletir sobre a posição e o papel do Direito na instauração e configuração dessa nova lógica considerada emancipatória, não mais pautada em categorias sexuais. Para se atingir essa nova ordem, para se criar essa arte criativa de viver, não mais se pautando em identidades; Foucault está certo que é necessária

a criação de uma cultura que se contrasta com a lógica identitária. Entretanto, o filósofo confessa não saber quais os instrumentos cabíveis para a concretização dessa criação.

Interpretando o sustentado pelos filósofos aqui expostos, entende-se que o Direito possui um papel de relevância na construção dessa cultura não-identitária, todavia, compreende-se que este não pode ser considerado o responsável pela sua instauração. Pensar o contrário seria de uma arrogância jurídica, que é até mesmo compatível com várias críticas que se faz em relação ao Direito, no sentido de este funcionar, muitas vezes, sozinho, à luz da concepção de que a lei por si só tem a capacidade e a possibilidade de mudar o contexto social.

Propõe-se a reflexão sobre um Direito que esteja livre de suas próprias amarras, que não enjaule os indivíduos sob o discurso de libertação sexual. Uma lógica jurídica que reconheça as múltiplas formas de vida, sem normalizá-las, dominá-las, limitá-las. Foucault utiliza o termo *Direito Novo* em sua aula de 14 de janeiro de 1976, referindo-se a um conjunto de práticas e a um domínio teórico que fossem livres de normalização, sendo instrumentos de resistência a um mecanismo complexo de poder. Destaca a necessidade da concretização de práticas do Direito que representem instrumentos de luta contra o poder normalizador, como o destacado no presente artigo, que coloniza corpos (FONSECA, 2002).

Conforme já exposto no presente estudo, à luz de Fonseca (2002), é possível se identificar na obra de Michel Foucault uma imagem do Direito que seria marcado pela normalização e, a partir disso, passa a ser um instrumento de normalização. Trata-se do *Direito Normalizado-Normalizador*. O que se está aqui analisando e sugerindo seria uma terceira imagem, de um Direito não mais marcado por esta normalização, pelo atravessamento deste poder, conseqüentemente, um direito que deixa de ser um instrumento normalizador.

No âmbito do recorte do presente artigo, relacionou-se essa imagem do Direito, *normalizado-normalizador*, à utilização de uma lógica identitária na configuração de instrumentos jurídicos. As identidades sexuais como a materialização do Poder exercido sobre os corpos. Desta forma, pensar em um *Direito Novo*, no que concerne a esse objeto, seria refletir sobre um Direito que não mais estivesse pautado em categorias sexuais, e sim que considerasse a fluidez de nossas experiências, que deixariam de ser sexuais, uma vez que esta qualificação já as coloniza.

Em níveis materiais, indaga-se sobre o funcionamento do citado *Direito Novo*. Para a realização desta análise, utiliza-se uma concepção sustentada por Michel Foucault (2014b), quando questionado sobre o seu entendimento em recusar um programa para a política sexual, sob a alegação de que programá-la seria um ato limitador, incompatível com a própria lógica emancipadora da arte de viver proposta.

Pensando no âmbito do Direito, também, seria incompatível com a proposta de nova ordem estabelecer programas, padrões, previsões, de como deveria ser a lógica jurídica resistente à normalização, uma vez que o próprio ato de programar é

incompatível com a lógica que se está propondo, que está nitidamente fulcrada na liberdade, em um processo contínuo de experiências não antecipáveis por previsões ou programações.

Defende-se a instauração de um conjunto de práticas jurídicas não normalizadas, resistentes à estrutura de poder incidente sobre o corpo, sexo e sexualidade. Práticas jurídicas compatíveis com uma arte de viver, em que os indivíduos deixem de ser identificados a partir de suas experiências sexuais, ao ponto em que estas deixem ser qualificadas como sexuais, sendo apenas experiências de vida, que não possuem o poder de atribuir alguma qualidade a alguém, de identificar alguém.

Uma lógica jurídica não mais pautada em essencialismos, e sim em um processo ininterrupto de experiências que não tem o condão de qualificar indivíduos, respeitando as múltiplas formas de vida. Um Direito que não esteja estruturado em diferenças criadas em nível de gênero, sexo, sexualidade. E sim, práticas jurídicas feitas para seres humanos, iguais, independente de com quem dormem, relacionam-se sexualmente, tendo em vista sexo e gênero serem performáticos.

Faz-se necessário um novo Direito, que não se conforme com a criação de programas e leis para indivíduos identificados como diferentes sexualmente. É necessário um conjunto de práticas jurídicas que visem garantir a liberdade, a saúde, o nome e a igualdade de todos os indivíduos não porque se relacionam com pessoas consideradas do “mesmo sexo”, por exemplo, e sim porque são seres humanos, livres para se tornarem o que desejarem.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme destacado na introdução do presente artigo, este tem como objeto de estudo a possibilidade do Direito ser um instrumento de subversão à lógica de poder padronizadora de corpos, fundada na identificação sexual dos indivíduos. Buscou-se, portanto, por meio do presente estudo, responder em que medida o Direito poderia ser um instrumento de emancipação a esta lógica.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em três seções de conteúdo. Inicialmente, precisou-se pontuar a relação do Direito com as relações de poder, utilizando-se, para isso, das teorias de Michel Foucault e de Judith Butler. Expôs-se os conceitos de *Poder Soberano*, *Poder Disciplinar*, *Biopolítica das Populações* e *era do Biopoder*, articulando-se estes a uma concepção não essencialista do Direito, sustentada pelo filósofo François Ewald, o que permitiu a reflexão sobre um Direito atravessado por estruturas de poder, um *Direito Normalizado-Normalizador*, termo utilizado por Fonseca (2002).

Perguntou-se qual seria o papel do Direito na implantação e manutenção dessa nova ordem. Desde o princípio, deixou-se claro a concepção de que o Direito não seria o elemento capaz de implantar e manter essa nova ordem, e sim um dos instrumentos.

Entretanto, para isso, seria necessário um *direito novo*, livre de normalização, livre de suas próprias estruturas categorizadoras. Uma lógica de afirmação de garantias não para seres sexuais, sujeitos identificados a partir de suas experiências sexuais, e sim para seres humanos.

Um direito marcado não mais por uma lógica identitária, e sim por uma lógica que apague a sexualidade como instrumento identificador de indivíduos. E para isso, defende-se a ausência de um programa, de uma planificação, à luz de Foucault (2014b). Seria contraditório até mesmo com a concepção da nova ordem o estabelecimento de padrões, de previsões, de como deveria ser configurada a lógica jurídica subversiva à normalização. Programar seria um ato limitante para o potencial subversivo dessa nova ordem e do *Direito novo*, componente da mesma.

A partir do presente artigo, portanto, defende-se a instauração de um novo Direito, livre da lógica categorizadora sexual. Um Direito transcendente a discursos de garantias jurídicas por meio da identificação de indivíduos com base em suas práticas sexuais. Um Direito que não enjaula para garantir, um conjunto de práticas jurídicas para seres humanos e não para sujeitos sexuais controlados, limitados e oprimidos.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina** – A condição feminina e a violência simbólica. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero** – Feminismo e subversão da identidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

DE BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**. V. 1 e 2. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

EWALD, François. **L'état providence**. Paris: Grasset, 1986.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

_____. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra, 2014a.

_____. Michel Foucault, uma Entrevista: Sexo, Poder e a Política da Identidade. In: **Ditos e Escritos IX**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b.

_____. **Microfísica do Poder**. 29ª reimpressão. São Paulo: Graal, 2011.

MILOVIC, Miroslav. **Política e Metafísica**. São Paulo: Max Limonad. 2017.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. 1ª ed. São Paulo: Autêntica, 2013.

DIVULGAÇÃO NÃO CONSENSUAL DE IMAGENS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUA (IN)EFICÁCIA NA PROTEÇÃO DA MULHER

Liziane da Silva Rodríguez

Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Porto Alegre – RS.

Gabriela Ferreira Dutra

Doutoranda em Direito Internacional Público pela Universidade de Milão-Bicocca. Itália.

Luiz Henrique Taschetto de Almeida

Pós-Graduando em Direito Público. Advogado.

Restinga Seca – RS.

RESUMO: O artigo apresenta a temática da pornografia de vingança no âmbito da violência de gênero. Objetiva-se analisar se o sistema de justiça brasileiro é eficiente para garantir a proteção da mulher, tendo em vista que se vive em uma sociedade patriarcal que limita e julga a liberdade sexual da mulher. Para tanto, o estudo analisou as especificidades desse tipo de violência contra o gênero sob uma perspectiva social e legal, analisando o atual tratamento dado para o mesmo no Brasil. Portanto, o presente artigo pretende, primeiramente, analisar as especificidades do crime da pornografia de vingança por meio de um estudo da doutrina e, a partir disso, buscar-se-á analisar o tratamento legislativo dado a esse tipo de crime no ordenamento Brasileiro. Dessa forma, almeja compreender se o referido tratamento dado a esse crime encontra-se tutelado de maneira

satisfatória dentro do ordenamento nacional.

PALAVRAS-CHAVE: divulgação não consensual de imagens; pornografia de vingança; violência de gênero; legislação brasileira.

NON-CONSENSUAL DISCLOSURE OF IMAGES: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN LEGISLATION AND ITS (IN)EFFECTIVENESS IN PROTECTING WOMEN

ABSTRACT: This article presents revenge porn as type of gender-based violence. The main objective of the study is analyze if the Brazilian justice system is being efficient in guaranteeing the protection of women against this violence considering the patriarchal structure of the Brazilian society which is biased against the sexual freedom of women. In order to do that, the study analyzed the specificities of this type of violence against women from a social and legal perspective, while analyzing its legal treatment in the Brazilian legislation. Therefore, this article intends, first, to analyze the specificities of revenge porn in the criminal justice through a study of the national doctrine and, from that, to analyze the legislation directed to this type of crime in the Brazilian legal system. Finally, the study aims to conclude if the national legislation is adequately addressing the problem of this type of gender-based violence in the country.

KEYWORDS: Non-consensual disclosure of images; revenge porn, gender-based violence; Brazilian legislation.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo realizar um breve debate sobre o fenômeno chamado “pornografia de vingança” (ou divulgação não consensual de imagens íntimas) e a proteção da mulher no ordenamento jurídico brasileiro de forma a expor uma complexa discussão que envolve vítimas e sistema de justiça criminal. O discurso perpassa sob um enredo em que a Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura o direito à inviolabilidade da intimidade, vida privada, imagem e honra das pessoas (art. 5º, inc. X, da CF/88), como também outras legislações asseguram proteções da vida privada – como o Código Penal; contudo, cresce o número de vítimas quanto ao fenômeno da pornografia de vingança, que afeta diretamente as mulheres. Ademais, também é possível visualizar, em algumas situações, que em esfera de justiça brasileira ocorre a revalidação da ideologia patriarcal que tende a culpabilizar a vítima mulher.

Sendo assim, nesse âmbito que surge o questionamento sobre a eficácia legislativa, tendo em vista que existe um sistema dito protetor e ainda assim os crimes ocorrem de maneira que os números de vítimas só aumentam. Dessa forma, de início serão apresentadas considerações iniciais sobre a pornografia de vingança, como surgimento e conceito e, após, sobre a legislação aplicada atualmente e os projetos de lei específicos sobre a temática. Através dessas explanações, a seguir, será possível discorrer acerca dos contrapontos legislativos, apresentando dados e também teorias de bases criminológicas verificando se o sistema de justiça criminal é eficiente para garantir a proteção da mulher.

2 | BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIVULGAÇÃO NÃO CONSENSUAL DE IMAGENS

Inicialmente, merece destaque esclarecer que o termo “pornografia de vingança” surgiu do inglês “*revenge porn*” e é utilizado para intitular a ação de divulgar na *internet* fotos, vídeos, áudios ou qualquer tipo de material de cunho sexual, íntimo e privado de uma pessoa, sem a autorização desta. Contudo, salienta-se que não é a melhor maneira de intitular este tipo de ação, devido aos termos pejorativos utilizados, que nem sempre representam a realidade, trazendo consigo relativa carga estigmatizante.

Concomitante a isso, muitas vezes, os dados pessoais da vítima (como nome, endereço e telefone) são expostos juntamente com a publicação. Acredita-se que os primeiros casos tenham ocorrido no ano de 2000, quando surgiu, entre os usuários da *Usenet*, uma classificação diferente da pornografia até então “tradicional”: vídeos

mais autênticos e realistas. Após algum tempo e o desenvolvimento de pesquisas acerca dessa matéria, descobriu-se que eram materiais publicados geralmente por ex-companheiros das mulheres vitimadas por essas práticas, sendo as publicações utilizadas como uma forma de vingança ou pressão quanto ao relacionamento (ALINE, 2016: 217-220).

Dessa forma, pelo fato de a pornografia de vingança ser um tema envolto em tabus como o da própria liberdade sexual feminina, a maioria das vítimas são elas (conforme dados do SaferNet Brasil), gênero feminino, pois geralmente a exposição sexual causa um maior interesse social e vexame à vítima. Nesse sentido, é possível afirmar que tal fato – a divulgação dos materiais privados – é uma forma de violência de gênero que resulta nas mais variadas consequências para as vítimas, podendo citar como exemplo trocas de emprego, de cidade, de círculos sociais, mudanças também na fisionomia, aspectos físicos em geral, acompanhamento psicológico, entre outras afetações.

Referida violência produzida contra a mulher reforça a autoridade masculina, bem como reforça um ciclo cultural patriarcal que tende a demonstrar que as mulheres não possuem liberdades, principalmente sexuais. Ademais, tende também a difundir a ideia de que os espaços públicos são apenas dos homens, pois são mais fortes e vocacionados para tal ato, em contrapartida, as mulheres devem permanecer nos espaços privados, destinadas a cuidar da casa e dos filhos (SAFFIOTI, 1987: 8), sem vocação ou condições para ocupar áreas públicas, mas sim as domésticas.

É possível considerar que o controle da sexualidade feminina vem dos primórdios, em que a fidelidade era exigida para que o homem pudesse ter certeza que era o progenitor da prole. A antiga justificativa não se sustenta atualmente, visto que a ciência avançou e existem mecanismos, tais como os exames de DNA, aptos a dirimir eventuais dúvidas sobre paternidade, contudo, a dinâmica antiga da moral social prevalece até os dias de hoje.

3 | ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que diz respeito aos crimes sexuais, até pouco tempo atrás o direito penal brasileiro atuava sob um ângulo machista, com delineamentos claros, com base em preceitos morais ultrapassados de forma a tutelar a sexualidade feminina e o valor da pena conforme a “honra” da vítima mulher. Como exemplo pode-se citar o Código Penal do ano de 1830 que na seção “estupro”, tutelava a virgindade da mulher. Constituía-se crime “deflorar” a mulher e as penas aplicadas eram diferentes para as mulheres “honestas” (uma punição mais severa) e para as prostitutas (com uma punição mais branda), observando que a punição do crime seria afastada se a vítima casasse com o agressor (BORGES, 2011: 34-35). Outro exemplo é o Código Civil de 1916, que vigorou até 2003, em que a anulação do casamento poderia ser

requisitada pelo marido caso constatasse que a esposa houvesse sido deflorada antes do casamento, bem como ainda existia o termo “mulher honesta”.

A base normativa tinha como pressuposto que a mulher deveria ser protegida – proteção esta com base nos interesses masculinos, ou seja, a honra, a honestidade da mulher – para ser apropriada pelo homem, como um objeto. Melhor dizendo, a proteção era sobre a sexualidade feminina: a virgindade, a inexperiência, o pudor, entre outros. Os delitos contra a liberdade sexual eram entendidos como violação da honra.

Reformas foram realizadas legislativamente, tendo como exemplo o Novo Código de Processo Civil e também as alterações no Código Penal: estes retiraram os termos “mulher honesta”, “defloramento” e a criminalização do adultério. Entretanto, como já referido, o espectro da dinâmica antiga da moral social prevalece até os dias de hoje, e o machismo e o androcentrismo ainda vigoram entre pessoas, estando enraizado e sendo uma consequência disso o controle da moral sexual da mulher.

Tendo em vista que existem grupos que defendem e acreditam que a legislação pode modificar a situação de vulnerabilidade da mulher, especialmente pelo viés *criminalizante*, em contrapartida existem também aqueles que acreditam não ser através da esfera negativa, reducionista, que soluções irão se apresentar, sendo necessários outros meios de efetivação da igualdade masculina e feminina. Para tanto, nesse sentido, inicialmente serão demonstradas as legislações brasileiras em vigor que trazem disposições atinentes à pornografia de vingança e, após, apresentando o contraponto da adoção de leis para resoluções de problemas, podendo-se, então, logo após, analisar se o sistema de justiça brasileiro é eficiente para garantir a proteção da mulher ou não.

3.1 Legislação aplicada atualmente

Inicialmente, por estar no vértice legislativo, a Constituição Federal de 1988 merece destaque diferenciado, pois em seu artigo 5º, inciso X, há considerações sobre o direito à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

O Direito Civil, no artigo 21, declara inviolável a vida privada da pessoa devendo o juízo realizar as medidas necessárias para impedir ou cessar a violação. Já o Código Penal não tutelava objetivamente a intimidade em si, mas apresentava uma seção sobre “crimes contra a inviolabilidade dos segredos”, que podem ser atribuídos em casos de violação da vida privada. Tal dispositivo passou por alterações em 2012 pela Lei 12.737 (Lei Carolina Dieckmann), adicionando artigos sobre delitos informáticos que abrangem justamente invasão informática e divulgação de materiais privados. Sendo assim, ao Código Penal foram acrescentados os artigos 154-A e 154-B.

Passando para a temática objeto do presente trabalho, a divulgação não consensual de imagens, antes do advento do artigo de lei, era abrangida como

situação de difamação (fato ofensivo à reputação) ou injúria (ofender a dignidade ou decoro) ou até mesmo extorsão, passível de indenização moral e material. Trata-se de crime disposto no Capítulo V, do Título I da Parte Especial do Código Penal, “dos crimes contra a honra”, com exceção da extorsão, que está na seção dos crimes contra o patrimônio (Parte Especial, Título II, Capítulo II).

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Disposições comuns

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

[...]

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria (BRASIL, 1940).

Continuando, como citado, a divulgação não consensual de imagens pode também ser caso de extorsão, previsto no artigo 158 do Código Penal e trata-se de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa” (BRASIL, 1940). Significa obrigar alguém a realizar uma ação ou omissão mediante violência ou grave ameaça, ou seja, há a finalidade de obtenção de vantagem patrimonial indevida.

Ademais, se tem a Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que foi preparada com o escopo de acrescentar ao ordenamento jurídico medidas afirmativas de proteção às mulheres para o combate a violência doméstica e familiar, violência esta típica de uma sociedade que vive sob os ditames patriarcais anteriormente mencionados. Nesse âmbito, perante a “pornografia de vingança”, a Lei Maria da Penha se encaixa

especialmente nos artigos 2º, 5º e 7º, que tratam sobre direitos fundamentais, direitos humanos, integridade moral e social, proteção física e psicológica. Ainda, referida Lei permite aplicabilidade de medidas protetivas, como também a competência passa aos Juizados Especiais de Violência Doméstica.

Cumprido destacar a Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018, que alterou o Código Penal e revogou dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais):

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, **sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:**

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) **se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.**

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos (grifo nosso) (BRASIL, 2018).

Referida Lei passou a tipificar as condutas de importunação sexual, divulgação de cena de estupro e também o compartilhamento de imagens íntimas sem o consentimento da vítima. Quanto ao último crime citado, verifica-se que está disposto no artigo 218-C, conforme demonstra a redação acima.

3.2 Projetos de lei sobre a divulgação não consensual de imagens

Para fins de melhor elucidação do processo jurídico, convém destacar que o ato de criminalização se dá por meio de duas fases: a primária e a secundária. Diante do que sustenta Zaffaroni (2013: 43), a “criminalização primária” é “um ato formal fundamentalmente programático”, ou seja, o parlamento (que exerce tal poder) irá discutir e analisar o sancionamento de uma lei penal que se refere a condutas consideradas reprováveis, o que permitirá a punição de certas pessoas. A secundária se trata da “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, situação essa que ocorre por meio das agências policiais ao perceberem ou ao suporem que alguma(s) pessoa(s) praticou(ram) determinado ato criminalizado primariamente.

Nesse sentido, a divulgação não consensual de imagens, como não tinha uma tutela específica no Brasil, estava em discussão e na fase de criminalização primária,

sendo objeto de vários projetos de lei que visavam abordar o assunto de forma mais precisa propondo alterações na Lei Maria da Penha ou no Código Penal:

Projeto de Lei n. 6.630, de 23 de novembro de 2013; Projeto de Lei n. 63, de 02 de fevereiro de 2015; Projeto de Lei n. 6.713, de 06 de novembro de 2013 (apensado ao PL nº 6.630/2013); Projeto de Lei n. 6.831, de 26 de novembro de 2013 (apensado ao PL n. 6.630/2013); Projeto de Lei n. 7.377, de 07 de abril de 2014 (apensado ao PL n. 6.630/2013); Projeto de Lei n. 3.158, de 30 de setembro de 2015 (apensado ao PL n. 6.630/2013); Projeto de Lei é o de n. 5.632, de 20 de junho de 2016 (apensado ao PL n. 6.630/213); Projeto de Lei n. 5.647, de 21 de junho de 2016 (apensado ao PL n. 6.831/2013); Projeto de Lei n. 4.527, de 24 de fevereiro de 2016 (apensado ao PL nº 5.555/2013); Projeto de Lei n. 5.822, de 25 de junho de 2013 (apensado ao PL n. 5.555/2013); Projeto de Lei n. 170, de 04 de fevereiro de 2015 (apensado ao PL n. 5.555/2013).

Os legisladores dos projetos de lei, de uma forma geral – a partir das suas justificativas para a criminalização – acreditam que não tipificar tal conduta é reforçar a ideologia machista e permitir que a mulher seja julgada no meio social. Consideram também que a mulher deve ser respeitada e que para conseguir esse respeito deve-se prever a responsabilização criminal para os autores. Contudo, paradoxalmente, a própria tutela da conduta reforça a vulnerabilidade (e mais uma vez fragiliza o feminino) e, a princípio, não traz proteção nenhuma, visto que o sistema de justiça criminal é reprodutor do androcentrismo e, por muitas vezes, culpabiliza a própria vítima (ANDRADE, 2012:152).

O que se pode considerar, então, diante do explanado até o momento, é que o tratamento jurídico que vem sendo adotado no Brasil, no que se refere à “pornografia de vingança”, é o punitivo-repressivo. Nesse sentido, em 24 de setembro de 2018, foi aprovada a Lei n.º 13.718 que dispõe dos tipos penais de importunação sexual, divulgação de cena de estupro e de imagens de cunho sexual sem consentimento.

4 | CONTRAPONTO: A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SERIA SUFICIENTE?

Pondo em análise as questões legislativas apresentadas, importa refletir que, conforme discorre Amaral (AMARAL & PILAU, 2015: 146-157), o poder punitivo encontra-se em crise e quanto mais se expande maiores serão os problemas, principalmente para as vítimas, pois o cenário de barbáries dos últimos anos só fez gerar mais dúvidas sobre o avanço do sistema criminal. Os autores explicam que o poder punitivo,

Tende sempre a alcançar os vulneráveis e despossuídos sociais e economicamente, forjando uma clientela a partir de estereótipos, que na sociedade brasileira e suas violências naturalizadas vem desde a escravidão e chega aos dias atuais. Estranho é que, com todas essas características e a violência grotesca que (re)produz, seja o poder punitivo convocado por ativistas e movimentos sociais a afirmar direitos

fundamentais, realizando verdadeira inversão de valores e carecendo de um fundo ético em tempos de expansão desse poder – sobretudo prejudicando qualquer solução de fundo dos problemas sociais que se propõem a resolver (AMARAL & PILAU, 2015: 146-157).

A ponderação é no sentido de que se acredita que o sistema é ineficiente para proteger a mulher, dado seu histórico de falhas, principalmente quanto à proteção das mulheres vítimas da violência de gênero.

Nesse sentido, os dados apontam para a ineficácia da Lei Maria da Penha no âmbito de proteção, já que, conforme os dados divulgados no Mapa da Violência 2015 (WASELFSZ, 2015), em 1980 o número de homicídios praticados contra mulheres no país, anualmente, era de 2,3%, o que corresponde a 1.353 homicídios por 100 mil habitantes. Em 2013 a taxa passou a ser de 4,8%, correspondendo a 4.762 homicídios por 100 mil habitantes. Um dos pontos interessantes dos dados é que entre 2006 e 2007, com o advento da Lei Maria da Penha, os números baixaram, sendo 4.2% em 2006 e 3.9% em 2007. Contudo, foi apenas nesse período a constatação da redução de homicídios contra as mulheres, no momento imediato da entrada em vigor da Lei 11.340/2006, já que, como referido, as taxas são bem maiores entre 2012 e 2013, com 4.8%.

Diante disso, percebe-se que a legislação possui efeitos limitados e temporais, não cessam com a violência e aparentemente não colaboraram para com o enfrentamento das vulnerabilidades femininas, em especial a situação da pornografia de vingança. Ainda, o Brasil não tem condições de implementar com eficiência os mecanismos de proteção previstos em Lei, como proteger as liberdades (inclusive as sexuais), a integridade física, psicológica e também a vida (GONÇALVES, 2016: 38-52).

Em que pese os consideráveis avanços dos movimentos feministas, muitos ainda são as temáticas que merecem reflexão e luta, pois, a princípio, não parece ser através de uma criminalização de condutas que os resultados mais significativos surgirão. Até porque, em algumas situações, a vítima é julgada dentro do próprio sistema de justiça, ou seja, aquele que deveria fornecer proteção acaba por culpabilizar e verificar se a vítima merece esse *status* (ANDRADE, 2012: 150). Portanto, não há garantias que a vítima não será culpabilizada, posto que o sistema penal é androcêntrico e, ainda, ser considerada vítima não reflete objetivamente na punibilidade do autor (ANDRADE, 2012: 152).

Sendo assim, diante das considerações acima expostas, constata-se que, por vezes e em determinadas circunstâncias, recorrer ao sistema de justiça não se mostra uma alternativa eficiente e melhor caminho para garantir a proteção da mulher no que se refere à pornografia de vingança, pois há uma tendência em julgar os comportamentos femininos, mesmo em esferas de âmbitos institucionais de proteção, como também pelos dados apresentados, não há eficácia e proteção garantida com legislações criminalizantes. Nesse sentido, brevemente, talvez seja necessário

considerar alternativas, como por exemplo, através de estudos da criminologia, através também de movimentos de massa, conforme afirma Angela Davis (2009: 137), e um desempenho mais expressivo na esfera positiva (CAMPOS, 2003), vinculada com a efetivação de direitos fundamentais, visando, assim, conferir um grau mais efetivo de proteção às mulheres.

5 | CONCLUSÃO

A divulgação não consensual de imagens, utilizada como uma ferramenta para causar constrangimentos femininos reflete diretamente sobre a questão das liberdades sexuais, de forma a demonstrar que se trata de uma vulnerabilidade a ser superada, conquistada. Tal conduta é enraizada pela cultura patriarcal na qual vivemos e é constantemente difundida, carregada de violências.

Legislações são criadas com o intuito de coibir crimes e proteger vítimas, como exemplo dos projetos de lei sobre a temática e o artigo recentemente aprovado, que, segundo os legisladores, os objetivos são de proteção e coibição da conduta. Nesse sentido, poderia se considerar que a legislação atual já seria suficiente para enquadrar o problema aqui posto, não sendo necessária uma tipificação específica. Até porque, conforme explanado e corroborado pelos dados, a legislação não tem se mostrado suficiente para enfrentar os problemas das vulnerabilidades femininas, em especial a divulgação não consensual de imagens de cunho sexual.

Ademais, o próprio sistema e as próprias instituições se mostram mergulhadas em conceitos ultrapassados, ocorrendo, então, por vezes, julgamento da conduta das vítimas, daquelas que mereciam proteção. Portanto, é necessário repensar o sistema de justiça criminal brasileiro e novas formas de atuação, pois, a princípio, neste momento, não se mostra a melhor alternativa para a situação da pornografia de vingança.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012

AMARAL, Augusto Jobim do.; PILAU, Lucas Batista. Feminismos e esquerda punitiva: por uma criminologia de libertação do poder punitivo. **Panóptica**, v. 10, n. 2, p. 146-157, jul./dez. 2015.

ALINE, Gostinski. **Estudos feministas por um direito menos machista**. Andrea Bispo ...[et al.]; organizadoras: Aline Gostinski e Fernanda Martins. 1ª ed. - Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

BORGES, Paulo César Corrêa. Tutela Penal dos Direitos Humanos: crimes sexuais. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores Sociais da Diferença e Repressão Penal**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Decreto-lei n. 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulgação do Código Penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Exposição de motivos n. 211 de maio de 1983 do Código Penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 63, de 02 de fevereiro de 2015.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=944347>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 170, de 04 de fevereiro de 2015.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945749>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 3.158, de 30 de setembro de 2015.** Brasília, DF. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1806100>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 4.527, de 24 de fevereiro de 2016.** Brasília, DF. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078031>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 5.555, de 09 de maio de 2013.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366&ord=1>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 5.632, de 20 de junho de 2016.** Brasília, DF. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088774>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 5.647, de 21 de junho de 2016.** Brasília, DF. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088945>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 5.822, de 25 de junho de 2013.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=581988>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 6.630, de 23 de outubro de 2013.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=598038>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 6.713, de 06 de novembro de 2013.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=599910>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 6.831, de 26 de novembro de 2013.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=602238>>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 7.377, de 07 de abril de 2014.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=611608>>. Acesso em: 09 set. 2019.

CAMPOS, Carmem Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. **Revista Estudos Feministas**, v. 11, n. 1, Florianópolis, jan./jun. 2003.

DAVIS, Angela Y. **A democracia da abolição:** para além do império das prisões e da tortura. Tradução Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Violência contra a mulher: contribuições da vitimologia.** Sistema Penal & Violência, volume 8, nº 1, jan-jun 2016, p 38-52.

SAFERNET BRASIL. **Associação civil de direito privado de proteção dos direitos humanos na sociedade da informação.** Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/helpline>> Acesso em 09 de set. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **Gênero patriarcado violência.** 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **O poder do macho.** São Paulo: Moderna, 1987; (Coleção Polêmica).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil.** Brasília: FRACSO, 2015. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em 10 de nov. 2017.

ENCARCERAMENTO FEMININO POR TRÁFICO DE DROGAS: MOTIVAÇÕES E DESDOBRAMENTOS

Nathália Blockwitz Vasone
Isael José Santana

RESUMO: O Brasil é o quarto país no mundo que mais encarcera mulheres, contando com um contingente de 42.355 encarceradas. Em 2000, elas não passavam de 5.601, o que significa um aumento de 756,21% em 18 anos. Os dados mostram que ser mulher é absolutamente irrelevante para o sistema penitenciário. Dados da Infopen Mulheres (2018) revelam que apenas 7% dos estabelecimentos prisionais são voltados exclusivamente ao público feminino, o que não significa dizer que tenham sido pensados para abrigar mulheres. Em geral, são espaços criados para encarcerar homens, que foram (mal) adaptados para confinar mulheres. O tráfico de drogas representa 27% das prisões no País, conforme o Infopen (2014), no entanto, a taxa de encarceramento feminino por este crime corresponde a 62% das prisões. O perfil geral dessas mulheres presas é bem definido, como afirma Boiteux (2014). Metade das presas se encontra na faixa etária de 18 a 30 anos. A grande maioria possui baixa escolaridade, são em regra, mães, sendo que um terço delas possui ensino fundamental incompleto (11.958) e cumprem pena de 4 a 8 anos (5.535). O presente artigo pretende abordar os nuances deste fenômeno, desde a maior incriminação feminina

por tráfico quanto por suas possíveis motivações e desdobramentos dessa criminalização.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão feminina, Violência, Tráfico de drogas.

ABSTRACT: Brazil is the fourth country in the world that most imprisoned women, counting on a contingent of 42,355 womans locked. In 2000, they weren't more than 5,601, it means an increase of 756.21% in 18 years. That increase means that the number of women prisoners who have their children in prison is getting bigger each year. Data show that being a woman in prision is absolutely irrelevant to the penitentiary system. Data from Infopen Women (2014) show that only 7% of prisons are exclusively for female people, but not made for womans. In their entirety are spaces created to imprison men, who were badly adapted to confine women. Drug trafficking accounts for 27% of prisons in Brazil, according to Infopen (2014), however in the female prison this crime corresponds 62% of prisons. The profile of these women prisoners is properly defined, teaches Boiteux (2014), half of the womans in prision is in the age range of 18 to 30 years. Majority have low levels of education, usually be mothers, with one third having incomplete elementary education (11,958) and serving a sentence of 4 to 8 years (5,535).This article pretends discuss this phenomenon nuances, note the increase

of female criminalization and point potential motivations and consequences of female prisons because drugs trafficking.

KEYWORDS: Female prison, Violence, Drug trafficking.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo decorreu da realização de projeto de Iniciação Científica realizado nos anos de 2017/2018, financiado pelo CNPq por intermédio da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de discutir o aumento do encarceramento feminino por tráfico de drogas, as possíveis motivações para se dirigirem ao tráfico, bem como, de que forma a inserção dessas mulheres no crime afeta não só a ela, mas o seu entorno.

O Brasil, é detentor do terceiro lugar dos países que mais encarceram no mundo, contando com 711.463 presos, conforme pesquisa do CNJ (2014), deste número 37.380 são mulheres. Um dos motivos que justificam a quase inexistência de estudos sobre as ofensoras é o fato de, em números, os delitos cometidos por elas serem significativamente inferiores quando comparadas as taxas de delitos cometidos por homens, conforme Adorno (2008).

O perfil dessas mulheres encarceradas é, basicamente, mães, jovens, não brancas e com ensino médio incompleto. O aumento do encarceramento feminino se deu, principalmente, pela maior inserção dessas mulheres no tráfico de drogas, crime que representa 27% das prisões no País. Enquanto na seara feminina, de acordo com o Infopen Mulheres (2016) o tráfico de drogas representa 62% das prisões.

Em junho de 2016, o Brasil contava com 19.223 mulheres custodiadas no sistema prisional brasileiro sem condenação, em 2018 conta com o equivalente a 45% do contingente carcerário feminino, segundo o Infopen Mulher (2018). No entanto, deve-se ressaltar que estes dados devem ser observados de forma mitigada, uma vez que, há ausência dos dados das mulheres que se encontram em carceragens de delegacias e cadeias públicas.

No estado de Mato Grosso do Sul, divisa com Paraguai e Bolívia, roteiro de passagem de drogas, este lidera a taxa de prisão de mulheres no país, sendo 79% das prisões femininas que acontecem no estado, são em função do tráfico de drogas.

2 | PERFIL DAS MULHERES CARCERÁRIAS

O perfil geral do contingente carcerário feminino é bem definido, como afirma Boiteux (2014). Metade das presas se encontra na faixa etária de 18 a 30 anos. A grande maioria possui baixa escolaridade, sendo que um terço delas possui ensino fundamental incompleto (11.958), e cumpre pena de 4 a 8 anos (5.535). Em relação à cor ou etnia, é destacado a proporção de mulheres negras presas, que representa 67% da população carcerária, ou seja, duas em cada três presas são negras.

A presença de filhos é marca característica dessa situação de desvantagem econômica, de modo especial no caso da mãe solteira. O Infopen 2018 pretendeu coletar informações sobre a quantidade de filhos das pessoas privadas de liberdade no Brasil. Tais dados estavam disponíveis apenas para 9% da população prisional. Segundo esse levantamento 53% dos homens presos não tem filhos, enquanto entre as mulheres 74% tem pelo menos um filho.

O relatório *nascer na prisão, gestação e parto atrás das grades*, feito por Leal (2016), em contraponto aos dados oficiais divulgados, trazem algumas perspectivas diversas, concluiu que a maioria das presas está em idade fértil e estima-se que 6% estejam grávidas. Um terço das reclusas tiveram quatro ou mais gestações; 20% tinham cinco filhos ou mais, sendo que 8% já tinham tido outro filho durante o encarceramento anterior. A pesquisa revelou que 56% das mães declaram-se solteiras, sendo um terço delas chefe de família, ou seja, são elas as responsáveis pelo sustento de seus parentes e responsáveis pelo cuidado das crianças.

3 | MULHERES TRANSGRESSORAS HISTORICAMENTE

A temática mulheres e crime foi sistematicamente ignorada, invisibilizada e marginalizada até o final do século XX. Nas décadas de oitenta e noventa do século XX, diversas teorias começaram a incluir a perspectiva de gênero em suas pesquisas, e desenvolveram-se na tentativa de formular suposições que atendessem a realidade feminina, conforme descreve Luciana Chernicharo (2014).

Dentre elas, destacamos a Teoria da Emancipação Feminina esta teoria foi desenvolvida nos anos 1970, por Freda Adler, que afirmou que a inserção da ideia de gênero libertaria a mulher de um papel e modo de agir próprios do feminino, fazendo com que se comportassem como homens, se inserindo em esferas antes consideradas masculinas, inclusive a esfera do crime, como descreve Luciana Chernicharo (2014).

A “teoria da nova criminalidade feminina” (New female criminal) desenvolvida por Freda Adler sustentava que os movimentos de emancipação feminina tornavam os padrões das mulheres infratoras mais “masculinos” e, por isso, o incremento em atividades criminosas mais agressivas e violentas.

Seguindo esta mesma lógica, embora com uma roupagem diferente, a “Teoria das Oportunidades”, de Rita Simon (2005), atribuía o aumento da criminalidade feminina a um maior acesso às oportunidades econômicas, considerando que estas oportunidades exerciam forte influência sobre a eleição da conduta criminal, como descreve Luciana Chernicharo (2014).

Luciana Chernicharo (2014) entende esta teoria como uma abordagem objetiva acerca da criminalidade feminina, afirmando que as mulheres não seriam mais ou menos propensas ao cometimento de crimes, mas sim as oportunidades construídas historicamente contribuiriam para o predomínio da criminalidade masculina. Na

medida em que essas oportunidades se expandissem também para as mulheres, cada vez mais estas se tornariam suscetíveis à prática de crimes.

Ambas teorias têm em comum o fato de considerarem os “processos de modernização” como fator chave para explicar a inserção feminina em crimes antes praticados majoritariamente por homens, atribuindo às mulheres papéis que não eram seus, segundo Luciana Chernicharo (2014).

4 | DUPLA CULPABILIZAÇÃO FEMININA

O direito penal, segundo o Baratta (1999), é dirigido especificamente aos homens, enquanto operadores de papéis na esfera pública, e em consequência disso, quando uma mulher vem a ser punida juridicamente, se deparam com modalidades de tratamento a elas reservadas.

Durkheim (2003, p.83) em conformidade com o que foi apontado afirma que

[...] o crime praticado por mulheres apresenta um grau mais elevado de violação dos sentimentos coletivos, pois não fere apenas os sentimentos compartilhados, mas viola as determinações coletivas que estabelecem o papel de mulheres e homens na sociedade.

Conforme Smaus (1993) quando as mulheres cometem infrações em um contexto diferente daquele imposto a elas, os quais resumem-se no cuidado da casa e da família, como sendo papéis tipicamente femininos, essas mulheres não apenas infringem a lei, como também toda a construção dos papéis de gênero construídas pela sociedade, sendo duplamente penalizadas, a pena em si e toda a carga social que carregam por negarem seus papéis femininos.

Nesse sentido, a teórica Smart (1976) aponta a dupla culpabilização da mulher, que responde além do crime cometido, sendo socialmente penalizada pelos erros de conduta cometidos e além disso, por ter fugido daquilo que se espera do papel feminino. Sendo vista, segundo Heidensohn e Silvestri (2013), como tendo violado não somente as normas sociais, mas as normas específicas destinadas a cada gênero, observa-se que a mulher criminoso já sofre antes mesmo de entrar na arena criminal.

Segundo Allen (1987), a mulher em conflito com a lei é uma figura que causa certa perturbação social, por representar um corte transversal às práticas judiciais e ao que se considera padrão ideal feminino imposto socialmente. Sua relação com o sistema judicial é baseada nos papéis definidos socialmente e amparada na sua fragilidade física e emocional, sendo na maioria das vezes vistas como vítimas dos próprios crimes cometidos.

O Instituto terra, trabalho e cidadania (ITTC) aponta que ao relacionar-se com o tráfico de drogas, as mulheres são afetadas por três níveis de exclusão que se traduzem em uma sentença de tripla dimensão, sendo que antes do encontro com a justiça criminal, as mulheres estão sujeitas a fatores de discriminação que se

manifestam na assimetria das relações de poder entre homens e mulheres. E, uma vez transformadas, juridicamente, em acusadas de tráfico de drogas, as mulheres estão sujeitas a sentenças e regimes penais desproporcionais quando comparados com outros crimes. Já condenadas ou respondendo ao processo, as mulheres sofrem formas específicas de discriminação na prisão.

5 | A CONSTRUÇÃO SOCIAL DOS CRIMES COMETIDOS POR MULHERES

Diante do aumento exorbitante nos números de mulheres encarceradas no Brasil, houve a necessidade de buscar possíveis hipóteses científicas para esse aumento. Kátia Souza (2008) descreve que durante o Século XX, os crimes caracterizados como femininos eram o aborto provocado por motivo de honra e o infanticídio, crimes associados à maternidade, bem como, a prostituição e a exposição da sexualidade para fins não reprodutivos, equivaleriam à criminalidade capaz de colocar em risco a moral familiar e os bons costumes. Para a autora (2008), os crimes cometidos por mulheres eram difícil de ser detectados pela natureza das infrações.

Já no começo do século XXI, afirma Kátia Souza (2008), os crimes centralizavam-se mais no âmbito privado e perdem a conotação de crimes ligados à maternidade. Prevaleram os crimes relacionados ao tráfico e/ ou consumo de drogas, seguindo-se, pela ordem de número de crimes, roubo e furto e homicídio qualificado. Soares e Ilgenfritz (2002) explicam que o número de prisões por tráfico se dá em virtude do papel subalterno que as mulheres desempenham, sendo, assim, mais facilmente presas.

E nesse sentido seguirá o estudo, no aumento do direcionamento das mulheres à crimes ligados ao tráfico de drogas. À primeira vista o tráfico de drogas, de um modo geral, é um crime cometido com o intuito de obter dinheiro ou outra vantagem econômica, conforme dispõe Monica Cortina (2016). Por tratar-se de uma atividade muito lucrativa, em comparação com a remuneração ofertada pelas ocupações lícitas (para pessoas com baixa escolaridade).

Pat Carlen (1987) apud Paula Peixoto (2017) observou o aumento da criminalidade feminina, a partir de uma série de entrevistas realizadas com internas e funcionárias de uma penitenciária na Inglaterra, e concluiu que o aumento nos índices relaciona-se com a precarização das condições sociais e privação econômicas, pois, muitos delitos que foram cometidos pelas internas entrevistadas foram motivados pela necessidade financeira.

Quanto ao modo com que essas mulheres se inserem no mundo do tráfico, pode-se afirmar que existem algumas pesquisas relacionadas ao tema. Para algumas das pesquisadoras, entre elas Gabriela Jacinto (2010) o envolvimento com o tráfico se desencadeia a partir de uma ligação afetiva da mulher com um homem inserido no tráfico, e esse fato pode ocorrer de diversas formas, pela obrigação emocional das

mulheres em ajudar o companheiro ou até substituí-lo caso ele seja preso.

Essas mulheres estão ligadas diretamente ao objeto final do crime, ou seja, na frente mais arriscada do negócio, e são segundo Moura (2005), as primeiras a serem presas, enquanto muitos homens passam infensos à prisão e impunes. A ocupação de posições mais baixas e mais expostas e o recebimento de menos dinheiro, tal qual ocorre no mercado formal de trabalho, deixa-as mais vulneráveis à prisionização.

As relações de afeto centradas na figura de um indivíduo masculino não se limitam apenas àquelas de natureza erótico-amorosas. Muitas mulheres acabam se envolvendo com o comércio ilícito por causa dos filhos.

Nesse sentido, Monica Cortina (2015) nos alerta que subordinar o engajamento de mulheres em atividades criminosas à participação masculina na atividade é mais uma das formas de retirar o protagonismo feminino e reforçar a invisibilidade da mesma na prática de crimes violentos ou na participação em atividades ilícitas, mesmo que em um primeiro momento esse pareça ser a motivação, dar ênfase quase que exclusiva a criminalidade feminina decorrente das relações afetivas não oferece benefícios às mulheres, ao contrário, as subordinam e prendem ao pensamentos de serem impossibilitadas das práticas por sua natureza.

Em conformidade com o exposto, Mariana Barcinski (2012) dispõe que a crescente participação feminina no tráfico, não se explica pela superficial leitura de que foram aliciadas ou influenciadas por seus companheiros e familiares, pois, para algumas mulheres, o envolvimento com o crime foi ato próprio com o objetivo de adquirir poder e respeito onde viviam.

Para algumas mulheres, o envolvimento com o tráfico de drogas foi assumido como ato de escolha pessoal, conforme mostra Monica Cortina (2016), sendo o poder e o respeito que experimentavam como traficantes o principal motivador para suas escolhas. Se, por um lado, as mulheres ingressam na traficância ilegal para obter reconhecimento e *status* social, por outro, observa-se que as relações discriminatórias de gênero as atingem também nesse mercado de trabalho ilícito, já que para elas são destinadas as atividades consideradas secundárias e inferiorizadas.

Entretanto, é perigoso afirmar que inserir-se no tráfico é uma questão de mera escolha, principalmente ao observar as condições sociais em que o Brasil se encontra, tanto em se tratar da vulnerabilidade social, quanto na opressão sofrida pelo gênero e a seletividade intrínseca ao sistema penal brasileiro, nesse sentido Monica Cortina (2015) observa que diversas mulheres durante a pesquisa feita por Mariana Barcinski (2012) afirmaram que se inseriram no tráfico pela dificuldade em sustentar seus filhos diante da falta de inserção no mercado de trabalho formal, sendo o tráfico a forma de obtenção de dinheiro de forma mais rápida, quando se trata de um momento de necessidade.

6 | VIOLÊNCIA E CRIME

A violência é um fato comum em se tratar de população carcerária, podendo ser visualizado com facilidade e recorrência na também na perspectiva feminina. É, sobretudo, observando a pesquisa feita por Barbara Soares e Lara Ilgenfritz (2014) frequente o histórico de violência na infância e adolescência, incluindo agressões físicas, estupros, abuso de álcool e drogas do que os homens inseridos no sistema penal.

A história da humanidade traz traços de violência desde seu início, segundo Ana Alice Costa (2008), essa violência se deu por meio da subjugação e da exploração homem pelo homem, que transformou as relações de gênero, tanto afetivas quanto sociais, através de dispositivos de poder e de submissão. Costa (2008) trata as relações de gênero, e afirma que nada mais são do que relações de poder e, ao observar as existentes entre masculino e feminino, vê-se que são relações desiguais, assimétricas, mantêm a mulher subjugada ao homem e ao domínio patriarcal.

No estado do Rio de Janeiro, Barbara Soares e Lara Ilgenfritz (2014) concluíram que a trajetória de vida das mulheres presas confunde-se com histórias de violência, sendo que mais de 95% das entrevistadas sofreram violência em pelo menos uma das três ocasiões: infância/adolescência, casamento ou por agentes policiais.

Estudos de caso, feito por English (1993) apontam que o comportamento desviante feminino começa muito cedo, geralmente com a fuga de casa, para escapar de um contexto de violência física e abuso sexual. Essas meninas passam a viver na rua, expostas a vários tipos de abuso e crimes, que incluem o uso de drogas e o envolvimento com o tráfico e a prostituição.

Portanto, pode-se apontar que, a maioria das mulheres ofensoras tem em comum um passado de violência, seja aquela praticada no âmbito familiar ou doméstico, ou mesmo aquela produzida pela precarização das condições de vida. Na mesma linha, Matos (2006) aponta a existência de estudos que categorizam as relações íntimas como capazes de conduzir as mulheres ao crime.

Longe de inculcar a ideia de que as mulheres violentadas praticam mais crimes, tampouco que as mulheres são mais suscetíveis a prática criminosa. Mas o estudo apontado revela que as contínuas experiências com situações de pobreza e violência, sem aparentes rupturas dessa realidade, podem se perpetuar e tornar-se determinantes para a manutenção dessas mulheres em situações de risco e exclusão social.

Ao tratar sobre mulheres em situação de prisão, tem-se a necessidade de observar as demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas a elas. Conforme o observado no levantamento do InfoPen (2014), condição essa que comumente é agravado por histórico de violência familiar, maternidade, nacionalidade, perda financeira, uso de drogas, entre outros fatores que coadunam com o que foi explanado.

A forma e os vínculos em que as mulheres estabelecem suas relações familiares, antes e depois da prisão, assim como o próprio envolvimento com o crime, relacionam-se de modo diferente da ótica masculina.

7 | PROBLEMAS DE GÊNERO

A maneira com que o sistema penal se constrói e se relaciona com o feminino, descreve Luciana Chernicharo (2014), reafirma e reproduz as desigualdades de gênero, que vão desde a fundamentação do Direito enquanto ciência que baseia seu funcionamento até a aplicação das normas por agentes que se pretendem neutros.

Em outras palavras, enquanto produto das estruturas de poder, o Direito está baseado em características consideradas masculinas, como racionalidade, objetividade e universalidade, em contraposição as características atribuídas a mulher, como a emoção, a subjetividade e particularidade.

Com a inserção destas perspectivas, Luciana Chernicharo (2014) afirma só ser possível compreender os processos de criminalização da mulher se olharmos para as diversas formas de controle e socialização que recaem sobre ela. Como explicita Mendes (2012), o foco não deve estar apenas no sistema penal, mas no sistema de controle anterior a ele, na família, na escola, na Igreja, no trabalho.

No caso de mulheres envolvidas com tráfico de drogas ilícitas, Luciana Chernicharo (2014) afirma que a análise deve partir daquilo que é considerado o foco do sistema penal, ou seja, o mercado de drogas em suas instâncias mais vulgares, e a observação das relações e representações de gênero, imprescindíveis para a compreensão do lugar da mulher e do seu controle na sociedade patriarcal.

Desse modo, o direito penal é historicamente dirigido aos homens, segundo Baratta (1999) pois são aqueles que atuam na esfera pública. Em consequência disso, quando uma mulher comete um crime, não apenas infringe a lei como também toda a construção dos papéis de gênero construídas pela sociedade, sendo duplamente penalizadas, a pena em si e toda a carga social que carregam por negarem seus papéis femininos.

No caso do Brasil, segundo Luciana Chernicharo (2014) o formato da lei de drogas parece contribuir para esta seleção, pois além de não diferenciar o tráfico do uso de drogas em situações concretas, também não diferencia as diversas categorias de comerciantes existentes no mercado ilícito. Situação que leva aquele que pouca influência tinha em toda rede do tráfico e que, de maneira geral, não participa da tomada de decisões a cumprir penas exorbitantes.

8 | A POBREZA E O ENCARCERAMENTO FEMININO

Alguns estudos ainda apontam a relação social e familiar instável, como

condições favoráveis para formação de uma personalidade violenta, conforme nos mostra Mendonça (2002). Havendo um estigma de que o cometimento de crime, seja qual for, é ligado a personalidade violenta, mesmo quando não seja essa uma determinante do tipo de crime.

Outras hipóteses, apontadas por Matos (2006), tem sido levantada sobre o aumento crescente da criminalidade feminina e emancipação das mulheres o que as aproxima dos papéis tipicamente desempenhados pelos homens. A medida que disparidades socioeconômicas entre os sexos diminuem há um aumento recíproco da criminalidade feminina.

Apobrecia e as drogas, são consideradas por Clarice Feinman (2013), os principais determinantes para o aprisionamento feminino, sendo o fator da marginalização econômica como preponderante para a criminalização destas. Para entendermos o fenômeno do cometimento de crimes relacionados ao tráfico de drogas por mulheres, precisamos ainda abordar a dita feminização da pobreza que, segundo diversos autores, tem ligação direta com o cometimento deste tipo de crime por mulheres.

A feminização da pobreza, conforme afirma Medeiros e Costa (2008), é uma mudança nos níveis de pobreza, que parte de um viés desfavorável às mulheres, afirmado pela autora (2008), partindo do o aumento no nível de pobreza entre as mulheres e os homens, e a disparidade da renda dos domicílios chefiados por homens ou casais e, por outro lado, aqueles domicílios chefiados por mulheres.

No Brasil, de acordo com dados do IPEA, mais da metade de famílias chefiadas por mulheres são pobres, cerca de 53%, enquanto apenas 23% de famílias chefiadas por homens entram nesta classificação. Essas famílias vêm crescendo e passam de 22,9%, em 1995, para 38,1%, em 2012. A importância da renda das mulheres na renda familiar também vem aumentando gradativamente. Em 1995, 37,9% da renda mensal familiar provinham da renda das mulheres; em 2012, este valor era de 46%.

Segundo Medeiros e Costa (2008), para entender o conceito de “feminização da pobreza” é necessário em um primeiro momento analisar o que é a pobreza e o que significa “feminização”. Pobreza é uma falta de recursos, capacidades ou liberdades que comumente são chamadas de dimensões da pobreza. Já o termo “feminização” pode ser usado para indicar uma mudança com viés de gênero em qualquer destas dimensões, é uma ação, um processo de se tornar mais feminina. Neste caso, “feminina” significa mais comum ou intensa entre as mulheres ou domicílios chefiados por mulheres.

A feminização da pobreza, segundo os autores Medeiros e Costa (2008) combina dois fenômenos moralmente inaceitáveis: a pobreza e as desigualdades de gênero. De maneira geral, Luciana Chernicharo (2014) afirma que este processo demonstra que os índices mais intensos de pobreza se encontram entre mulheres ou em domicílios chefiados por elas.

De forma mais específica, a feminização da pobreza se refere ao aumento dos níveis de pobreza entre mulheres em comparação aos homens, ou entre famílias

chefiadas por mulheres de um lado, e por homens ou casais de outro. O termo também pode indicar um aumento da pobreza devido as desigualdades de gênero (IPC, 2008). A compreensão adequada das dimensões da feminização da pobreza deve levar em conta a perspectiva atual de paternidade, ou seja, das implicações resultantes de ser pai.

Fatores como os de raça/etnia, geração e anos de escolaridade fazem aflorar as nuances da diversidade nas famílias lideradas por mulheres e nem sempre expressam a pobreza e exclusão social, mas fazem parte de um cenário muito mais amplo.

Por outro lado, a feminização da pobreza pode ser considerada como um dos aspectos para a compreensão da crescente inserção das mulheres no tráfico de drogas e a sua criminalização, enquanto lógica seletiva do sistema penal, considerando que o tráfico é hoje um crime prioritário para as agências de controle da exclusão social e da pobreza.

Esta vulnerabilidade, segundo Luciana Chernicharo (2014) favorece sua seleção no sistema penal, soma-se a visibilidade da infração, a adequação destas mulheres ao estereótipo de “criminosas”, construído pela ideologia prevalente e, desta forma, se inserem no perfil de candidatos pré-selecionados para responderem pelo delito de tráfico de drogas. Assim, segundo Thompson (1998), não é que estas mulheres tenham mais propensão ou tendência a delinquir, e que a pobreza seja um indicativo de delinquência, mas que elas apresentam maiores chances de serem criminalizadas.

9 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aprisionamento feminino, portanto, é um fenômeno que não pode ser explicado de uma só forma, pela complexidade das relações humanas, dos processos de socialização em países colonizados e dos papéis de gênero reproduzidos. Várias são as motivações encontradas para essas mulheres selecionadas pelo sistema penal terem se envolvido com o tráfico de drogas, sendo a mais presente delas a necessidade financeira.

O sistema penal é, portanto, parte de uma estrutura social fundada nas crenças e valores patriarcais e classistas age, conforme Luciana Chernicharo (2014), de maneira a cristalizar as relações desiguais entre os gêneros, tratando a mulher de forma discriminatória, como se ela jamais devesse fazer parte deste mundo majoritariamente planejado para homens.

Não podemos afirmar que existe só uma razão para o aumento significativo do encarceramento dessas mulheres, mas sim, afirmar que essas diversas situações, sendo presente em singularidade ou cumulativamente, impulsionam este aumento de diversas formas.

Vale ressaltar que a maternidade em cárcere, seja de gestantes em prisões ou de filhos anteriores a condição de cárcere vulnerabiliza ainda mais essa parcela social, que tem como marco o aprisionamento também de seus relacionamentos

interpessoais, quais são realizados pelo Estado sem observar os desdobramentos efetivos da prática.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. **Políticas públicas de segurança e justiça penal**. Cadernos Adenauer LX – Segurança pública. Fundação Konrad Adenauer, 2008.

ALLEN, Hilary. **Rendering them harmless**. In: CARLEN, Pat; WORRAL, Anne. Gender, **crime and justice**. Philadelphia: Open University, 1987.

AYOS, Emilio Jorge. **Delito y Pobreza**: espacios de inteseccion entre la politica criminal y la politica social argentina em la primera década del nuevo siglo. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero. Da questão criminal à questão humana**. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARCINSKI, Mariana. **Mulheres no tráfico de drogas**: a criminalidade como estratégia de saída da invisibilidade social feminina. Publicado em Contextos Clínic vol.5 no.1, julho de 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822012000100007> Acesso em 15 de agosto de 2017

BATISTA, Nilo. **Só Carolina não viu** – violência doméstica e politicas criminais no Brasil, 2008. Disponível em: <<http://www.crprj.org.br/publicações/jornal/jornal17-nilobatista.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

BRASIL, Ministério da Justiça, **Infopen Mulheres**, Brasília. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em 10 de setembro de 2017

_____, Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciarias**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>>. Acesso em: 10 de Agosto de 2017.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre mulheres e prisões**: Seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2014.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo **Mulheres e tráfico de drogas**: aprisionamento e criminologia feminista. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n3/0104-026X-ref-23-03-00761.pdf>> Acesso em 15 de outubro de 2017.

COSTA, Ana Alice. **Gênero, poder e empoderamento das mulheres**. 2008. Disponível em:<http://www.adolescencia.org.br/empower/website/2008/imagens/textos_pdf/Empoderamento.pdf> Acesso em 12 de setembro de 2017

DURKHEIM, Émile. *Ética e Sociologia da moral*. São Paulo: Landy, 2003.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

GOMES; Mariângela Gama de Magalhães. FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. MATA, Jéssica da. (Orgs). **Questões de Gênero**: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. Belo Horizonte:

D'plácido, 2018.

GRANJA, Rafaela. **De mulheres criminosas e sistema de justiça**. Rumos e problemas. In CUNHA, Manuela Ivone. **Do crime e do castigo**: temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundo Social, 2015.

HEIDENSON, Frances. SILVESTRI, Marisa. **Gender and Crime**. The Oxford Handbook of criminology. 5.ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Violência contra a mulher e as práticas institucionais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

ISHIY, Karla Tayumi. **A desconstrução da criminalidade feminina**, 2014. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11022015-082103/fr.php>>. Acesso em 5 de outubro de 2017

JACINTO, Gabriela. **Mulheres presas por tráfico de drogas e a ética do cuidado**. Sociais e Humanas, Santa Maria, v.24, n.02, p.36-51, jul./dez. 2011.

KARAM, Maria Lucia. **Sem o fim da “guerra às drogas” não haverá desmilitarização**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/88_Desmilitariza%C3%A7%C3%A3o%20-%20ALERJ.pdf?1391624538> Acesso em 12 de outubro de 2017.

LEAL, Maria do Carmo et al. **Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. *Ciênc. saúde coletiva*. 2016, vol.21, n.7. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf>> Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. **“Is There a Feminization of Poverty in Latin America?”** [Há uma feminização da pobreza na América Latina?]. *World Development* 36: 115-127, 2008. Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org/pub/port/IPCOnePager58.pdf>> Acesso em: 13 de agosto de 2017.

MENDONÇA, João Guilherme Rodrigues; RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. **Algumas reflexões sobre a condição da mulher brasileira da colônia às primeiras décadas do século XX**. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/3495>> Acesso em: 07 de agosto de 2017.

MOKI, Michele Peixoto. **Representações sociais do trabalho carcerário feminino**. Dissertação de Mestrado Não- Publicada, Curso de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, 2005.

PEIXOTO, Paula Carvalho. **Vítimas encarceradas**: Histórias de vidas marcadas pela violência doméstica e pela criminalidade feminina. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

PEREIRA, Luísa Winter. SILVA, Tayla de Souza. **Por uma criminologia feminista**: Do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal. In: Dossiê: As mulheres e o sistema penal. Disponível em: <<http://www.oabpr.org.br/downloads/dossiecompleto.pdf>> Acesso em 01 de agosto de 2017.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://comunidadessegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilicitas.pdf>> Acesso em: 02 de abril de 2016.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Drogas e Cárcere**: Repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: LEMOS, Clécio. et al. *Drogas: Uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SIMON, Rita James. **The contemporary woman and crime**. Washington: US Government Printing Office, 1975.

SMART, Carol. **Woman, crime and criminology: a feminist critique**. London: Routledge E Kegan Paul, 1976.

SMAUS, Gerlinda. **Soziale Jontrolle und Geschlechterverhältnis**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

SOARES, Barbara Masumeci. ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOUZA, Kátia Ovídia José de. **A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas**. Psicologia em Estudo, Maringá.

PEREIRA, Luiza. Winter; SILVA, Tayla de Souza. **Por Uma Criminologia Feminista: Do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal**. In: Priscilla Placha Sa. (Org.). Dossiê: As Mulheres e o Sistema Penal. 1ªed.Curitiba: OAB-PR, 2015

ESTATUTO DA CIDADE: PRESERVANDO PATRIMÔNIOS

Talissa Maldaner

Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF;

Pós-Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC
Passo Fundo/RS

Janaína Rigo Santin

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Bolsista CAPES; Doutora em Direito pela UFPR; Mestre em Direito pela UFSC; Professora do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo – UPF
Passo Fundo/RS

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade discorrer sobre questões que envolvem o patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro. Para tanto, o estudo utilizou o método de abordagem dialético e, como técnica de pesquisa, empregou a teórico-bibliográfica, com consulta a diversos autores, legislação e artigos técnicos. Objetiva-se com este trabalho, primeiramente, analisar as disposições do Estatuto da Cidade no sentido de minimizar as consequências da desordenada ocupação do espaço principalmente no que diz respeito aos patrimônios materiais e imateriais do país; num segundo momento, cabe a conceituação dos tipos de patrimônios que fazem parte da

identidade, história e cultura brasileira e, por fim, o estudo dos instrumentos legais que buscam a proteção efetiva dos bens de grande valor para a identidade do país.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Cidade. Patrimônio Artístico. Patrimônio Cultural. Patrimônio Histórico. Preservação.

CITY STATUTE: PRESERVING PATRIMONIES

ABSTRACT: This research aims to discuss issues involving the historical, artistic and cultural patrimonies of Brazil. To this end, the study used the dialectical approach method and, as a research technique, employed the theoretical-bibliographic, with consultation with various authors, legislation and technical articles. The objective of this work is, firstly, to analyze the dispositions of the City Statute in order to minimize the consequences of the disordered occupation of the space, mainly with regard to the material and immaterial patrimonies of the country; secondly, it is necessary to conceptualize the types of patrimonies that are part of Brazilian identity, history and culture and, finally, to study the legal instruments that seek the effective protection of goods of great value for the identity of the country.

KEYWORDS: City Statute. Artistic Patrimony. Cultural Patrimony. Historical Patrimony.

Preservation.

1 | INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas ocorreu um rápido processo de adensamento populacional das cidades brasileiras, devido ao grande contingente de habitantes que migraram do campo para as áreas urbanas, em busca de melhores condições de vida e mais oportunidades.

No entanto, como as cidades brasileiras já eram grandes, elas acabaram se expandindo desordenadamente, sem controle e planejamento adequados, favorecendo assim a formação de periferias, cortiços e habitações irregulares, ocupando áreas próximas à rios e encostas de morros, acarretando risco aos moradores e ao meio ambiente, principalmente em época de chuvas fortes (SANTIN, 2005).

Em vista disso, aumentaram os embates e movimentos sociais para que fosse inserido na Constituição Federal de 1988 um espaço que tratasse da política urbana, do direito à cidade e à habitação. O que realmente se concretizou, com a inserção de um capítulo na Carta Magna que trata especificamente desse assunto, em seus arts. 182 e 183.

Entretanto, as discussões não cessaram já que a Constituição reclamava uma lei ordinária federal capaz de regulamentar o capítulo sobre política urbana. Ela foi editada somente em 2001, denominada Estatuto da Cidade. Este importante instrumento estabelece que a política urbana dos municípios deve visar o desenvolvimento sustentável das cidades, de acordo com a sua função social (SANTIN, 2013).

Dessa forma, o Estatuto da Cidade, é um importante instrumento legislativo com vistas a orientar a edição de Planos Diretores municipais mais sustentáveis, capazes de enfrentar os impasses históricos de anos sem planejamento das cidades brasileiras e, principalmente, como será visto ao longo deste artigo, para proteger o patrimônio histórico, artístico e cultural, com vistas a que sejam utilizados de forma racional e equilibrada.

O presente trabalho apresenta o que é o Estatuto da Cidade, num segundo momento traz os conceitos e a diferenciação do patrimônio histórico, artístico e cultural e por fim relata os principais mecanismos de defesa e proteção do patrimônio pelo Estatuto da Cidade.

2 | ESTATUTO DA CIDADE: NOÇÕES GERAIS

Em relação às políticas urbanas pode-se destacar a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, que é a esperança de mudança do cenário urbano brasileiro, pois surge como uma tentativa de democratizar a gestão das cidades brasileiras e de minimizar os graves problemas que assolam o país, decorrentes da

rápida e desordenada ocupação do espaço.

A Lei 10.257/2001 foi criada para regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, que tratam da política urbana, e está organizado em cinco capítulos. O primeiro capítulo refere-se às diretrizes gerais para a política urbana, envolvendo parcerias entre entes federais, estaduais e municipais. Na segunda, aborda os instrumentos de política urbana aptos a tornar as cidades mais sustentáveis. Em sequência, o terceiro capítulo aborda o Plano Diretor, o qual, conforme art. 40 da referida lei e artigo 182 caput da Constituição Federal, é de competência municipal e é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. A quarta parte do Estatuto da Cidade alude à gestão democrática, conquista que garante a participação de toda a população nas decisões tomadas pela municipalidade relativas ao direito urbanístico. E por fim, o último capítulo versa sobre as disposições gerais, em especial sanções pelo descumprimento de suas disposições, como a aplicação da lei de improbidade administrativa.

O Plano Diretor é essencial, pois irá concretizar em âmbito municipal todas as diretrizes e instrumentos de política urbana dispostas na lei ordinária e na Constituição Federal. Mas deve-se atentar ao fato de que os municípios que são obrigados a ter um Plano Diretor devem editá-lo com urgência, para que este esteja adequado ao Estatuto da Cidade. Para tanto, a participação dos cidadãos na cobrança da edição de um Plano Diretor Sustentável representa importante papel, à medida que são responsáveis pela garantia da aplicação das medidas debatidas no plano, reafirmando a gestão democrática participativa.

Vale destacar que o objetivo primordial do Estatuto é o de ordenar o pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, conforme disposto em seu art. 2º. Logo, ele dá condições para que o município empenhe-se na busca por cidades mais sustentáveis, englobando o direito à moradia, saneamento, infraestrutura urbana, trabalho e lazer, garantindo não só para as presentes mas também para as futuras gerações (SANTIN, 2013).

Por fim, cabe ressaltar que o Estatuto da Cidade traz poderosos instrumentos no que tange à proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural. Reforça e obriga a atuação do poder público municipal nesse sentido, contrariamente à desatenção histórica com o que se marcou a gestão pública brasileira na proteção do patrimônio. Mas antes de detalhar todos os dispositivos, é preciso compreender o significado de cada um desses conceitos.

3 | PATRIMÔNIO HISTÓRICO, ARTÍSTICO E CULTURAL

Sabe-se da importância do patrimônio das cidades para a cultura de uma nação. Conforme a Declaração de Caracas: “O Patrimônio Cultural de uma nação, de uma região ou de uma comunidade é composto de todas as expressões materiais e

espirituais que lhe constituem, incluindo o meio ambiente natural” (INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS, 1999). Logo, o patrimônio é o conjunto de bens que contam a história de um povo e a sua relação com o meio ambiente.

De acordo com o Iphan:

A Constituição Federal de 1988 revitalizou e ampliou o conceito de patrimônio estabelecido pelo Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, substituindo a nomenclatura Patrimônio Histórico e Artístico, por Patrimônio Cultural. Essa alteração incorporou o conceito de referência cultural e significou um aprimoramento importante na definição dos bens passíveis de reconhecimento, sobretudo os de caráter imaterial. A Constituição inova, ainda, quando estabelece parceria entre o poder público e as comunidades para a promoção e proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro. Mas, mantém a gestão do patrimônio e da documentação relativa aos bens sob responsabilidade da administração pública [...] (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, [2015?]).

Por conseguinte, busca-se a valorização do patrimônio cultural com a participação de todos os setores e camadas da sociedade brasileira. E por isso o presente artigo ressalta o significado de cada tipo de patrimônio, que pode ser classificado em Histórico, Artístico e Cultural.

O patrimônio histórico foi construído pelas sociedades passadas e é uma importante fonte de pesquisa e de preservação da identidade e da cultura dos antepassados. Compreende equipamentos e construções, é o conjunto arquitetônico em zona urbana e rural, o qual deve ter seu valor histórico preservado (LEDUR, 2012).

O patrimônio artístico, segundo Magalhães, pode ser classificado como “os locais para a manifestação das mais diversas criações artísticas, como por exemplo, as composições musicais e a poesia”. (MAGALHÃES, 2007). Também aqui são citadas obras de arte, pinturas, esculturas, o traçado dos prédios urbanos conforme as diversas fases arquitetônicas, etc.

Já o patrimônio cultural, que pode ser material ou imaterial, está relacionado diretamente com a identidade, a memória, entre outros fatores que contribuíram para a formação dos grupos que compõem a sociedade brasileira, conforme consta no artigo 216 da Constituição Federal de 1988. São exemplos de formas de expressão o patrimônio cultural: os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Pode-se citar como patrimônio cultural as festas religiosas, procissões, quermesses, jornadas literárias, rodeios, carijos da canção, etc.

O patrimônio deve ser reconhecido e analisado como de interesse coletivo. Para tanto, os trabalhos de proteção devem ser reforçados, para garantir a memória e a identidade da sociedade brasileira.

4 | INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

O tema patrimônio está previsto em diversos dispositivos, não se encontra apenas na Constituição Federal, mas também em leis específicas, como é o caso da Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, que estabelece em seu artigo 2º, XII, que deve-se proteger, preservar e recuperar o meio ambiente natural e construído, o patrimônio cultural, histórico e artístico. Essa lei visa melhorar a qualidade de vida das pessoas e também garantir o desenvolvimento qualitativo da cidade, sem comprometer a memória e a identidade do ambiente (SANTIN, 2013).

Vale destacar o papel do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – órgão que atua no Brasil na gestão, proteção e preservação do patrimônio histórico e artístico. Como consta no site, o Instituto é:

Uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura que responde pela preservação do patrimônio cultural brasileiro. Cabe ao Iphan proteger e promover os bens culturais do País, assegurando sua permanência e usufruto para as gerações presentes e futuras. Sua missão é promover e coordenar o processo de preservação do patrimônio cultural brasileiro para fortalecer identidades, garantir o direito à memória e contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, [2015?]).

Logo, esse instituto, que é pioneiro na América Latina, zela pelo cumprimento dos instrumentos legais a fim de proteger o patrimônio cultural e os bens que tenham grande valor na identidade do país.

Em se tratando de legislação, tem-se a Lei nº 7.347/1985, que trata da ação civil pública e responsabiliza quem causa dano aos bens de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico. Já a Constituição Federal enumera um rol de instrumentos de proteção muito importante, como o artigo 23, que estabelece competência comum entre todos os entes federados na proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, com vistas a impedir que sejam destruídos.

Oportuno também colacionar aqui o Decreto-Lei nº 25/1937, o qual organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Afirma que o patrimônio histórico e artístico nacional é o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. Para tanto, o Decreto nº 25 de 1937 regula o tombamento, mais importante instrumento para a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural. Trata-se de um processo de proteção, no qual o imóvel não pode ser demolido nem mesmo reformado, pode apenas ser restaurado, para manter suas características originais. O proprietário desse imóvel tem o bônus de continuar exercendo o direito de posse e propriedade, mas deve garantir a característica e forma original, sob pena de sanções penais e civis. (SANTIN, 2013).

Segundo o Iphan, o tombamento é o mais tradicional dos instrumentos de

reconhecimento e proteção do patrimônio nacional, percebemos isso nos dados divulgados pelo Instituto:

Aplicado aos bens de natureza material desde 1937, em 2014 atingiu o total de 1113 bens materiais tombados pelo Iphan, incluindo monumentos, conjuntos urbanos e paisagísticos, coleções e objetos de arte. Nesse universo, é importante ressaltar o significativo número de conjuntos urbanos – 78 bens – que resulta em aproximadamente 70 mil imóveis tombados pelo Iphan (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, [2015?]).

O Instituto ainda protege por meio da tutela esses bens tombados, que se subdividem em bens móveis e imóveis, estes incluem, ainda, “equipamentos urbanos e de infraestrutura, paisagens naturais, ruínas, jardins e parques históricos, terreiros e sítios arqueológicos” (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, [2015?]). Veja-se que a proteção é uma ação muito importante, pois impede que o bem desapareça ou até mesmo que seja destruído, mantendo-o preservado para as futuras gerações.

Ainda cabe mencionar que a Constituição Federal de 1988 estabelece o dever do Poder Público em proteger o patrimônio por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação como, por exemplo, as operações urbanas consorciadas, a outorga e a transferência do direito de construir. Vê-se a grande preocupação do constituinte e do legislador ordinário em instituir medidas protetivas a esses bens de grande valor para a história e a cultura da sociedade brasileira.

Entretanto, apesar de se perceber que são inúmeros os instrumentos legais e constitucionais de proteção, muitos centros históricos, obras de arte e monumentos são abandonados e deteriorados pela ação do tempo. Há um grande descaso com muitos edifícios históricos, deteriorados, desocupados ou servindo de abrigo para as pessoas de baixa renda, traficantes e usuários de drogas, dentre outros, o que agrava as condições de degradação dos locais. Nas palavras de Moraes:

Cabe destacar que o abandono de prédios e centros históricos das cidades, não apenas prejudica a memória e identidade de um país como cria condições favoráveis à marginalidade e ao desequilíbrio social, haja vista a desvalorização dos imóveis e a ocupação clandestina, que acelera a depredação desse patrimônio que, em alguns casos, pertence à humanidade (MORAES, 2006, p. 1).

Vê-se o quanto é importante medidas protetivas por parte do Poder Público a esses espaços. Com base em experiências positivas, observa-se que o principal uso dos prédios restaurados é essencialmente relacionado à cultura e lazer. Assim, preserva-se a história brasileira, propicia-se o desenvolvimento de atividades econômicas voltadas ao turismo, além de criar novos espaços necessários ao lazer da população, sem precisar depredar e prejudicar esses espaços de valor histórico (MORAES, 2006).

A conservação do patrimônio é de interesse público, pois são bens vinculados a fatos memoráveis da história do Brasil, à identidade de seu povo e também por terem excepcional valor artístico e cultural. Logo, as formas de proteção devem ser cada vez mais reforçadas, para aumentar não só sua abrangência como também tornar mais rigorosa a punição daqueles que causem danos ao patrimônio.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, o Poder Público deve adotar as medidas cabíveis – iniciando-se principalmente pelos municípios – capazes de viabilizar o planejamento e a aplicação dos instrumentos contidos no Estatuto da Cidade. Editar planos diretores participativos, capazes de dar condições para o desenvolvimento sustentável da cidade, com vistas à proteção ambiental, ao crescimento econômico e à justiça social. E nessa pauta de sustentabilidade faz-se necessária uma agenda para recuperação, proteção e preservação dos prédios históricos, bem como desenvolver projetos turísticos e comerciais nesses locais, construindo assim uma cidade melhor para as presentes e futuras gerações.

O Poder Público municipal deve adotar uma política urbana adequada e eficaz, com vistas a atender as necessidades da população conjugadas à proteção do patrimônio material e imaterial, dos bens móveis e imóveis, prédios e ruínas, paisagens naturais e construídas; enfim, tanto o patrimônio histórico, quanto o artístico e o cultural devem ser preservados, pois todos eles, de alguma forma, caracterizam a história e a cultura brasileira.

Além disso, deve-se buscar a sustentabilidade das cidades: valorizar a ideia de que adequar e reformar edifícios é melhor do que demolir, e também que é necessário respeitar a identidade dos bairros, qualificando os espaços sem desconsiderar o que preexistia.

Toda a coletividade tem direito de usufruir desses espaços, mas também tem o dever de preservá-los para as presentes e futuras gerações. O que não pode acontecer é o empobrecimento das expressões culturais e o esquecimento das memórias e da identidade que formou a sociedade brasileira. É preciso valorizar a cultura e seus espaços e divulgar pelo mundo o que as cidades brasileiras tem de melhor em relação ao seu patrimônio histórico, artístico e cultural.

REFERÊNCIAS

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL (IBAM). **Estatuto da cidade: para compreender...** Rio de Janeiro: s. n., 2001.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Patrimônio Cultural**. Base de dados. Iphan, Brasília, [2015?]. Disponível em: < <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/218>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS. **Cadernos de Sociomuseologia: Declaração de Caracas**. In: SEMINÁRIO “A MISSÃO DOS MUSEUS NA AMÉRICA LATINA HOJE: NOVOS DESAFIOS”, 1, jan. – fev. 1992, Caracas. Anais eletrônicos. Caracas: s.n., 1999. Disponível em: <<http://www.ibermuseum.org/wp-content/uploads/2014/07/declaracao-de-caracas.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

LEDUR, F. A. P. **A Educação Patrimonial Formal Como Elemento Reconhecedor do Patrimônio Cultural em São Mateus do Sul – PR**. 2012. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Universidade do Contestado, Canoinhas, 2012.

MAGALHÃES, H. **Patrimônio Cultural, Histórico e Artístico**. [artigo científico]. Uberlândia: s.n., 2007. Disponível em:< <http://www.direitoambiental.adv.br/ambiental.qps/Ref/QUIS-7BUHBM>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

MORAES, I. R. **O Estatuto da Cidade e a Proteção Jurídica do Patrimônio Histórico Cultural Urbanístico**. Manaus. 2006. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/novos_desafios_isaac_ribeiro_de_moraes.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015.

SANTIN, J. R. **A gestão democrática municipal no Estatuto da Cidade e a teoria do discurso Habermasiana**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 42, n. 0, 2005, p. 121-131, 2005.

SANTIN, J. R. **Estatuto da Cidade e Instrumentos de Política Urbana para Valorização do Patrimônio Histórico, Cultural, Paisagístico e Ambiental**. Revista de Direito Ambiental, v. 70, 2013, p. 195-213, abr. – jun. 2013.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA: A CADEIA DE CUSTÓDIA E OS MEIOS OCULTOS DE PROVA

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Porto Alegre/RS

Andrey Henrique Andreolla

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Porto Alegre/RS

Ivan Pareta de Oliveira Júnior

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Porto Alegre/RS

RESUMO: Hodiernamente verifica-se, dentro do processo penal, desprezo às garantias constitucionais, em especial à cadeia de custódia, instrumento essencial para a fidedignidade de determinado elemento probatório. Trata-se de uma forma de manutenção e documentação da história cronológica do que restou comprovado nos autos, a fim de possibilitar o contraditório e a ampla defesa, com destaque aos meios ocultos de prova. O tema do presente artigo é o estudo sobre a cadeia de custódia. O objeto de análise do trabalho é a demonstração da necessidade de sua preservação, a fim de manter hígidas as garantias constitucionais, especialmente nos métodos ocultos de investigação. O método de abordagem será o dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Destarte, em

primeiro, propõe, o presente artigo, uma leitura sobre a prova penal como direito constitucional, para, ao depois, analisar-se a questão dos meios ocultos de prova e a necessidade de preservação da cadeia de custódia.

PALAVRAS-CHAVE: Cadeia de Custódia. Prova. Meios Ocultos. Processo Penal.

CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN PROBATIVE PRODUCTION: THE CHAIN OF CUSTODY AND THE HIDDEN MEANS OF PROOF

ABSTRACT: In the criminal process, there is a great deal of contempt for constitutional guarantees, especially the chain of custody, an essential instrument for the reliability of a given evidentiary element. It is a way of maintaining and documenting the chronological history of what has been proven in the records, in order to enable the contradictory and ample defense, with emphasis on the hidden means of proof. The theme of this article is the study on the chain of custody. The object of analysis of the work is the demonstration of the necessity of its preservation, in order to keep the constitutional guarantees healthy, especially in the occult methods of investigation. The method of approach will be deductive, adopting as a bibliographical procedure. First, this article proposes a reading of the criminal evidence as

constitutional law, in order to analyze the question of the hidden means of proof and the need to preserve the chain of custody.

KEYWORDS: Chain of Custody. Proof. Hidden Means. Criminal Procedure.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A busca por métodos probatórios baseados em tecnologia é a marca dos tempos atuais, traduzindo-se em um caminho sem volta. Tais técnicas representam a maior arma do Estado com o fito de combater o crime, em especial, o organizado. Contudo, o uso excessivo de meios ocultos de prova pode representar um retrocesso ao Estado Democrático de Direito, já que, na maior parte das vezes, afrontam o princípio da reserva de Constituição na restrição de direitos fundamentais, bem como aniquilam garantias como o direito à privacidade e a não incriminação.

Neste contexto, ganha importância a preservação da cadeia de custódia como forma de garantir a plena defesa, o acesso e o rastreamento da prova, a fim de que sejam resguardadas as garantias de ordem processual estabelecidas em nossa Constituição Federal. No entanto, tais direitos nem sempre são respeitados em nossas decisões judiciais.

2 | OS MEIOS OCULTOS DE PROVA

A pessoa humana e a defesa da sua dignidade aparecem como fim em qualquer atividade que se exerça em um estado democrático de direito. Dessa feita, toda e qualquer ação estatal deve visar aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Compete ao Estado a tarefa de garantir os direitos humanos, a liberdade e a segurança dos indivíduos, o que deve transparecer em sua política criminal e, especialmente, na produção probatória admitida em legislação.

Nos dizeres de Manual Valente, o Direito processual penal é, por excelência, o Direito dos inocentes, noção que se encontra em permanente conflito com a mídia e o clamor popular que, incessantemente, reclama justiça imediata e ou “a justiça do já”. Nesse contexto, destaca-se a defesa, por muitos doutrinadores, de que, se quisermos um processo essencialmente justo e igualitário, não será possível conviver com a inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual, e que eventual atividade probatória no processo penal a ser realizada pelo julgador, não tem o condão, por si só, de macular o direito fundamental e constitucional a um juiz imparcial. A busca da prova e de uma pretensa verdade justifica tudo como base de realização de justiça pela sociedade. Assim, os meios ocultos são plenamente aceitos, já que possuem a capacidade de levar a elucidação dos fatos e assim conduzir a uma “verdade real”.

É inegável que, atualmente, a atuação policial e do Ministério Público seja pautada pelo emprego dos meios ocultos de investigação, que são autorizados judicialmente, como a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, rastreamento de

e-mails, escutas domiciliares e a infiltração de agentes, as quais tendem a violar o âmbito da vida privada e uma série de direitos assegurados constitucionalmente. Por outro lado, a legalidade penal não possui a mesma velocidade para estipular critérios e definir mecanismos que protejam os direitos e garantias fundamentais, o que nos deixa entregue ao “bom senso” dos magistrados, os quais, na maior parte das vezes, interpretam as normas de acordo com o resultado já previamente definido e com altas doses de ativismo.

Manuel da Costa Andrade afirma que os meios ocultos de prova representam uma intromissão nos processos de comunicação das pessoas visadas. Estas, por não terem conhecimento da violação ocorrida, tendem a agir, se expressar e se comunicar de forma “inocente”, realizando ações de ordem autoincriminadoras, o que já representa uma violação de ordem constitucional.

Em “Meios Ocultos de investigação – Contributo mínimo para uma reflexão maior”, Valente alerta para o fato de que a complexidade dos crimes tem contribuído para ingerência cada vez maior na esfera privada, e os que se aventuram a criticar tal ofensa a direitos fundamentais, recebem uma enxurrada de críticas. Segundo o autor, a lógica do resultado imediato tem gerado uma amplitude dos meios intrusivos, e as legislações, comprometidas com a busca de uma verdade real e de paz social, ficam cada vez mais distantes de um estado de direitos humanos, e se materializam em uma justiça “formal, jornalística e popular”, nos exatos adjetivos do autor.

Merece ainda atenção o fenômeno da serendipidade ou a descoberta fortuita de provas que apontem para novos investigados ou até mesmo novos delitos, situação bastante comum na prática das interceptações telefônicas, e que está associada à impossibilidade fática de limitação do que é captado, o que, a princípio, determina a validade da informação obtida, ainda que não postulada judicialmente no momento da realização da prova. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela licitude da prova encontrada, desde que essa possuísse conexão com o crime que estava sendo investigado. Atualmente, no entanto, o posicionamento da corte restou ampliado, solidificando-se no sentido de que a interceptação tem validade como prova “para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal” (STJ, APn. 690. TO, corte especial, Rel. João Olavo de Noronha, 15.04.2015). A partir de tal assertiva, fácil concluir que a validade foi estendida até mesmo para casos de pessoas e crimes diversos daquele inicialmente perseguidos e não conexos.

Todavia, não podemos negar o fato de que as provas telemáticas chegaram aos tribunais muito antes da previsão do legislador. Se antes este já não conseguia acompanhar os ditames da vida, em tempos cibernéticos, o poder legislativo está mais assemelhado a uma carroça, tamanha a discrepância de velocidade.

De qualquer forma, devemos aceitar o fato de que as técnicas ocultas de investigação vieram para ficar e a tendência é que se tornem ainda mais intromissivas, gerando a sensação de que a prova produzida é cabal e não comporta discussão.

Vivemos em uma sociedade de informação, em que o conhecimento se renova a todo momento, e o direito penal e processual penal estão integrados nesse contexto, sofrendo as influências de um mundo em que a velocidade e a eficiência ditam as normas.

Todavia, utilizar-se dos mais diversos meios tecnológicos na busca da verdade é um argumento que não mais se sustenta. A prova não é o meio pelo qual o julgador chega à verdade, mas apenas uma forma de convencimento, ou seja, representa uma probabilidade de que o fato tenha ocorrido, mas jamais será uma verdade absoluta. Nesse viés, interceptações telefônicas que se perpetuam por longos períodos, muitas vezes além do previsto na legislação, representam apenas uma excessiva insurgência na esfera de direitos e garantias fundamentais do cidadão, já que a pretensa verdade, jamais será alcançada.

Ademais, precisamos estar atentos ao fato de que a lógica do processo penal não é a da velocidade, mas a da segurança, eis que uma série de etapas necessita ser observadas para que garantias constitucionais não restem atropeladas. O mesmo ocorre com a prova, a qual necessita ser produzida em um contexto de garantia e segurança, lógica contrária a de um sistema de celeridade.

Nos dizeres de Manuel Monteiro Guedes Valente,

A consciência de um mundo em constante mudança e de desafios dinâmicos ao Direito e à defesa do Estado constitucional democrático exigem-nos clareza e clarividência quanto às dificuldades existentes na persecução criminal – em especial na recolha e conservação da prova adequada a que se realize a justiça segundo uma verdade prática, processual, material e judicialmente válida no respeito pelos direitos e liberdades fundamentais de todos os cidadãos de modo a que se alcance e restabeleça a paz jurídica e social – e seriedade no tratamento dos temas objetivos e concretos da vida judiciário-criminal, que podem ou não promover uma sociedade mais justa, mais livre, mais solidária e mais humana. Por essa razão, consideramos que o recurso a meios excepcionais de investigação criminal ou a metodologias de obtenção de informação e prova criminal deve estar previsto e legislado, mas submetido desde logo ao princípio da excepcionalidade. O que é excepcional não é nem pode ser vulgar.

Nesse sentido, mister afirmar-se que não se deseja andar em sentido contrário às novas tecnologias; elas chegaram para ficar e é preciso adaptar-se, atrelando a elas, mecanismos limitadores, os quais possibilitem o resguardo de direitos mínimos assegurados constitucionalmente. Assim, ganha importância a preservação da cadeia de custódia, como única forma de assegurar a plenitude do direito de defesa e o contraditório, ainda mais relevantes quando estamos diante de provas de tamanha intromissão na esfera individual.

3 | A IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Como verificamos no capítulo anterior, os meios ocultos de prova são nada mais

do que providências de ordem cautelar que visam à colheita de informações acerca do fato relevante penalmente, sob a alegação de que, em momento posterior, não poderiam mais ser coletadas em virtude do decurso do tempo. Tais provas, devido à invasão que provocam na intimidade do indivíduo que é objeto da prova, devem ser utilizada apenas em casos de extrema necessidade. No entanto, não é essa a realidade que vislumbramos em nossos tribunais.

Os meios ocultos de provas passaram da excepcionalidade para se tornar a regra, de forma que, dificilmente, os entes estatais conseguem êxito em desvendar um fato possivelmente criminoso, sem o uso de tal técnica. A explicação pode estar no fato de que os meios tecnológicos de investigação, no que se destaca a interceptação telefônica, parecem satisfazer o desejo de encontrar a tão almejada “verdade real”, e é nesse contexto que ganha importância a preservação da cadeia de custódia.

Em verdade, a cadeia de custódia é nada mais que um dispositivo que tem como fim assegurar a integridade dos elementos probatórios, o qual possibilita documentar a cronologia da prova e que, dentro do processo, deve se materializar em uma documentação formal dentro dos autos. É um mecanismo de preservação da prova, com o fim de torná-las disponíveis às partes, e a sua violação, é causa de nulidade.

A cadeia de custódia é formada de elos relacionados a um determinado vestígio e que, por sua vez, pode ser considerado uma prova. O dever do estado está em identificar, de forma precisa e concreta, cada um destes elos, a partir do momento em que o vestígio é encontrado. Sua formação compreende todo o caminho percorrido pela prova até o instante de inserção no processo, de forma que qualquer interferência durante o trâmite processual pode ocasionar na sua imprestabilidade. Note-se, neste viés, que a garantia constitucional da prova abrange não somente a possibilidade de se indicar fontes de prova, mas também a de se exigir que elas venham aos autos, da mesma maneira como foram obtidas, bem como o de exigir a valoração da integralidade dos elementos trazidos.

A garantia de preservação da prova é fundamental para o fim de evitar, por exemplo, que uma interceptação telefônica seja ‘filtrada’ pela autoridade policial ou pelo órgão acusador, e assim, levando aos autos e submetendo ao contraditório diferido apenas o que interessa à acusação, de forma que há uma clara contradição entre a prova colhida e a que levada aos autos, violando-se aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, é preciso frisar que, o fato de inexistir o registro das pessoas que mantiveram contato com a fonte de prova, não significa que houve violação da cadeia de custódia, eis que a violação não está na sucessão de indivíduos os quais tiveram contato com a coisa, mas sim na documentação que atesta essa realidade.

A prova dos autos pertence a todos os participantes, e é fundamental que haja o controle de todo o processo percorrido à sua obtenção, assegurando-se às partes acesso a toda informação descoberta por ela, assim como a sua legitimidade. Qualquer prova juntada aos autos deve ser feita em sua integralidade, sem uma eventual

“edição dos melhores momentos”, permitindo, assim, o seu completo rastreamento.

Note-se que há decisão do Superior Tribunal de Justiça em caso em que houve a quebra do sigilo telefônico e telemático, autorizado judicialmente, atendendo aos ditames do art. 5º, XII da Constituição Federal e da Lei 9.296, de 24/07/1996, mas em que não houve a preservação da integralidade da prova produzida em sede de interceptação, violando assim os princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas. Segundo o entendimento da corte, a prova produzida não pode apenas servir aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação de sua integralidade, sob pena de violação à ampla defesa, devido a impossibilidade de refutação da tese acusatória. A seleção do material produzido pela polícia judiciária, em sede de interceptação telefônica autorizada, subtrai das partes e do juízo, o exame e a pertinência da prova colhida. Com base nisso, foi determinado o desentranhamento da prova dos autos pelo juiz de 1º grau, bem como a análise de prova ilícita por derivação, procedendo-se ao seu desentranhamento dos autos.

Nos Estados Unidos, onde a cadeia de custódia é chamada de *chain of custody*, o instituto já é uma garantia processual e, no Brasil, já se discutia a sua aplicação para a prova pericial, em face da necessidade de se assegurar a idoneidade dos objetos recolhidos para fins periciais com o fim de evitar qualquer dúvida em relação a sua origem, bem como o caminho percorrido durante a investigação criminal. Assim, estaria demonstrado que não houve qualquer tipo de adulteração na evidência.

A quebra da cadeia de custódia leva à quebra da rastreabilidade da prova, bem como à perda da credibilidade daquele elemento probatório, já que o desconhecimento da origem da prova e do que foi feito com ela, propicia a manipulação unilateral pelo Ministério Público ou até mesmo por outros réus. Outrossim, o material eventualmente descartado, poderia levar à absolvição do réu, no que não se pode admitir tal tipo de filtragem.

O processo penal constrói o convencimento do juiz através da reconstrução histórica do fato, e essa reconstrução será feita através das provas; trata-se de uma atividade recognitiva através da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. Ocorre que o fato nunca será real por ser histórico, e a pessoa que praticou o fato não é a mesma que está em julgamento e não será a mesma que cumprirá a pena em uma eventual condenação. O juiz julga uma pessoa, no presente, e seu fato, que aconteceu no passado distante, baseando-se em provas colhidas em um passado próximo e projetando efeitos para o futuro. Todavia, como não podemos controlar os mecanismos psicológicos de convencimento do magistrado, o sistema de controle da decisão deve ocorrer a partir dos sistemas de controles epistêmicos, via critérios objetivos, para o fim de garantir a qualidade da decisão.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por métodos não tradicionais de investigação é característica da justiça

dos nossos tempos atuais. Dessa feita, mister atentarmos para o fato de que estamos diante da banalização de instrumentos de prova, que somente deveriam ser utilizados em casos excepcionais, mas que hoje se mostram como a base investigatória de nossa atuação probatória, ferindo uma série de direitos estabelecidos constitucionalmente. O uso de mecanismos como a quebra do sigilo telemático ou das interceptações telefônicas é cada vez mais comum, banalizando a garantia constitucional do sigilo, e fazendo com que o contraditório deferido seja a regra na produção probatória.

No entanto, por mais complexas que sejam as formas como se estabelecessem as comunicações nos tempos atuais, não devemos desconsiderar os direitos fundamentais, especialmente os referentes ao direito probatório, produtos de conquistas da sociedade como um todo. Não podemos ceder ao crescente aumento das violações ao direito humanitário perpetradas em nome de uma “Lei e Ordem”, sem a observância dos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, em nome de uma contenção da violência e da barbárie, e da falácia de um processo penal mais célere. A velocidade não deve ser colocada acima das garantias processuais, eis que representam a base do estado democrático de direito.

Assim, mister lembrarmos que o direito à prova, assim como qualquer outro, não é absoluto, ainda que seja de interesse do ente público e da população em geral a busca de uma possível “verdade real”. No entanto, o tratamento equivocado dado à matéria probatória, aliado à lógica efficientista dada ao processo penal, vem ocasionando a produção desenfreada de provas ilícitas, as quais geram efeitos irreversíveis ao convencimento do magistrado no momento em que são reveladas, ainda que declaradas imprestáveis posteriormente.

Neste contexto, ganha importância a preservação da cadeia de custódia como forma de subsidiar à defesa o acesso à constituição plena da prova, bem como evitar que haja uma espécie de “edição dos melhores momentos” do que a acusação pretende inserir nos autos. A prova produzida pertence ao processo, e assim, às partes, e não à acusação ou defesa, e a integralidade da mesma nos autos pode, até mesmo, conduzir a uma absolvição, ainda que embasada em produção probatória de iniciativa da autoridade policial ou do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal.** Belo

Horizonte: D'Plácido, 2018.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS n. 160.662. Ministra Assusete Magalhães. Acesso em: 16.10.2018.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. Meios Ocultos de Prova: a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas. In: **Processo Penal Contemporâneo em debate**. Giacomolli, Nereu José (org.), vol. 3. Florianópolis: Tirant lo blanch.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. **Temas controvertidos na realidade prática brasileira**. Florianópolis: Habitus, 2018.

EBERHARTDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 120, p. 237-257, mai.-jun., 2016.

FELIX, Yuri. O agente infiltrado no combate à criminalidade organizada. **Revista dos Tribunais**, vol. 923, p. 407-427, set. 2012.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: Acesso em: 01 dez. 2018.

MARGRAF, Alencar Frederico; PESCH, Natália Mendes. Garnatias constitucionais na produção probatória e o descaso com a cadeia de custódia. **Revista de Direito Constitucional e internacional**, vol. 106, p. 225-246, mar.-abr., 2018.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, p. 117-138, jun. 2017.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles sistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SOUZA, Artur César de. **O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 868, jun. 2012.

VALENTE, Manual. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Editorial dossiê "Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias", Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017.

O MITO E O MONSTRO: UMA ANÁLISE DO ESPETÁCULO DA CONDENAÇÃO NA OBRA “OS IRMÃOS KARAMÁZOV” DE DOSTOIÉVSKI

Leticia Peters Rossato

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)
Ponta Grossa – Paraná

Pedro Fauth Manhães Miranda

Pontifícia Universidade Católica do Paraná
(PUCPR)
Curitiba – Paraná

RESUMO: O presente estudo busca analisar a espetacularização da condenação, utilizando o romance “Os irmãos Karamázov” como objeto de estudo e demonstração da importância da temática para o mundo jurídico e para a atual conjuntura social. Possibilita-se, assim, uma aproximação entre a linguagem literária e jurídica, por meio da metodologia de estudo do Direito na Literatura (law in literature), usando a obra literária como um meio de compreensão do Direito, de suas instituições e seus atores.

PALAVRAS-CHAVE: Literatura, Direito, Dostoiévski, condenação.

THE MYTH AND THE MONSTER: AN ANALYSIS OF THE SPECTACLE OF CONDEMNATION IN DOSTOEVSKY'S NOVEL “THE BROTHERS KARAMÁZOV”

ABSTRACT: The study seeks to analyze the spectacularization of the condemnation, using the novel “The Brothers Karamázov” as an object

of study and demonstration the importance of the theme for the legal world and for the social conjecture of nowadays. Thus, an approximation between literary and legal language is possible through the Law in Literature methodology of study, using literary work as a means of understanding Law, its institutions and its actors. **KEYWORDS:** Literature, Law, Dostoevsky, condemnation.

1 | INTRODUÇÃO

O Direito como ciência, usualmente, tem seu campo de estudo restringido. O positivismo jurídico, ainda hoje, enraíza-se com forte apoio dos atores envolvidos. Em uma busca por se elevar, o Direito tropeça na realidade social, da qual se origina e, sem que perceba, permite arbitrariedades jurídicas. A intersecção entre Direito e Literatura é uma resposta ao dogmatismo e tecnicismo, na medida em que visa respostas no caos da arte e na provocação oriunda de sua natureza.

A obra “Os irmãos Karamázov” cumpre com seu exímio papel de evidenciar a anatomia da essência humana. A exposição da sociedade e da falha do Direito é realizada pelo autor ao longo de toda a trajetória do livro, em especial no julgamento narrado no enredo.

Fiodor Dostoiévski, o autor russo que

inaugura o romance democrático, ao direcionar voz a diversos personagens por meio da polifonia narrativa, fornece ao Direito amplo material de análise e reflexão no universo jurídico. Nesta pesquisa, por intermédio da análise do Direito na Literatura busca-se evidenciar na literatura a própria sistemática jurídica, na qual a condenação pode se tornar um espetáculo e tolher os direitos fundamentais do acusado, fazendo com que o Direito funcione como um instrumento a fornecer suporte à arbitrariedade e à repressão.

2 | DOSTOIÉVSKI E OS KARAMÁZOV ATRAVÉS DO ESPELHO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O AUTOR E A FICÇÃO

Fiódor Dostoiévski, conhecido escritor russo, revolucionou a literatura com o estilo polifônico, dando origem ao chamado “romance democrático”, no qual diversos personagens possuem voz dentro do enredo (BAKHTIN, 1981). De acordo Paulo Bezerra (1981, p.193): “o que caracteriza a polifonia é a posição do autor como regente do grande coro de vozes que participam do processo dialógico”. Ou seja, o enredo se desenvolve por meio de diversos narradores, não havendo um autor onisciente no romance. A sua modalidade de escrita permite que o leitor conheça os personagens e perceba que eles, assim como o ser humano, não estão resumidos a algo único e que a existência se constitui em sua complexidade. A grande preocupação do escritor russo sempre foi desvendar a alma humana, e esta fascinação gerou em suas obras vasto material de análise nas mais diferentes vertentes.

“Os irmãos Karamázov”, último romance escrito por Dostoiévski, traz a referida narrativa polifônica, o que permite um desvelamento aprofundado das intenções e anseios de cada personagem. Religião, política e filosofia podem ser consideradas como temáticas centrais da obra de Dostoiévski como um todo, mas no romance em análise elas ganham um esplêndido e arriscado discurso.

O livro é a descrição da vivência do povo russo no final do século XIX, personificada na própria família Karamázov que, por meio de suas tragédias e diversos personagens tridimensionais, acaba por exprimir a condição social da Rússia de então. Se, por um lado, o país permanecia no sistema feudal, submetendo o povo a trabalhos árduos e infinitas dívidas que os mantinham presos aos senhores e ao trabalho nas fábricas, por outro, era invadido pela cultura europeia, em especial a religião, o racionalismo e o avanço do capitalismo (BORBA, 2012). As almas ficcionais carregam a potência do discurso e a demonstração dessa realidade.

A começar por Fiódor Karamázov, o mesquinho e pervertido, pai dos irmãos Karamázov, que se dedicou a uma vida egoísta e tem sérios problemas de relacionamento com a família e com a sociedade em geral. Casou-se duas vezes, tendo o filho Dimítri com a primeira esposa, e os demais, Ivan e Aliócha, com a segunda.

Dimíttri Karamázov – o irmão mais velho, soldado, que vivia afastado e decide retornar à sua cidade natal para receber o dinheiro da herança deixada por sua mãe – apaixona-se pela mesma mulher que seu pai, Gruchenhka, e a partir disso, o conflito se instaura de forma mais contundente. Por sua vez, o irmão mais novo, Aliócha, é a personificação da bondade, um esteio de calma em meio à família conturbada, dedicando-se ao monastério como fiel discípulo de Zóssima, a figura de santidade alvo da escrita ácida do autor, que não tem receios de questionar dogmas. Ivan, o filho do meio, traduz-se na alma intelectual do livro, suscitando os grandes conflitos filosóficos e religiosos do enredo; o poema recitado por ele, intitulado “O grande Inquisidor” – por si só, objeto de variados estudos acadêmicos, tem a potência de gerar inúmeros questionamentos quanto à moral e à religião. (PEREIRA, 2011)

Outro personagem de grande relevância é Smierdiákov, que cresceu juntamente com os criados da família Karamázov e sobre o qual há a suspeita de que seria o quarto filho de Fiódor, apesar de não ter obtido tal reconhecimento. Sempre carregou anseios de uma alma elevada com profunda admiração por Ivan e sua complexidade intelectual, o que, diante de sua inferioridade, o tornou uma pessoa amargurada (DOSTOIÉVSKI, 1970). Smierdiákov, aliás, sofria de crises epiléticas, doença que acometia o próprio autor russo.

Outras vozes surgem e trazem igual importância para a consistência da narrativa, dando espaço às mais diferentes camadas da sociedade russa do século XIX, imprimindo um retrato não só da realidade social, mas da alma humana (DOSTOIÉVSKI, 1970)

A problemática do enredo se configura no assassinato de Fiódor e na culpa que recai sobre Dimíttri, o parricídio que tem o potencial de chocar e mobilizar a sociedade. Este conflito vem acompanhado de diversas questões, fazendo o crime em si assumir, inclusive, um caráter secundário diante dos desdobramentos do parricídio, que traz em si preceitos contrários à moral, com uma culpa que se torna impositiva e um clamor para que a suposta ordem social seja mantida.

Neste sentido, é inegável a atualidade da obra em questão, pois Dostoiévski, já naquele tempo, apontava os reflexos de um julgamento no seio da sociedade, muito antes dos meios de comunicação ampliarem sobremaneira, e de formas até impensáveis, tal debate.

3 | OS LIMITES DA ACUSAÇÃO: DESVELAMENTO DA SISTEMÁTICA DA CULPA E DA CONDENAÇÃO

Em “Os Irmãos Karamázov” grandes temas são discutidos, e o julgamento de Dimíttri suscita questões que possibilitam o diálogo para com o mundo jurídico. O autor se utiliza de conceitos jurídicos, demonstrando a formação da culpa dentro e fora do julgamento, bem como o convencimento do júri. No referido julgamento, Dostoiévski

coloca o leitor diante dos mecanismos da sociedade que julgam e condenam o acusado antes mesmo das medidas judiciais cabíveis. Nessa estrutura, garantias como a presunção de inocência são mitos jurídicos (CASARA, 2015).

Pouco tempo depois do assassinato, a polícia encontra Dímitri na cidade vizinha e, mesmo sem a presença de um defensor, o faz responder diversas perguntas em tom acusatório, o que fere consubstancialmente o devido processo legal e presunção de inocência. Depois de iniciado o processo, em determinado excerto da obra, observa-se os preconceitos sobre Dímitri: “Dava-se conta o público de que a causa estava bem clara, que a dúvida era impossível, que os debates seriam apenas mera formalidade, estando mais que demonstrada à culpabilidade do acusado.” (DOSTOIÉVSKI, 1970, p. 676).

Em diversos trechos da narrativa, o autor deixa claro que a condenação estava decidida antes do julgamento, no qual pouco se discutia o crime em si, pois a acusação se baseava essencialmente em evidenciar a vida pregressa do acusado. A personalidade e o caráter dos Karamázov, indesejados na sociedade, motivam a culpabilização do réu dentro e fora do tribunal, conforme Goss (2012, p.179) aponta: “a opinião da população da pequena cidade já está formada sobre quem é Dímitri: um homem impetuoso, destemperado, alguém capaz, indubitavelmente, de cometer um parricídio.”

Além disso, a condenação adquire status de espetáculo social. A sociedade do espetáculo – prevista por Debord, que se traduz na representação ensaiada dos setores sociais, criação imagética e mercantilização das relações sociais (COELHO, 2011) – ganha espaço no processo penal. As opiniões se dividem e cada sujeito tem suas próprias ponderações sobre o acusado. No livro, diversos diálogos são transcritos mostrando a opinião da população em relação ao julgamento, sendo possível constatar que algumas mulheres ansiavam pela absolvição de Dímitri, mas somente em virtude de seu charme e elegância. Em compensação, os mujiques, que integravam o júri, usaram a condenação do mais velho dos irmãos Karamázov como vingança, em um acerto de contas por sua postura arrogante.

Durante o julgamento, o caráter de Dímitri é questionado diversas vezes, sua postura violenta é usada para reforçar a suposta culpa frente ao crime, e as ameaças ditas aos berros em noites de bebedeira vêm à tona. A conhecida canalhice dos Karamázov, em suas relações com as mulheres, é ressaltada como meio de impor o julgamento moral sobre o acusado. O próprio promotor de justiça afirma que, entre os irmãos, aquele que herdou a devassidão e mais se assemelhava ao pai, o qual todos odiavam e era conhecido por sua licenciosidade, era Dímitri (DOSTOIÉVSKI, 1970).

O mais velho dos irmãos, surpreendentemente por diversas vezes, afirma que é culpado por odiar o pai, que tinha intenções parricidas, que esteve no local do crime e que portava a suposta arma que matara o pai, porém nega de modo veemente a autoria do ato. Por seu caráter e suas escolhas morais, Dímitri é o escolhido pelo sistema, mesmo que outros fatos pudessem direcionar a culpabilidade para os outros

irmãos. O caráter subjetivo, enfim, alcança o julgamento e ocorre o delineamento do mesmo com base em critérios pessoais.

Diante do exposto, a obra carrega, sem dúvida, forte apelo psicanalítico. Segundo Freud (*apud* Goss, 2012, p. 174), o parricídio é o crime que todos desejam cometer, pois, na luta edipiana pelo amor da mãe, o filho teme e admira o pai na mesma intensidade. A natureza hiperbiografável dos personagens de Dostoiévski contribui para a construção dos mistérios do enredo. Dímitri não se defende com o afincado esperado e mantém uma ausência de comunicação com o mundo externo, apresentando, no transcorrer do julgamento, certa apatia. É inegável que, mesmo indiretamente, o personagem carregava o peso da culpa pela morte do pai. (GOSS, 2012)

A busca incessante para comprovar a verdade dos fatos e vincular o sujeito à ação é um caminho perigoso, visto que fatos como a agressividade e a sexualidade podem ultrapassar os limites da culpabilidade, de modo a atingir as esferas do inconsciente e impor restrições morais e sociais (BORBA, 2012). Nos tempos atuais, principalmente diante de crimes grotescos e/ou com grande repercussão nacional, a mídia sensacionalista se ocupa em expor de modo indiscriminado a vida do acusado. A “autópsia” do caráter do sujeito impõe-se como mais uma etapa da condenação.

Ao analisar o proposto por Flusser (*apud* CASARA, 2016), o Direito penal tornou-se um “aparelho” destinado a fazer funcionar o “programa do espetáculo”. E cada programa se vincula ao seu próprio tempo, criando o seu tipo de “ator-espectador”. O autor russo coloca o leitor diante dessa constatação, como fica claro no seguinte trecho, retirado do Livro XII de “Os irmãos Karamázov” intitulado “Um erro judiciário”, ao descrever a mobilização para assistir à condenação:

Antes de penetrar na sala, mencionemos o que causava a surpresa geral. Todo mundo conhecia o interesse despertado por aquele processo impacientemente esperado, as discussões e suposições que provocava havia dois meses. Sabia-se também que aquele caso tivera repercussão em toda a Rússia, mas sem se imaginar que ele pudesse suscitar semelhante emoção em outra parte que não entre nós. Veio gente, não somente da sede da província, mas de outras cidades e até mesmo de Moscou e de Petersburgo, juristas, notabilidades, bem como senhoras. (DOSTOIÉVSKI, 1970, p. 671-672)

Ou seja, não bastasse a comoção social, o grande julgamento de Dímitri se concretizava praticamente como um espetáculo, contando com convidados e personalidades ilustres.

Para os visitantes de destaque, haviam reservado lugares por trás da mesa que presidia o tribunal; instalaram-se ali cadeiras, o que jamais se vira. As senhoras, bastante numerosas, formavam pelo menos a metade do público. Havia tantos juristas que não se sabia onde metê-los, estando todos os convites distribuídos desde muito tempo. Construiu-se à pressa no fundo da sala, por trás do estrado, uma separação no interior da qual tomaram eles lugar, dando-se por felizes em poderem ficar mesmo de pé, porque haviam retirado todas as cadeiras, a fim de obter-se espaço, e a multidão reunida assistiu ao julgamento de pé, em massa

compacta. Certas senhoras, sobretudo as recém-chegadas, mostraram-se nas galerias excessivamente enfeitadas, mas a maior parte não pensava na toaleta. Lia-se em seus rostos uma curiosidade ávida [...] (DOSTOIÉVSKI, 1970, P. 671-672)

É fato, a sociedade atual não foge ao cenário descrito. O ator-espectador brasileiro se acostumou com o autoritarismo, acredita na punição como a corroboração de estar do lado certo da história, compartilhando estes valores em um sentimento de união social (GÜNTHER, 2009). A sociedade cria seus monstros e os defende acreditando no bem e no mal, de maneira a estabelecer a dualidade entre marginais e “cidadãos de bem”.

Passa-se, então, a acreditar que direitos fundamentais e garantias constitucionais são empecilhos para a ação do Estado, prejudicando a sociedade e a economia. Por isso, a condenação é vibrada pelos atores-espectadores, que acreditam no mito da justiça como punição. Nas palavras de Rubens Casara (2015, p. 31): “No processo penal do espetáculo, o desejo de democracia é substituído pelo ‘desejo de audiência’.” Quando, na realidade, a ofensa causada com o crime deveria se equivaler à ofensa causada por um julgamento arbitrário, no qual direitos e garantias são negados ao acusado.

Conforme Casara (2015), isto pode se explicar em decorrência de que diversos mitos subsistem na sociedade. A sistemática que envolve o mito se desenvolve em um jogo de sentido e forma, onde por vezes oculta-se a origem, a função e o sentido do mito. Possibilitando que, mesmo em um sistema dito democrático, subsistam mitos que não são questionados e reforçam o autoritarismo do Estado. Conforme sustenta Casara (2015, p.32): [...] “na contiguidade entre o ‘novo’ democrático e o ‘velho’ autoritário, a simultaneidade entre democracia e o autoritarismo e a convicção de que no novo subsistem resquícios do velho.”

A obra do autor russo apresenta personagens que não se restringem apenas às suas características individuais, eles trazem consigo o corpo social (GRUBBA, 2012), desvelando a sociedade, vinculando o texto à sua época e a própria essência humana. Assim, a concepção da condenação como um bem social, capaz de inibir o mal se perpetua, afinal, como um mito, demonstrado na obra de Dostoiévski e presente na sociedade contemporânea.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Literatura possibilita a visualização da ação e o pensamento humano de uma forma que, muitas vezes, com outras ficções não seria possível. Relacionar a Literatura com o Direito possibilita ampliar os horizontes e antecipar a tragédia humana. Na pós-modernidade o cotidiano tem a potencialidade de converter-se em ficção e objetifica a realidade de cada sujeito, transformando a vida em audiência (GRUBBA, 2012).

O enredo de “Os irmãos Karamázov” mostra quão arbitrária pode ser uma

sociedade que assiste a um julgamento e automaticamente desumaniza o acusado, retirando-lhe sua vida e a colocando em um espetáculo. Determinadas estruturas sociais de coerção conservam-se e por estabelecerem-se como dogmas, recebem apoio e incentivo cego da sociedade. O desvelamento que a arte traz, possibilita a reflexão e provoca o sujeito a ampliar seus horizontes.

O tema fornece material amplo e interessante para inúmeras análises, e o intuito com a presente pesquisa foi suscitar uma pequena fração dessa discussão, sem a mínima intenção de esgotar a temática.

Resta diante do elencado a necessidade de uma cultura democrática, conforme defendido por Rubens Casara (2016), repensando e questionando a função do direito penal e do processo penal, bem como a postura da sociedade frente à condenação.

REFERÊNCIAS

BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Tradução de Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1981.

BEZERRA, Paulo. Prefácio: uma obra à prova do tempo. In: Bakhtin, Mikhail Mikhailovich. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1981.

BORBA, Isabela Souza de. A culpa como produto cultural da sociedade: intersecção entre direito e literatura em os irmãos Karamázov. p. 143-164. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier de. (Org). **Dostoiévski e a filosofia do direito: o discurso jurídico dos irmãos Karamázov**. Florianópolis: UFSC: Fundação Boiteux, 2012.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V.122. ago, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.12.PDF> Acesso em 28 de ago. 2019.

COELHO, Cláudio Novaes Pinto. Mídia e poder na sociedade do espetáculo. **Revista Cult**. 2011. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/midia-e-poder-na-sociedade-do-espetaculo>> Acesso em 28 de ago. 2019

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os Irmãos Karamazov**. Tradução de Natalia Nunes e Oscar Mendes. São Paulo: Abril Cultural, 1970.

GOSS, Fernanda de Mello. O princípio da presunção da inocência na acusação de Dimítri Karamázov. p.165-183. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier de. (Org). **Dostoiévski e a filosofia do direito: o discurso jurídico dos irmãos Karamázov**. Florianópolis: UFSC Fundação Boiteux, 2012.

GRUBBA, Leilane Serratine. O literato é o contador da história: ensaio sobre a dignidade humana em Os Irmãos Karamázov. p.13-43. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier de. (Org). **Dostoiévski e a filosofia do direito: o discurso jurídico dos irmãos Karamázov**. Florianópolis: UFSC Fundação Boiteux, 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PEREIRA, Marcio Fonseca Pereira. **Os irmãos Karamázov: um compromisso entre a razão e o**

sentimento cristão na crítica ao ocidente. Revista Garrafa 24, v. 2, p.1-18. 2011. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/garrafa/about>> acesso em: 13 maio 2017.

PINTO, Francisco. Dostoiévski- **Um gênio com epilepsia**. Sinapse. V. 10, n 2, p. 35-37, 2010.

O PROTAGONISMO DISCENTE NO ÂMBITO ACADÊMICO: AÇÕES EDUCATIVAS SOBRE SEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO

Carla Simone Leite de Almeida

Instituto Federal de Santa Catarina, Docente da área de Saúde e Serviços Joinville - Santa Catarina

Adelmo Fernandes do Espirito Santo Neto

Instituto Federal de Santa Catarina, Docente da área de Saúde e Serviços Joinville - Santa Catarina

Flaviane Mello Lazarini

Instituto Federal de Santa Catarina, Docente da área de Saúde e Serviços Joinville - Santa Catarina

Iury de Almeida Accordi

Instituto Federal de Santa Catarina, Docente da área de Cultura Geral Joinville - Santa Catarina

Joyce Mayumi Shimura

Discente do Curso de Pedagogia, Universidade Estadual de Maringá Maringá-Paraná

Luciana Maria Mazon

Instituto Federal de Santa Catarina, Docente da área de Saúde e Serviços Joinville - Santa Catarina

Thiago de Oliveira Garcia Simões

Instituto Federal de Santa Catarina, Docente da área de Cultura Geral Joinville - Santa Catarina

Andréia Ambrósio-Accordi

Instituto Federal de Santa Catarina, Egressa da Especialização em Interdisciplinaridade e Prática Pedagógica na Educação Básica Caçador - Santa Catarina.

Alquenjar Rosentaski de Borba

Instituto Federal de Santa Catarina, Egresso do curso Técnico em Enfermagem Joinville - Santa Catarina

Camila Ariane Dutra

Instituto Federal de Santa Catarina, Egresso do curso Técnico em Enfermagem Joinville - Santa Catarina

David Willian Sperber Sell

Instituto Federal de Santa Catarina, Egresso do curso Técnico em Enfermagem Joinville - Santa Catarina

* Projeto executado com recursos do Edital PROEX/PROPI 01, da Pró-Reitoria de Extensão (PROEX), Pesquisa (PROPI) e do Departamento de Ensino Pesquisa e Extensão (DEPE) do Instituto Federal de Santa Catarina – Campus Joinville, Santa Catarina.

RESUMO: O presente artigo apresenta discussões sobre um projeto de extensão realizado por meio de um projeto integrador do curso técnico subsequente em Enfermagem, de forma interdisciplinar com as unidades curriculares de Arte, Biologia, Filosofia e Inglês dos cursos técnicos integrados do Instituto Federal de Santa Catarina, campus Joinville. Foi realizada uma ação de extensão na modalidade minievento, 1ª Jornada de Direitos Humanos e Sociedade: Diversidade de Gênero e Sexualidade, em 11 de setembro de 2018, nos períodos matutino e vespertino, totalizando oito horas. Notou-se uma baixa adesão da

comunidade acadêmica (31,5%) na participação do evento, bem como resistência de alguns segmentos com a temática no ambiente escolar. Em contrapartida, observou-se que os participantes se envolveram com as atividades propostas e demonstraram interesse no minievento. Conclui-se que atitudes preconceituosas podem mostrar-se frequentes em diversos espaços sociais, inclusive o acadêmico, e que estratégias devem ser pensadas em vários âmbitos para que possa ser iniciada uma discussão sobre direitos humanos, diversidade de gênero e sexualidade com discentes, funcionários e docentes. Objetiva-se, com isso, promover a conscientização acerca da aceitação e entendimento sobre o tema, buscando desmistificar e desconstruir preconceitos e tabus.

PALAVRAS-CHAVE: Comportamento sexual. Identidade de gênero. Minorias sexuais e de gênero

STUDENT PROTAGONISM IN THE ACADEMIC SCOPE: EDUCATIONAL ACTIONS ON SEXUALITY AND GENDER IDENTITY

ABSTRACT: This article presents discussions on an extension project carried out through an integrative project of the subsequent technical course in Nursing, in an interdisciplinary work with the curricular units of Art, Biology, Philosophy and English of integrated high-school technical courses at the Instituto Federal de Santa Catarina, Campus Joinville. An extension action was carried out as a minievent, 1st Academic Conference on Human Rights and Society: Gender Diversity and Sexuality, held on September 11, 2018, in the morning and afternoon, totaling eight hours. There was low participation of the academic community (31.5%), as well as resistance from some sectors about discussing the theme in a school setting. In contrast, it was observed that the participants were engaged in the proposed activities and showed interest in the minievent. It could be concluded that prejudiced attitudes can be frequent in various social spaces, including academic environments, and that strategies must be thought in various areas so that a discussion on human rights, gender diversity and sexuality with students, technical staff, teachers and professors can be initiated. Thus, the objective is to promote awareness about the acceptance and understanding of the theme, seeking to demystify and deconstruct prejudice and taboos.

KEYWORDS: Sexual behavior. Gender identity. Sexual and gender minorities

1 | INTRODUÇÃO

O fato da homossexualidade ter sido considerada por muito tempo como transtorno mental pela Classificação Internacional de Doenças – CID 10 (F65), dos homossexuais serem caracterizadas como sujeitos pela sociedade e dos homens homossexuais serem na década de 90 culpabilizados pela disseminação do Vírus da Imunodeficiência Humana (OLIVEIRA; GAIGUER, 2014), gerou a criação e propagação de ideias negativas relacionadas à população LGBT no Brasil (NOGUEIRA

et al, 2010).

Mesmo com a despatologização da homossexualidade em 1990 e a incorporação de inúmeras legislações, políticas e movimentos voltados a sexualidade e identidade de gênero, ainda são comuns episódios de humilhação e desrespeito no cotidiano da população de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais (LGBTI+). Nesse sentido, muitos desses indivíduos são impedidos de viverem sua liberdade como sujeitos sexualizados (OLIVEIRA; GAIGUER, 2014).

É necessário compreender a definição de orientação sexual e de identidade de gênero, para então entender os respectivos segmentos da sexualidade. Segundo Paiva (2008), o termo orientação direciona-se para um sentido, enquanto que sexualidade é algo mais instintivo, carnal e venéreo. Ao se associar esses dois termos, tem-se então a orientação sexual, que é compreendida como a via de interesse do ser humano buscar prazer e atração. O termo identidade de gênero refere-se à identificação social, isto é, como um indivíduo compreende a si mesmo e se mostra para a sociedade (JESUS, 2012).

A sigla LGBTI+ se associa aos termos identidade de gênero e orientação sexual. As práticas homoeróticas são representadas pelas letras L e G e são compreendidas como realizadas por indivíduos que sentem atração afetiva e sexual por outros indivíduos do mesmo gênero. A bissexualidade, letra B, remete ao sujeito que sente atração afetiva e sexual por pessoas do gênero masculino e feminino. Na letra T entram as discussões direcionadas às identidades de gênero, compreendida como uma prática social e não somente biológica. Desta maneira, leva-se em consideração a autopercepção e a forma como o indivíduo se expressa socialmente para compreender o gênero que ele/ela quer expressar. Aos indivíduos que se identificam com o gênero que lhe foi atribuído ao nascimento, atrelado ao órgão genital, denomina-se cisgênero, ou cis e aos que não se identificam como transgêneros, ou pessoas trans (JESUS, 2012; TORRES, 2013). É importante ressaltar que há uma pluralidade de outras identidades de gênero e expressão de sexualidade, como travestis, queer, assexuados, pessoas que se compreendem como não-binárias etc.

Nesse contexto, pessoas LGBTI+ fazem parte de um grupo minoritário pela representatividade que possuem nas mídias e políticas públicas. Por essa razão, estão sujeitos a maior vulnerabilidade para ataques e discursos de ódio, o que culminou no termo LGBTfobia (CARDIN, MARTINS, RISSATO, 2019), demonstrando o ódio às expressões e práticas homoeróticas, bem como, a pessoas trans ou aqueles e aquelas que não se encaixam em padrões dicotômicos de gênero (homem e mulher, por exemplo).

Um relatório emitido pelo Ministério dos Direitos Humanos em 2016 apontou um panorama de violência LGBTfóbica sistemática no país, sendo apresentado em 2016 o registro de 2.964 violações de direitos humanos de caráter LGBTfóbico (BRASIL, 2018). No Brasil, há relatos de pessoas LGBTI+ denunciando preconceito, agressões físicas e psicológicas em seus ambientes familiares, de trabalho e social (MUNIZ;

SILVA, 2007). Isso, no entanto, não é algo exclusivo da sociedade brasileira; um estudo desenvolvido por Brasil (2006) apontou que nos Estados Unidos da América 62,5% dos adolescentes que tentam suicídio fazem parte da comunidade LGBT+, enquanto que na França, onde a maior causa de mortes é o suicídio, um cidadão homossexual tem 13 vezes mais chances de cometê-lo.

Diante deste panorama, é primordial o desenvolvimento de ações que busquem desenvolver práticas antidiscriminatórias e mais tolerantes em relação a pessoas LGBTI+. Para tanto, torna-se fundamental adotar medidas educacionais, garantir a participação política, promover serviços de saúde, bem como, oferecer segurança a pessoas que estão inseridas nessa diversidade (BRASIL, 2018).

Por esses motivos, o objetivo deste projeto foi abordar os vários aspectos da sexualidade e identidade de gênero, voltados à comunidade de LGBTI+ dentro do ambiente acadêmico do Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Santa Catarina – IFSC, Câmpus Joinville, por meio da realização de ações de intervenção por discentes, no qual encorajasse a discussão de questões relacionadas a gênero e sexualidade, assim como, participar e incentivar o processo de conscientização na comunidade acadêmica.

2 | METODOLOGIA

O Projeto Integrador (PI) caracteriza-se como um momento contextualizado e científico de ensino aos estudantes do curso Técnico em Enfermagem do IFSC. O seu desenvolvimento propicia aos discentes a conquista de competências, conhecimentos, atitudes e habilidades junto aos diversos segmentos da sociedade, com enfoque na Metodologia Científica da pesquisa e extensão, por meio de ações de investigação, assistência, educação e demais ações em saúde, com planejamento e desenvolvimento de atividades integradas ao âmbito da sua futura atuação profissional junto à comunidade (PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO TÉCNICO EM ENFERMAGEM DO IFSC, 2017).

A ação de educação em saúde consiste em um recurso para disseminar o conhecimento científico, de modo que o mesmo seja inserido no cotidiano das pessoas (ALVES, 2005). A intervenção é uma das distintas maneiras de se aplicar a educação em saúde e define-se como “uma abordagem pontual na qual o pesquisador toma uma prática existente de algum outro lugar e a implementa em sua própria esfera de prática para realizar uma melhora” (TRIPP, 2005 p.457).

Nesse contexto, a realização do Projeto Integrador de três alunos do Curso Técnico em Enfermagem do IFSC, câmpus Joinville, ocorreu por meio da execução de uma ação de intervenção desenvolvida através do evento “1ª Jornada de Direitos Humanos e Sociedade: Diversidade de Gênero e Sexualidade” com interdisciplinaridade com as Unidades Curriculares de Arte, Biologia, Filosofia e Inglês dos cursos do Ensino

Técnico Integrado em Eletroeletrônica e Mecânica do IFSC – Câmpus Joinville.

O evento teve como público 621 discentes dos Cursos técnicos Integrados (Mecânica e Eletroeletrônica) e subsequente (técnico em enfermagem), dos períodos matutino e vespertino do IFSC Câmpus Joinville, 94 docentes, 61 técnicos administrativos e comunidade externa.

O planejamento do evento contou com o envolvimento e apoio direto do Departamento de Ensino, Pesquisa e Extensão (DEPE), do grupo LGBTI+ Subversivamente e da companhia de Dança – DBROTHERS do IFSC Joinville. O evento recebeu auxílio financeiro do edital PROEX/PROPI 01.

Como o câmpus Joinville do IFSC não conta com um auditório com capacidade de comportar o público do evento (aproximadamente 900 pessoas), foi necessário a elaboração de quinze atividades distintas, para que ocorressem simultaneamente no dia do evento, no período das 8:00h às 17:40h, nas dependências das salas de aulas dos blocos 5, 6, do auditório e ginásio do câmpus Joinville, conforme quadro 1.

Atividades	Temas	Palestrantes Mediadores	Turno	Local	Opções de programação
Abertura	Apresentação cultural de dança	Grupo Dbrothers	manhã tarde	ginásio	Todas
Mesas redondas	Identidade e diversidade	Rodrigo P. Casteleira Thiago O. G. Simões	manhã	auditório	M1, M2, M3
	Currículo e diversidade	Rafael Schultz Adelmo F. E. Santo Neto	tarde	auditório	T1, T2, T3
	Conceito de pós-identidade e contemporaneidade	Rodrigo P. Casteleira Thiago O. G. Simões	manhã	auditório bloco 2	M5, M6, M8
Palestras	“IST! o que isso tem a ver com você?”	Luciana Maria Mazon Flaviane M. Lazarini	tarde	auditório bloco 2	T1, T2, T3
	A identidade de gênero e as ações de saúde	Adelmo F. E. Santo Neto	tarde	sala 523 bloco 5	T8, T9
Dinâmicas	Museu da empatia	Alunos do 6ª módulo do curso Técnico Integrado em Eletroeletrônica	manhã tarde	sala 621 bloco 6	M6, M8, M5, M1, M2, M7, M3, T7, T6, T5, T2, T1, T4, T9, T8, T3
	Túnel do tempo	Alunos do 8ª módulo do Técnico Subsequente em Enfermagem	manhã tarde	sala 633 bloco 6	M5, M4, M7, T8, T7, T4
	Estética corporal	Jesse Cruz Andréia Ambrósio-Accordi Alunos Curso Técnico em Dança, da Escola Professor Germano Timm.	manhã tarde	sala 630 sala 631 sala 632 bloco 6 ginásio	M1, M2, T4, T6, T5
	Corpo e espaço				
	Diversidade no plural				
	Ocupação de direitos				
Rodas de conversa	Na trilha do arco-íris	Wellington da Silva Severino	manhã tarde	sala 622 bloco 6	M8, M3, T9, T6
Leitura dramática	Barrela	Alunos do 8ª módulo do Técnico Integrado em Eletroeletrônica	tarde	sala 522 bloco 5	T7

Cinedebate	Filme “hoje eu não quero voltar sozinho	Amanda Caroline dos Santos	manhã tarde	sala 623 bloco 6	M6, M7, M3, M4, T5, T7
Oficina de camisetas	Diversidade na arte	Nicole Kulik	manhã tarde	sala 522 bloco 5	M4, T8

Quadro 1 – Atividades realizadas na 1ª Jornada de Direitos Humanos e Sociedade: diversidade de gênero e sexualidade no dia 11 de setembro de 2018

FONTE: Autoria própria

As 15 atividades, apresentadas no quadro 1, foram agrupadas em 17 opções de programação, sendo 8 matutinas (M1 a M8) e 9 vespertinas (T1 a T9). Deste modo, no momento da inscrição o participante poderia escolher em quais atividades gostaria de participar. A inscrição no evento foi realizada por meio um site gratuito elaborado por uma das alunas do Projeto Integrador. No site de inscrição, o participante poderia ter acesso aos dados da programação de cada uma das 17 opções, como local, horário, tipo de atividade e palestrante/mediador. A única restrição dizia respeito ao horário, pois só era possível se inscrever em uma única opção por turno.

Para divulgação do evento, foram inseridas nas mídias locais do IFSC Joinville mensagens e postagens sobre o evento (Facebook, site institucional, e-mail aos servidores), confecção de banners alocados nas entradas dos blocos do câmpus, criação de um QR code para a inscrição dos alunos e fixação de uma TV na cantina do câmpus, com projeção de uma apresentação contínua (duração de cinco minutos) mostrando dados sobre o evento das 7:30hs às 22:40hs, na semana anterior à data de início.

Para as aberturas do evento, realizada às 8:00hs e às 13:40hs, houve apresentações de dança do grupo Dbrothers do IFSC Joinville (figura 1) no ginásio de esportes. A apresentação foi aberta ao público e contou com a presença de alunos, servidores da instituição e membros da comunidade externa.



Figura 1 – Abertura da 1ª Jornada de Direitos Humanos e Sociedade: diversidade de gênero e sexualidade com a participação do grupo de Dança Dbrothers.

FONTE: Autoria própria

Após a abertura cada participante foi direcionado ao local de sua atividade conforme a programação a qual escolheu no momento de sua inscrição (conforme

quadro 1). As atividades possibilitaram aos estudantes, servidores e participantes externos, a aquisição de conhecimento, troca de ideias, debates e, principalmente, exercícios de empatia.

Das 15 atividades realizadas no evento, quatro foram mediadas pelos próprios alunos do IFSC de Joinville (museu da Empatia – Alunos do Curso Subsequente de Técnico em enfermagem; Leitura dramática e Museu da empatia – Alunos do curso Técnico Integrado em Eletroeletrônica) e uma atividade foi realizada pelos estudantes da primeira turma do curso técnico em Dança, da Escola de Educação Básica Professor Germano Timm, permitindo a interdisciplinariedade dos seus alunos, cursos e instituições no evento, conforme figura 2 e figura 3.



Figura 2 - Atividades mediadas por estudantes do curso Técnico Integrado em Eletroeletrônica (IFSC Joinville) e do curso Técnico em Dança (EEB Professor Germano Timm)

FONTE: Autoria própria



Figura 3 – Dinâmica Túnel do Tempo mediada pelos alunos do curso técnico em Enfermagem

FONTE: <http://joinville.ifsc.edu.br>

Durante o evento, a avaliação da ação de intervenção aconteceu por meio

da análise dos registros realizados pelos alunos do Projeto Integrador no diário de campo. O diário de campo consiste em uma ferramenta para registro de observações, comentários e reflexões de uso individual do profissional para que seja possível fazer uma avaliação posterior, dia a dia, do processo da intervenção, conforme apontam Lima, Mioto e Dal Prá (2007).

Uma outra ferramenta utilizada para sensibilização e análise da ação de intervenção foi o espaço para fotos com placas e recados em mural organizado no hall do bloco 6. Foi possível, por meio dos feedback de recados, analisar as opiniões dos participantes sobre o evento, conforme figura 4.



Figura 4 - Espaço para sensibilização no bloco 6, com plaquinhas e mural de recados na 1ª Jornada de Direitos Humanos e Sociedade: diversidade de gênero e sexualidade, IFSC 2018.

FONTE: Autoria própria

Nesse sentido, a próxima seção apresenta os resultados da ação e delinea os objetivos que foram alcançados. É importante ressaltar que a avaliação da ação do evento já se configura como um dos resultados. A seguir, são apresentados resultados quanto à participação e feedback da comunidade acadêmica.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

O público-alvo elencado para participar do evento foi de 900 pessoas (621 alunos, 94 docentes e 61 técnicos administrativos, além do público externo). Destes, 225 participaram das atividades do evento, gerando uma adesão de 31,5% do público

esperado, conforme quadro 2.

Público alvo	Público estimado	Participantes		Percentagem acumulada
		n	%	
Curso Integrado de Eletroeletrônica	263	72	27,4	27,4
Curso Integrado em Mecânica	258	26	10,1	37,5
Curso subsequente de Técnico em Enfermagem	100	46	46,0	83,5
Técnico Administrativo	61	2	3,3	86,8
Docentes	94	10	10,6	97,4
Público Externo	124	7	5,6	100
Intervencionistas	-	62	-	-
Total	900	225	31,5%	100%

Quadro 2 - Relação dos Participantes da 1ª Jornada de Direitos Humanos e Sociedade: diversidade de gênero e sexualidade

FONTE: Autoria própria

Notou-se pouca adesão do público-alvo nas atividades do evento; de modo geral, apenas 31,5% do público esperado compareceu às atividades. Os discentes do curso Técnico Subsequente em Enfermagem (46%) foram os que mais participaram do evento e os do curso Técnico Integrado em Mecânica (10,1%) os que menos participaram. Em relação aos servidores do IFSC houve uma adesão de 10,7% dos docentes e de 3,3% dos Técnicos Administrativos.

Segundo Silva et al (2014), cerca de 42% dos estudantes do sexo masculino do Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Goiânia, Porto Alegre e Fortaleza não gostariam de ter colegas de classe homossexuais, enquanto que cerca de 37% dos pais desses estudantes em São Paulo, Rio de Janeiro e Fortaleza não gostariam que seus filhos fossem colegas de homossexuais. Essas estatísticas mostram que o tema é rodeado de preconceitos e discriminação no Brasil, apesar da cidade de Joinville não estar contemplada na pesquisa de Silva, é possível presumir que os mesmos problemas apresentados pelo autor podem explicar a baixa adesão ao evento que foi realizado no campus.

Além disso, um estudo realizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso-Brasil), Organização dos Estados Ibero-americanos para a Educação a Ciência e a Cultura (OEI), e do Ministério da Educação apontou que cerca de 20% dos estudantes disseram que não queriam ter um colega na escola que fosse homossexual, travesti, transexual ou transgênero (BRASIL, 2015). Observa-se, portanto, que a homofobia e a transfobia nas escolas apresentam-se como problemas de saúde pública brasileiro, apontado em diversos estudos em diferentes regiões do País (JARDIM, 2015; ZAMPROGNO e GOMES, 2016; MENEZES et al, 2018).

Referente aos feedbacks dos participantes extraídos nos recados do mural e nas suas opiniões durante as participações nas atividades do evento (registrados no

diário de campo) foi possível observar opiniões divergentes: 1) alguns participantes disseram ser importante trazer o tema para a sala de aula; 2) outros que tal abordagem na escola é desnecessária; 3) reclamaram o fato da escola os direcionarem em um dia de aula para participarem desta atividade; 4) por fim, alguns perceberam o evento como um momento de desabafar e adquirir conhecimento.

As Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, estabelecida pela Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012, definem os Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Médio e explicita que tratar sobre questões como sexualidade, entre outras que extrapolam os muros da escola, devem compor o corpo de conteúdos abordados dentro das instituições de ensino e dos projetos pedagógicos dos cursos, que destacam o objetivo de “desenvolver competências e habilidades para que o aluno entenda a sociedade em que vive como uma construção humana, que se reconstrói constantemente ao longo de gerações” (BRASIL, 2000).

Essas diretrizes convergem com a agenda universal de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), com destaque para Saúde e Bem e Estar (objetivo 3) e Redução das Desigualdades (objetivo 10) que estão dentro do Plano de Ação 2017–2019 estabelecidos pela Comissão Nacional para os ODS Plano de Ação 2017–2019 (BRASIL, 2017), para acompanhamento e monitoramento da Agenda 2030, estabelecida pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (PNUD, 2019).

4 | CONCLUSÕES

O projeto de intervenção teve como objetivo disseminar o conhecimento acerca do tema em âmbito acadêmico e desmistificar alguns conceitos da sigla LGBTI+. Após a realização do evento, considera-se que esses objetivos foram alcançados por meio da organização da 1ª Jornada de Direitos Humanos e Sociedade, que foi realizada no dia 11 de setembro de 2018.

O projeto possibilitou iniciar uma proposta de a discussão sobre gênero e sexualidade no IFSC, câmpus Joinville, embora, durante a aplicação do projeto, pôde-se observar resistência à adesão e relutância da comunidade acadêmica em discutir o assunto, talvez porque muitos ainda possam considerá-lo um tabu. Tal relutância está inserida não só no ambiente acadêmico do IFSC, mas na comunidade acadêmica e a comunidade escolar (composta por funcionários, estudantes, responsáveis e moradores do bairro).

Por parte de alguns docentes, foi observado um certo aborrecimento causado pela obrigatoriedade do evento, já que a intervenção aconteceu em um dia letivo. No entanto, grande parte dos participantes relataram satisfação em relação às diferentes abordagens realizadas durante a intervenção.

Conclui-se que, mesmo não atendendo o público-alvo de 900 participantes, uma vez que adesão foi de 30,5% da demanda projetada anteriormente pelos

intervencionistas, a ação foi válida e fomentou discussões bastante pertinentes no âmbito acadêmico do IFSC, campus Joinville, possibilitando a inserção de novos temas relevantes para a comunidade acadêmica e escolar.

Sugere-se, a partir dos resultados apresentados, que seja realizada a inserção de outros temas considerados tabu pela sociedade no meio acadêmico. Desta forma, espera-se que discentes, docentes e a funcionários da área técnica possam empreender debates sobre esses temas, a fim de promover a desconstrução de preconceitos e ampliar as experiências acadêmicas dos participantes. Conclui-se reforçando que a boa formação escolar vai muito além do sucesso nas avaliações teóricas, técnicas e de um currículo impecável. O papel da escola é preparar os estudantes para serem cidadãos críticos, conscientes e participativos, capazes de refletir e fazer escolhas que respeitem os princípios éticos profissionais e os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, V. S. **Um modelo de educação em saúde para o Programa Saúde da Família**: pela integralidade da atenção e reorientação do modelo assistencial. Interface-Comunicação, saúde, educação, v. 9, p. 39-52, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/icse/v9n16/v9n16a04.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2018.

BRASIL. **Parâmetros curriculares nacionais - PCN**: Ensino Médio: bases legais. MEC/SEMT, 2000. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/expansao-da-rede-federal/195-secretarias-112877938/seb-educacao-basica-2007048997/12598-publicacoes-sp-265002211>. Acesso em: 12 de dezembro de 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **Diretrizes para implantação do Projeto Saúde e Prevenção nas Escolas** / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. – Brasília : Ministério da Saúde, 2006.

_____. Ministério da Educação. Abramovay, Miriam. Coord. **Juventudes na escola, sentidos e buscas**: Por que frequentam? / Miriam Abramovay, Mary Garcia Castro, Júlio Jacobo Waiselfisz. Brasília-DF: Flacso - Brasil, OEI, MEC, 2015. Disponível em: http://flacso.org.br/files/2015/11/LIVROWEB_Juventudes-na-escola-sentidos-e-buscas.pdf

_____. Secretaria de Governo da Presidência da República do Brasil. **COMISSÃO NACIONAL PARA OS ODS PLANO DE AÇÃO 2017–2019**. Brasília- DF, 2017. Acesso: <http://www4.planalto.gov.br/ods/noticias/comissao-nacional-dos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-lanca-plano-de-acao/plano-de-acao>

_____. **Violência LGBTfóbicas no Brasil**: dados da violência. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018, 79 p.

CARDIN, VSG; MARTINS, IG; RISSATO, GM. **Do discurso do ódio contra a liberdade sexual de pessoas LGBT**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo, v.13, n.1, 2019.

JARDIM, A. M.. **O trabalho preventivo nas escolas contra o preconceito e discriminação dos transexuais**. Pós graduação em Sociologia. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/11667>

JESUS, J. G. de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília,

2012. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2017.

LIMA, T. C.S.; MIOTO, R.C.T.; DAL PRÁ, K.R. **A documentação no cotidiano da intervenção dos assistentes sociais**: algumas considerações acerca do diário de campo. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 6, n. 1, 2007. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/1048>. Acesso em 15 de março de 2018.

MENEZES, M. S. de et al. **Homofobia na escola**: desafios e enfrentamentos. Conferência Internacional de Estudos Queer, CONQUEER, Aracajú, 2018. Disponível em: http://www.editorarealize.com.br/revistas/conqueer/trabalhos/TRABALHO_EV106_MD1_SA2_ID186_04032018134006.pdf

MUNIZ, A. D.; SILVA, D. R.. **Sexualidade e gênero**. SERVI projetos e cursos. 2007. Disponível em: http://www.servi.adm.br/arquivo/servi_20090930_162804.pdf. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

NOGUEIRA, C. et al. **Estudo Sobre a Discriminação em Função da Orientação Sexual e da Identidade de Gênero**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. 2ª edição. 2010. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/64341/2/16034.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

OLIVEIRA, S. N.; GAIGUER, G. A. **Psicanálise e Direitos Humanos**: o Estatuto do Ódio e o Sujeito LGBT. Revista Filos. V. 26, N. 38, 2014. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/649>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

PAIVA, V. **A Psicologia Redescobrirá a Sexualidade?** Psicologia em Estudo, v. 13, n. 4, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-7372-008000400002&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em 10 de outubro de 2017.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Brasil, 2019. Link: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>

PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO TÉCNICO EM ENFERMAGEM DO IFSC, 2017. Disponível em: http://cs.ifsc.edu.br/portal/files/JOINVILLE_TECNICO_ENFERMAGEM_PPC_1396.pdf. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

SILVA, L. V. da. et al. **Suicídio Ou Assassinato?** Um Outro Crime Por Trás Da Prática Homofóbica. Revista Gênero & Direito, v. 3, n. 2, 2014.

TORRES, M. A. **A diversidade sexual na educação e os direitos de cidadania LGBT na escola**. 2 ed. Belo Horizonte: Autentica Editora: UFOP, 2013.

TRIPP, D. **Pesquisa-ação**: uma introdução metodológica. Educação e pesquisa, v. 31, n. 3, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n3/a09v31n3>. Acesso em: 15 de março de 2018.

ZAMPROGNO, D. B. A.; GOMES, M. R. L. **Homofobia e transfobia no cotidiano escolar**: uma análise do plano estadual de educação do espírito santo. ESPAÇO DO CURRÍCULO, v.9, n.1, p. 18-23, Janeiro a Abril de 2016.

OS ÍNDIOS BRASILEIROS: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA CAPACIDADE CIVIL, DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA PARTICIPAÇÃO DA FUNAI

Eduardo Antônio Pires Munhoz

UNESP – Universidade Estadual de São Paulo
“Júlio de Mesquita Filho” – ICT – Instituto de
Ciências e Tecnologia – Programa de Pós-
Graduação *Stricto Senso* em Ciências Ambientais,
Sorocaba/SP

Ângelo Aparecido de Souza Junior

UNESP – Universidade Estadual de São Paulo
“Júlio de Mesquita Filho” – ICT – Instituto de
Ciências e Tecnologia – Programa de Pós-
Graduação *Stricto Senso* em Ciências Ambientais,
Sorocaba/SP

William Thiago de Moraes

UFSCAR – Universidade Federal de São Carlos
- Programa de Pós-Graduação *Stricto Senso* em
Sustentabilidade na Gestão Ambiental, Sorocaba/
SP

RESUMO: O presente trabalho retrata a pesquisa teórica, de procedimento bibliográfico, em que os autores buscaram compreender como as questões da capacidade civil, da imputabilidade penal e como a participação da FUNAI vêm sendo abordadas pela legislação. A notória presença de indígenas no convívio social do chamado “homem-branco” despertou nos autores o interesse pelas questões acima descritas, motivando esta pesquisa, que partiu do levantamento de três problemas de pesquisa relacionados à capacidade civil, à imputabilidade penal e à tutela da FUNAI aos indígenas.

Para esses problemas, foram propostas cinco hipóteses, sendo uma relacionada à capacidade civil, três relacionadas à imputabilidade penal e uma à tutela exercida pela FUNAI. Ao final, nem todas as hipóteses restaram comprovadas, demonstrando a riqueza e extensão do tema que comporta averiguações de toda ordem. A pesquisa, em seu curso, também se deparou com outros aspectos interessantes que foram mencionados para futuras pesquisas sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade Civil, Imputabilidade, Indígena, Índio, FUNAI.

THE BRAZILIAN INDIANS: A LEGAL ANALYSIS OF CIVIL CAPACITY, CRIMINAL IMPUTABILITY AND FUNAI PARTICIPATION

ABSTRACT: This article discusses theoretical research, by bibliographic procedure, in which the authors tried to understand how the issues of civil capacity, criminal responsibility and FUNAI participation appear in Brazilian law. The presence of indigenous people in the social life of the “white man” started the interests of the authors by the above-described issues, motivating this research, which initiated from the proposed of three research issues related to civil capacity, criminal responsibility and the FUNAI’s legal protection to indigenous. For these problems have been proposed five hypotheses,

one of them related to civil capacity, three related to criminal responsibility and the last one related of FUNAI's legal protection to indigenous. Finally, not all hypotheses remained true, indicating that the subject is complex and supports investigations of all kinds. During the survey also emerged others interesting aspects that were mentioned for future research on the topic.

KEYWORDS: Civil Capacity, criminal responsibility, Brazilian indigenous, FUNAI.

1 | INTRODUÇÃO

Observando a ainda tímida, porém perceptível, presença de indígenas no convívio social “não indígena” em diversos setores sociais e, especialmente, no ensino superior, como vem ocorrendo nos cursos regulares de graduação oferecidos da UFSCAR – Universidade Federal de São Carlos *campus* Sorocaba/SP, que recepciona, assiste, integra e acompanha os índios que lá chegam, fomos impulsionados a pesquisar e pensar as questões legais que permeiam a permanência e convívio dos índios em nossa sociedade.

De início, em forma de pesquisa exploratória informal, por meio de contato direto com alguns índios estudantes daquela renomada instituição, bem como com a responsável pela recepção destes alunos, facilmente pudemos perceber a dicotomia cultural existente entre nós, e do ponto de vista legal rapidamente surgiram várias dúvidas relacionadas a autonomia dos mesmos para livremente tomarem decisões que afetem seus direitos, vida e destino, bem como sobre suas responsabilidades pessoais nesta sociedade.

Neste contexto, realizamos a pesquisa que se demonstra por este trabalho revelando-se uma pesquisa teórica, de procedimento bibliográfico, pautada nos seguintes questionamentos: P1 – São os indígenas capazes para prática de atos na vida civil? P2- São os indígenas penalmente imputáveis, tal qual o “homem-branco”? e P3- Seria a FUNAI uma grande tutora dos indígenas?

Para tais questionamentos, partimos para a pesquisa com as seguintes hipóteses formuladas: H1- Se o indígena demonstrar condições mínimas para a prática de atos na vida civil, tais como faixa etária compatível (de acordo com o Código Civil), domínio do vernáculo, condições psíquicas e ausência de vícios, então será plena e automaticamente capaz para prática de atos civis. H2- Se o indígena optar pelo convívio social e for plenamente capaz de compreender a ilicitude do fato e de se autodeterminar com relação a esse entendimento, então será penalmente imputável. H3- Se o indígena optar pelo convívio social e for parcialmente capaz de compreender a ilicitude do fato e de se autodeterminar com relação a esse entendimento, então será parcialmente imputável. H4- Se o indígena não optar pelo convívio social, mantendo-se adstrito ao seu próprio *modus vivendi* de acordo com a cultura de seu povo, então será inimputável, ainda que tenha o discernimento quanto a ilicitude do fato na nossa cultura. H5- Tendo a FUNAI a missão legal e/ou institucional de tutelar os indígenas,

então as questões da capacidade civil dos índios são irrelevantes, bem como há responsabilidades que recaem sobre a FUNAI no exercício da tutela assumida.

Ao longo da pesquisa, algumas outras questões despontaram em razão da complexidade do tema, contudo não foram objetos de análise por não terem sido elencadas inicialmente, podendo se tornarem objetos de outras pesquisas futuras.

Um destes pontos é a surpreendente contextualização e convergência do direito dos povos indígenas com os direitos humanos no cenário internacional. (ROWEDER, 2010).

Das hipóteses levantadas à pesquisa, como se verifica nas conclusões, nem todas restaram comprovadas.

2 | A FUNAI

Durante o século XIX, imigrantes europeus se enfrentaram com grupos indígenas no sul do Brasil, o que acabou por sofrer um acentuado declínio populacional destes. Alguns políticos estavam convencidos de que o extermínio dos indígenas, tal como ocorrido nos EUA, deveria ser aplicado também no Brasil. Em contraponto, outros defendiam as reservas como “solução” para referidos conflitos. Os enfrentamentos entre “civilização” e “barbárie” foram comentados também na Europa, em especial durante o 16º Congresso Internacional de Americanistas em Viena (PRUTSCH, 2014).

A institucionalização do indigenismo brasileiro teve início com a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN), em 20 de junho de 1910, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio através do Decreto Federal nº 8.072 de 20 de junho de 1910. A criação do SPILTN significou, entre outras coisas, o início do projeto republicano de substituir a catequese religiosa, como forma de incorporar os indígenas no processo civilizatório e engajá-los nas estratégias de promoção do progresso nacional, pela proteção do Estado. (ARAUJO E VERDUM, 2010).

Em janeiro de 1918, em meio à pressão política de setores contrários aos indígenas, que perdia espaço e poder na “administração dos índios”, o SPILTN foi dividido. O setor que cuidava da localização de trabalhadores nacionais foi deslocado para o Serviço de Povoamento do Solo, ficando constituído o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) (ARAUJO E VERDUM, 2010).

Durante o governo de Getúlio Vargas (1930-1945), o SPI passou por três ministérios e teve sua legislação diversas vezes alterada. Três anos após a constituição do SPI, em novembro de 1939, foi criado o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), com a função de “assessorar” o SPI no exercício da sua função de “assistência e proteção aos indígenas (ARAUJO E VERDUM, 2010).

Com o advento da instituição do Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), antropólogos passaram a atuar na formulação de políticas indigenistas para o

SPI, considerando que a integração dos índios com a sociedade era inevitável, porém, que referida integração não deveria ser estimulada, preservando assim a cultura e costumes dos povos indígenas. (O Serviço de Proteção aos Índios (SPI) - [http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-\(spi\)](http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-(spi))).

Embora o SPI tenha sempre contado com importantes figuras que lutaram pelos direitos dos povos indígenas, esta não era a regra. Escasso de recursos (financeiros e humano), referido órgão se viu preenchido por militares e trabalhadores rurais, os quais não possuíam capacidades técnicas para abordagem da proposta a que se destinava o SPI. A falta de capacidade técnica, aliada a diversas denúncias de corrupção culminou no ano de 1960 na criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), a qual concluiu pela suspensão de vários funcionários. Já no ano de 1967, em meio às crises acima referidas e ao início da ditadura, o SPI e o CNPI foram extintos e substituídos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI). (O Serviço de Proteção aos Índios (SPI) - [http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-\(spi\)](http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-(spi))).

Projetada por funcionários do antigo CPI, a FUNAI nasceu com o objetivo de superar as falhas do antigo SPI, porém, a mesma acabou por reproduzir os mesmos impasses existentes no antigo SPI. (A Fundação Nacional do Índio (Funai) - <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/funai>).

A criação da FUNAI, a qual se deu em plena ditadura militar, foi importante mecanismo político, vez que àquela época pretendia-se promover a expansão político-econômica para o interior do País, em especial junto à região amazônica. Assim as políticas dirigidas aos povos indígenas foram prontamente integradas aos planos de defesa nacional; construção de estradas e hidrelétricas; expansão de fazendas para plantações e pecuárias e, extração de minérios. Tanto foi, que a atuação da FUNAI foi mantida em conjunto com os seguintes Conselhos: Conselho de Segurança Nacional (CSN), Plano de Integração Nacional (PIN), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). (A Fundação Nacional do Índio (Funai) - <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/funai>).

Assim, a ação da FUNAI durante o período militar continuou sendo marcada pela perspectiva assimilacionista, a qual o antigo SPI se baseava. Tanto assim, que o Estatuto do Índio, criado pela Lei Federal nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, reafirmou as idéias de integração que o antigo SPI preconizava.

Deste modo, passou-se a deslocar os índios para batalhões de fronteira, aeroportos, colônias, postos indígenas e missões religiosas. Isso com o foco de isolá-los das áreas de interesse estratégico. (A Fundação Nacional do Índio (Funai) - <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/funai>).

Diante de um contexto tão desfavorável, iniciou-se na década de 1970 vários movimentos de proteção aos direitos indígenas, tais como o Centro Ecumênico de

Documentação e Informação (CEDI) e o Núcleo de Direitos Indígenas (NDI). Estas duas últimas se juntaram para fundar o atual Instituto Socioambiental (ISA), tendo mais adiante, na década de 1980 a criação da União das Nações Indígenas (UNI), a qual já não existe mais. (A Fundação Nacional do Índio (Funai) - <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/funai>).

Devido a referidas mobilizações, a Constituição Federal de 1988 acabou por conferir um tratamento inédito aos povos indígenas, rompendo pela primeira vez com a ideia assimilacionista que prevalecia até época, reconhecendo no povo indígena seu direito à diferença a teor do art. 231:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988)

Já na década de 1990, com a extinção do Ministério do Interior e, estando a FUNAI ligada diretamente a referido ministério, parte do governo defendeu seu fim, fato este que criaria grande lacuna no papel de proteção aos direitos indígenas. Assim é que a Fundação Nacional do Índio foi transferida para o Ministério da Justiça, sofrendo grande reforma administrativa no ano de 1991 durante o governo Collor, responsável pelas políticas de regularização fundiária, tendo as questões de saúde, educação, desenvolvimento agrário e meio ambiente sido deslocadas para os respectivos Ministérios. Em 1996, o governo FHC modificou as regras para a demarcação de Terras Indígenas visando destacar a necessidade da participação indígena e o direito a contestação das partes afetadas através do Decreto Federal nº 1775 de 8 de janeiro de 1996. (A Fundação Nacional do Índio (Funai) - <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/funai>).

No ano de 2009 o Decreto presidencial nº 7.056 o qual fora revogado pelo Decreto 7.778 de 27 de julho 2012, o governo Lula reestruturou um plano para a FUNAI a fim de oferecer maior capacidade de atuação onde vivem os povos indígenas. As Administrações Executivas Regionais e Postos Indígenas foram substituídos por Coordenações Técnicas Locais e Regionais, formadas por técnicos qualificados, que passaram a desenvolver ações participativas junto aos povos indígenas envolvidos.

Nesta nova estrutura, o capítulo II do Decreto nº 7.778 descreveu a criação de Conselhos Consultivos, nos quais os índios e as ONGs participam diretamente na gestão das políticas públicas referentes aos assuntos indígenas. Esta nova estrutura pretendia superar os impasses históricos dos órgãos indigenistas oficiais. Entretanto, diversos povos se posicionaram contrários a nova estrutura e reclamaram da falta de consulta prévia, a qual estava prevista na Convenção nº 169 da OIT, a qual foi promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Como visto, diversas foram as alterações administrativas junto aos órgãos responsáveis pela proteção dos direitos indígenas, sem que para isso possamos

observar no decorrer da história a participação efetiva do povo indígena na tomada de decisões.

3 | A CAPACIDADE CIVIL DO ÍNDIO

Antes de atacarmos o cerne do epígrafe, convém destacar que nada temos a falar de capacidade civil se não estivermos tratando de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas.

3.1 A Pessoa e a Personalidade no Direito

Pessoa, para efeito jurídico civil, é sinônimo de “Sujeito de Direito” e este, por seu turno, “é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial” (DINIZ, 2012, p. 129).

Assimilado a esta idéia de pessoa, temos a personalidade jurídica. As pessoas naturais, ou também chamadas de pessoas físicas, adquirem a personalidade e o conjunto de direitos a ela inerentes com o evento “nascimento com vida”, ou seja, basta que uma pessoa nasça viva para que adquira sua personalidade.

3.2 Da Capacidade Civil

Havendo personalidade, estamos aptos a discutir a presença da capacidade civil que é a aptidão para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil (DINIZ, 2012, p. 167), ou seja, é a condição para prática de atos na vida em sociedade, como adquirir e alienar bens, contrair obrigações como empréstimos, responder pelos danos causados a terceiros, etc.

Dito isto, estamos em condições de verificar qual a situação dos índios brasileiros diante da capacidade civil.

De início, como bem pontuou MOURA (2009), pela simples verificação da regra prevista no artigo 12 da Constituição Federal, é inegável que os indígenas nascidos no território brasileiro são brasileiros natos, possuindo todos os direitos civis e políticos como qualquer nacional.

Assim, a questão que se emerge para o debate não é acerca da existência ou não desses direitos de nacionais, que como visto existem, mas sim sobre o livre exercício desses direitos, uma vez que os indígenas são tidos como hipossuficiente por parte da legislação.

O livre exercício desses direitos está diretamente relacionado com a capacidade civil que vínhamos falando.

A capacidade civil pode se dividir em capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício (DINIZ, 2012, p. 168). Assim é perfeitamente

possível que alguém, como um indígena – por exemplo, tenha direitos reconhecidos a si em razão da capacidade de direito ou de gozo, sem que tenha reconhecido o direito de exercer por si mesmo esses direitos, situação que estaria relacionada à capacidade de fato ou de exercício.

Para que as pessoas possam exercer seus direitos e obrigações para além da mera capacidade de gozo é indispensável que reúnam os requisitos exigidos por lei para que possam ter reconhecidas suas capacidades de fato.

3.3 O Silvícola no CC/16

Os requisitos necessários para aquisição da mencionada capacidade de fato se encontram tradicionalmente estampados nos Códigos Civis de cada Estado soberano.

O Código Civil brasileiro que vigorou de 1916 a 2003, chamado simplesmente de CC/16 – Código Civil de 1916 dispunha originalmente em seu artigo 6º inciso III que os indígenas, chamados então pelo código de silvícolas, eram considerados *relativamente incapazes*. Isso significava que para praticarem atos na vida civil da “sociedade-branca” os índios necessitavam ser *assistidos*.

A assistência aqui tratada implica na obrigação dos relativamente incapazes serem acompanhados, supervisionados ou nos termos legais, *assistidos* por algum responsável legal.

Especificava o código, no parágrafo único do art. 6º a seguinte regra: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação” (BRASIL, Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916 – Código Civil de 1916).

Com essa disposição o código confirmava claramente que os indígenas necessitavam da assistência e estariam sujeitos a um regime tutelar, ou seja, a lei definiria um “tutor” para eles.

Com as alterações / correções introduzida no CC/16 pelo Decreto nº 3.725/19 a redação do parágrafo único do artigo 6º passou a vigorar com a seguinte redação: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz (sic)”. (BRASIL, Decreto nº 3.725 de 15 de janeiro de 1919).

A alteração implantada pelo Decreto 3725/19 não trouxe nova ordem de sentido para o que já havia até então, só fez deixar claro, sem dúvidas interpretações, o ideal assimilador integracionista traçado para os indígenas.

Até o final de vigência do Código Civil de 1916 no início de 2003 a situação da capacidade civil dos indígenas, apesar de retrógrada e ultrapassada, era legalmente bem definida, o Código Civil efetivamente regulava esta questão.

3.4 O novo paradigma constitucional

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente chegada da

nova ordem jurídica que abalou e revolucionou muitos setores do Estado brasileiro, inclusive o social, o olhar jurídico-social lançado sobre os indígenas mudou drasticamente. Até então o que prevalecia era o ideal assimilacionista / integracionista do indígena à cultura dominante, tendo este perfil mudado para o ideal de respeito à diversidade e as minorias.

A própria Carta Magna reconhecendo a importância do tema, dedicou seu capítulo VIII apenas para tratar do Índio, conferindo-lhes importantes direitos, como se observa em seu artigo 231.

Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, Constituição Federal de 1988)

Este intrigante dispositivo da Magna carta ao mesmo passo em que reconhece *a organização social* dos índios e lhes confere *os direitos originários sobre as terras que ocupam*, direito esse que para ser exercido individualmente demanda capacidade civil plena por parte dos indígenas, de outro lado consagra o sistema de tutela dos mesmos, atestando que é competência da União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, o que não haveria razão de ser se fossem plenamente capazes.

Ademais, a mencionada nova ordem constitucional trouxe essa nova visão social, de respeito às minorias, para vários setores sendo que, atualmente, existem muitos mecanismos de proteção aos direitos das minorias com uma gama considerável de tratados internacionais assumido pelo Estado brasileiro para assegurarem essa finalidade (MAIA e ROCHA, 2003).

Exemplos que comprovam essa nova ordem social foram as adoções pelo Estado brasileiro da Convenção nº 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais, bem como do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto 592 de 06 de julho de 1992.

O artigo 27 do mencionado pacto internacional dispõe: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.” (BRASIL, Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992). Isso quer nos parece muito apropriado a questão indígena nacional.

Neste sentido, como visto, a Constituição Federal de 1988, conhecida com justa causa como Constituição Cidadã, impôs um novo olhar as questões indígenas que já não se coadunava com o ideal integracionista do antigo CC/16.

Logo, evidente que o novo paradigma constitucional forçou legalmente a readequação do sistema jurídico infraconstitucional que, em parte, se tornou realidade com o advento do Novo Código Civil em 2002, chamado popularmente de novo código

civil ou simplesmente CC/02 – Código Civil de 2002.

3.5 O Novo Código Civil de 2002

Com o advento do Novo Código Civil promulgado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 destituído do ideal integracionista do indígena como outrora passou a respeitá-lo enquanto pessoa e minoria social, ao invés de cooptá-lo.

Assim veio o CC/02 em seu artigo 3º definir aqueles que seriam pelo novo ordenamento civil considerados absolutamente incapaz, ou seja, que só teriam capacidade de direito, e naquele artigo 3º nada tratou sobre a questão dos indígenas.

De se observar que o art. 3º do CC/02 foi revogado em parte pela Lei n. 13.146/2015, extinguindo as figuras dos absolutamente incapazes no Código Cível, restando apenas como absolutamente incapaz os menores de 16 anos.

Em sequência passou a cuidar, já em seu artigo 4º, daqueles que seriam, para o novo código, considerados relativamente incapazes e, surpreendentemente, *não* incluiu os indígenas naquele rol, modificando o regramento até então previsto no antigo código de 1916.

Já no parágrafo único do mesmo artigo 4º o novo código finalmente mencionou os indígenas dizendo: “A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”. (BRASIL, Lei Federal nº 10.406/2002).

Desse breve dispositivo legal, três importantes constatações destacam-se.

A primeira, no que se refere a terminologia empregada, o novo código deixou de adotar o termo “silvícola” como o fazia o CC/16. Isso quer nos parecer de significativa importância ao passo que a terminologia anterior potencialmente soava de forma pejorativa aos indígenas e à sociedade, o que seria contraproducente ao processo de reconhecimento, fortalecimento e proteção às minorias trazido pela CF/88.

A segunda constatação, muito importante, é a verificação de que a regra trazida pelo CC/2002 se amolda, ou ao menos não conflita, com as diretrizes da CF/88 no que tange ao respeito dos indígenas em suas condições natas, sem a intenção de assimilá-los à cultura dominante.

Por derradeiro, a terceira constatação é ainda mais interessante, o novo Código tirou de si a tradicional tarefa de regulamentar a capacidade civil, isso no que tange especificamente aos indígenas.

MOURA (2009) adota posicionamento semelhante ao abordar essa questão, dizendo: “Já o NCC, ao regular a questão da capacidade, esquivou-se de tratar da questão do índio e limitou-se a dizer que a capacidade destes seria objeto de regulação mediante legislação especial (parágrafo único, art. 4º).”

Se o novo Código se esquivou da responsabilidade de regular a capacidade dos indígenas isso significa que o disposto em seu artigo 2º sobre a personalidade, em seu artigo 3º sobre as causas de incapacidade absoluta e mesmo as disposições do artigo 4º sobre as causas de incapacidade relativas não se aplicam de forma alguma aos indígenas?

Moura (2009) entende que sim, argumentado: “Dessa forma, subsume-se que os parâmetros determinativos da capacidade ou incapacidade para os atos da vida civil constantes dos arts. 3º e 4º do NCC aplicam-se apenas ao ‘homem branco’. Pelo NCC não é possível obter qualquer pista de qual seja a capacidade civil dos índios.”

Diante deste cenário, em que pese à coerência do posicionamento adotado por MOURA (2009), quer nos parece que a questão comporta um entendimento diferente daquele, vejamos.

É certo que o CC/02 despachou para lei especial a responsabilidade pela regulamentação da capacidade civil dos indígenas, contudo é igualmente certo que pela regra do art. 12 da CF/88 os indígenas nascidos em solo brasileiro são tidos como brasileiros natos, é certo também que a mesma CF/88 em seu art. 5º estabelece a igualdade entre as pessoas.

Pois bem, diante dessas questões, quer nos parece que as regras acerca da incapacidade absoluta e da incapacidade relativa (arts. 3º e 4º do CC/02) aplicam-se subsidiariamente aos indígenas, porquanto são brasileiros, sendo que a única razão que justifica um regime de especial de fixação da capacidade civil para o índio é a necessidade de tutelá-los em virtude de sua presumida hipossuficiência por consequência da dicotomia cultural que nos separa.

Em outros termos para melhor compreensão, mesmo o parágrafo único do art. 4º do CC/02 tendo delegado à lei específica a responsabilidade pela determinação dos requisitos da capacidade civil do índio, tal lei não poderá fixar situações mais brandas do que as já previstas no CC/02 para os demais brasileiros, sob pena de ferir o princípio constitucional da isonomia, bem como advogar de forma oposta ao que se espera da tutela de proteção especial que deveria considerá-los hipossuficientes.

Daí forçoso reconhecer que a autonomia dada pelo CC/02 para a lei especial regular a capacidade do indígena não é plena, estando minimamente adstrita às regras previstas para as incapacidades absoluta e relativa, razão pela qual entendemos que as regras dos artigos 3º e 4º do CC/02, quanto as causas de incapacidade, aplicam-se subsidiariamente aos indígenas, porquanto são brasileiros.

3.6 Tutela e proteção especial conferida pela lei específica.

Desde o surgimento do novo regramento civil não se teve notícias de que qualquer ato legislativo tenha sido levado a cabo no sentido de regulamentar a regra prevista no parágrafo único do artigo do 4º do CC/02 (MOURA, 2009).

Em razão disso, forçoso reconhecer, ainda que queira parecer desatualizado, impróprio e até mesmo inconstitucional, a Lei especial aplicável a essa situação é a Lei Federal nº 6001/73, denominada Estatuto do Índio.

Concordamos com o entendimento de MOURA (2009), quando sustenta que “com base no princípio *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*, entendemos que o anacrônico ‘Estatuto do Índio’ (Lei n. 6.001/73), ainda que anterior ao código se preste a disciplinar o tema vez que é lei especial ainda em vigor.”

Passando à análise do Estatuto, de pronto cabe consignar que o mesmo remonta ao ano de 1973, anterior, portanto, ao paradigma constitucional trazido pela carta magna em 1988.

Disso resulta que o ideal adotado pelo Estatuto do Índio é declaradamente integracionista, divergindo do ideal trazidos pela nova ordem constitucional.

Tal conclusão emerge da simples leitura do art. 1º do Estatuto que nos informa: “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, *com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.*” Original sem grifo. (BRASIL, Lei 6.001/73)

A análise de diversas partes do Estatuto revela divergências que comportariam investigação científica próprias, razão pela qual nos limitaremos a analisar nosso foco pela compreensão da Capacidade Civil.

Antes de abordarmos a capacidade como prevista na Lei, necessário constar que o Estatuto, pelo seu artigo 4º classifica os índios quanto ao seu grau de integração à chamada *comunhão nacional* em isolados, semi integrados e integrados, sendo reconhecido apenas aos integrados o exercício pleno de seus direitos civis.

Mais adiante, entre os artigos 7º e 11º são estabelecidas as regras do regime de Assistência ou Tutela. A regra prevista no artigo 7º dispõe que o regime tutelar previsto na lei se aplica aos índios não integrados.

Já o disposto no artigo 8º do Estatuto atesta a nulidade dos atos praticados por indígenas não integrados com pessoas estranhas às suas comunidades sem que se tivesse sido assistido pelo órgão competente.

A respeito do órgão competente, considerando que a tutela pertence a União, o órgão responsável, não poderia ser outro, é a FUNAI que instituída pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967 teve definida a competência para exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio. (MOURA, 2009)

Em continuação ao Estatuto, enfim, chegamos à regra do artigo 9º que estabelece as condições de capacidade civil dos índios, vejamos *ipsis literis*.

Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

- I - idade mínima de 21 anos;
- II - conhecimento da língua portuguesa;
- III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
- IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil. (BRASIL, Lei 6.001/73)

Como visto, os requisitos exigidos para que os indígenas possam ser considerados plenamente capazes para prática de atos na vida civil de nossa sociedade são muito

mais restritivos do que aqueles exigidos aos demais brasileiros pelo Código Civil vigente.

O requisito que mais chama a atenção é o previsto pela regra do inciso III do artigo 9º. O índio interessado em ter reconhecida sua plenitude civil, terá que comprovar sua “utilidade” para a comunidade não indígena. Tal requisito quer nos parece inconstitucional diante da atual ideologia de respeito as diversidade e minorias.

Outro ponto interessante é a regra do inciso I que exige idade mínima de 21 anos. Sobre isso se manifestou MOURA (2009) sustentando que com o advento do NCC, esse limite foi reduzido para 18 anos, o limite de 21 anos de seu texto não teria sentido de prevalecer, visto que sua instituição nesse patamar se deu em respeito ao limite existente no CC/16. Novo código, novo limite.

O argumento trazido parece ser bem apropriado, contudo, mantendo o entendimento alinhado com a questão já tratada anteriormente sobre a aplicação subsidiária das regras do CC/02 á capacidade civil dos indígenas, entendemos que a lei especial, visando proteger os índios, pode criar critérios diferentes e até mais rigorosos do que aqueles previstos no CC/02, desde que isso não signifique ofensa aos direitos à diversidade e das minorias como carreados pela CF/88.

Com essa ressalva, cumpre-nos pontuar que a equiparação dos limites etários parece ser a medida mais equânime a ser aplica aos brasileiros sejam indígenas ou não, contudo isso não deve ser feito ao revés da lei, cabendo aos órgãos responsáveis e aos interessados provocar a via legítima do poder legislativo para que procedam aos debates e alterações pertinentes.

Outro ponto, ainda relevante, a questão da capacidade civil do indígena, diz respeito ao reconhecimento desta capacidade.

Pela regra estampada no *caput* e no parágrafo único do artigo 9º do Estatuto do indígena, não basta o preenchimento dos requisitos legais, sendo indispensável a concessão judicial da capacidade, inclusive sendo chamada de “emancipação do índio”. (MOURA, 2009).

Diante disso, podemos concluir que, via de regra, todos os indígenas são formalmente incapazes para prática de atos na vida civil até que tenham sua capacidade reconhecida judicialmente e transcrita no registro civil do interessado.

Segunda conclusão, decorrente da primeira, via de regra, por força da regime tutelar e atribuições legais a FUNAI deverá assistir todos os indígenas até que os mesmos tenham sua “emancipação judicial” concedidas e transcritas no registro civil.

Analisadas por este prisma, estas questões querem nos parece medidas desproporcionais à tutela pretendida, o que acaba por “aprisionar” o indígena interessado em não ser representado ou assistido pela FUNAI, limitando sua autonomia.

Ademais, diante da regra trazia pelo artigo 232 da CF/88, garantindo aos indígenas legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, esse excesso de cautela atribuída ao regime tutelar destoa do comando constitucional.

Em razão dessa falta de sincronia entre o Estatuto do Índio com o comando constitucional é que ROESLER (2010) defende a idéia de que a capacidade civil dos indígenas deve ser considerada em sintonia com os preceitos constitucionais e da convenção nº 169 da OIT, desprezando os regramentos do Estatuto do Índio.

Ao tratarem da necessidade de revisão do Estatuto, ARAUJO, et al (2006), afirmam ser um grande absurdo que em pleno século XXI os índios ainda sejam vistos como cidadãos não plenamente capazes de determinarem as suas próprias vontades, um órgão de Estado sendo o seu tutor e encarregado de intermediar as relações de contato em que já se encontram envolvidos.

Esse entendimento vem ao encontro do que foi decidido pelos próprios indígenas na Conferência dos povos indígenas realizada em 2006, quando exigem plena participação na tomada de decisões em todos os níveis, em relação aos assuntos que afetem seus direitos, vida e destino, conforme consta às fls. 11 do documento final da conferência.

Diante de tamanho descompasso entre as regras ainda em vigor no Estatuto dos Índios e a necessidade de amparo legal coerente dos interessados, não há razões moralmente aceitáveis para que o Projeto de Lei nº 2057/1991 que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas e tende a ser adequado a ordem constitucional de respeito às diversidades e às minorias, não tenha sido votado e aprovado mesmo tendo decorrido mais de 20 (vinte) anos de sua propositura.

Por fim, encerrando este tópico, é imprescindível constar rapidamente algumas considerações sobre a natureza jurídica da tutela exercida pela FUNAI.

Dispõe a regra do parágrafo primeiro do artigo 7º do Estatuto vigente que ao regime tutelar estabelecido na Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.(BRASIL, Lei 6.001/73)

Sobre isso, MOURA (2009) comenta que “esse regime tutelar estabelecido pela lei não pode ser confundido com o instituto da “tutela” constante no Código Civil, uma vez que nele não há previsão para o caso indígena. A “tutela do índio” está muito mais a significar a proteção genérica daquele que a lei considera mais fraco”. Tal posicionamento nos parece muito pertinente, sobretudo sob o argumento técnico de que a “tutela” prevista no Código Civil não faz previsão alguma ao caso dos indígenas.

Disso, quer nos parece que, uma vez que os institutos da tutela civil e da tutela indígena não são os mesmos, não haver a possibilidade jurídica de exigir do órgão tutor reparação por danos que tenha causado aos interesses dos tutelados, não ao menos pelos mecanismos da tutela tradicional previstas no código civil. A reforçar nosso entendimento, o disposto no parágrafo primeiro, *in fine*, do art. 7º do Estatuto dispensando o órgão tutor da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória para o exercício da tutela.

4 | A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ÍNDIO

Quando falamos de crime, importante salientar que atualmente duas são as correntes que tentam explicar seu conceito, por meio da análise das características ou elementos que compõem a infração penal, uma pela concepção tripartida e outra bipartida, as quais divergem quanto a essencialidade da culpabilidade na conceituação de crime.

Para os adeptos da concepção tripartida, será crime todo fato que for típico (descrição em norma incriminadora - Código Penal ou lei esparsa), antijurídico (ilícito, contrário ao ordenamento jurídico - aquilo que é repudiado pela sociedade, desde que se enquadre no fato típico) e culpável (passível de aplicação de pena). Já para aqueles que são adeptos da teoria da bipartição, basta que o fato seja típico e antijurídico para ser considerado crime, excluindo a culpabilidade dos elementos característicos do conceito de crime, pois, para eles, a culpabilidade seria mero pressuposto de aplicação da pena.

A fim de instruímos o presente trabalho, e analisar a (in)possibilidade de responsabilização do índio, adotaremos a corrente tripartida, dominante na doutrina, nacional e estrangeira, entendendo que é na culpabilidade que podemos melhor analisar a responsabilidade ou não do povo indígena, pois consiste no juízo de reprovabilidade que incide sobre a conduta típica e ilícita.

Para que um crime possa ser considerado culpável e seu agente punido, depreende-se do Código Penal (CP) que esse agente, ao tempo do fato, deverá: ser imputável, ter tido potencial consciência da ilicitude que cometeu e ter podido agir de forma diversa da que efetivamente agiu (exigibilidade de conduta diversa) (CAPEZ, 2006).

Abaixo passemos a análise de cada elemento da culpabilidade, concebidos pela teoria finalista da ação, adotada pelo Código Penal Brasileiro.

a) A imputabilidade: é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente (GRECO, 2015). Compreende a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle de sua vontade (CAPEZ, 2006).

A regra é a imputabilidade, que se aplica a todos os maiores de 18 anos, os quais poderão ser responsabilizados pela prática de um fato típico e ilícito. Excetuam-se, contudo, as situações previstas nos arts. 26, 27 e 28, § 1º, do Código Penal, que estabelecem hipóteses de exclusão da culpabilidade, ou seja, levam o autor do fato à condição de inimputável, sendo estas, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Sem mencionar a inimputabilidade natural prevista aos menores de dezoito anos, decorrente de presunção normativa da imaturidade destes.

b) Potencial consciência da ilicitude: Para a determinação deste elemento da culpabilidade o que importa é investigar se o sujeito, ao praticar o crime, tinha possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e os costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores. (CAPEZ, 2006). Deve haver a “possibilidade concreta” do indivíduo conhecer a ilicitude do fato, em determinado caso, ou, ainda, a possibilidade de entender o caráter criminoso deste.

Aqui talvez resida um dos maiores problemas quando tratamos de responsabilização do índio em matéria criminal, em especial quando falamos de crimes ambientais, pelo fato do povo indígena valer-se da extração da flora, bem como da caça, atividades estas inerentes a sua cultura, sendo, portanto, imprescindível aferir o grau de adaptação social do índio ao ordenamento jurídico brasileiro.

c) Exigibilidade de conduta diversa: trata da possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana (GRECO, 2015). Se por ventura as circunstâncias que nortearam o fato típico e antijurídico não permitiam que o agente agisse de outra forma, então o fato não poderá ser considerado culpável. Assim, o agente só será considerado culpado se à época dos fatos pudesse ter agido de modo diverso daquele que originou o crime.

Entretanto, aqui, como na imputabilidade, há certas condições que excepcionam a regra, excluindo, neste caso, a exigibilidade de uma conduta conforme o Direito, quando o fato for cometido mediante coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, conforme previsão do art. 22 do Código Penal.

4.1 (In)Possibilidade de punição do indígena

Como citado anteriormente, o desenvolvimento mental incompleto é uma das causas de excludentes da imputabilidade penal. Entretanto, verificamos que o índio, em regra, pode ser considerado com um desenvolvimento mental completo, dentro do limite do entendimento de seu cotidiano, não possuindo um desenvolvimento mental incompleto. O que ocorre por vezes é que o índio não integrado ou aquele que não possui uma convivência social com os chamados homens “brancos” tem um desenvolvimento de forma insuficiente, mas aqui se entenda aquele necessário ao cotidiano do “homem branco”. Desta situação é que, em regra, presume-se haver por parte dos indígenas um desenvolvimento mental acima do incompleto, mas abaixo do tido como “homem médio”, fato este que o impediria de compreender a natureza de ilicitude de seus atos perante a sociedade “branca”.

Notório que o índio, com o passar do tempo e convívio junto à comunidade “branca” passa a adquirir a consciência do que é “legal” ou “ilegal” dentro de uma

sociedade específica.

Entretanto, para a verificação da imputabilidade penal do índio não é necessário observar se este mantém contato diário ou esporádico com membros da sociedade “civilizada”, mas tão somente se o indígena era capaz de entender, à época dos fatos, o caráter ilícito de sua conduta, ou seja, se o índio estaria adaptado àquele meio social a ponto de ter conhecimento, ainda que potencial, sobre a ilegalidade do fato.

Já no caso de eventual condenação criminal de um indígena, o estatuto do índio no art. 56, estabelece que a pena deste, deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Evidente que referida atenuação deverá levar em consideração o grau de integração deste indígena com a sociedade “branca”. A corroborar o entendimento legislativo brasileiro, a Resolução n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) prescreve que na aplicação de sanções penais, o juiz deverá observar as características econômicas, sociais e culturais dos indígenas.

Assim, extrai-se das normas acima mencionadas que, para estabelecer a imputabilidade penal do índio é necessário verificar qual seu grau de interação com a sociedade “branca”, para verificar se no momento do fato este era capaz de discernir se o fato, dentro daquela sociedade, era ou não ilícito. Na prática, isso deverá ser obtido mediante perícia, que atestará o nível de integração do indígena ou, na impossibilidade desta, através de outras provas hábeis.

Importante observar que todo o procedimento para verificação da imputabilidade deve atender a Resolução n. 169 da OIT, que impõe que as autoridades e os tribunais, para se manifestarem sobre a imputabilidade penal do índio deverão considerar os costumes destes a respeito do assunto. Para entendimento da questão da culpabilidade, mister se faz, que, além de imputável, o agente tivesse a potencial consciência da violação a norma, e, que sua conduta não pudesse ter sido outra que não a violação da norma.

Deste modo, podemos observar que no caso do ilícito ter sido cometido por indígenas, a análise do elemento “potencial consciência da ilicitude” do fato já é feita quando da análise da questão da imputabilidade.

Para a análise da consciência do agente (índio) sobre a ilicitude do fato estar completa, é preciso definir se as condicionantes culturais e sociais deste o impediriam de ter conduta diversa, ou seja, se conhecedor da ilicitude, o índio poderia ter agido de forma contrária. No caso de condenação deste, dever-se-á dar preferência a penas diversas da reclusão. Caso não seja possível, as penas de reclusão ou detenção deverão ser cumpridas, caso permitido, em regime especial no semiaberto.

Prevê a legislação penal brasileira ainda, em caso de condenação, a possibilidade excepcional de redução da pena, caso se constate a semi-imputabilidade, ou seja, quando se verifique que o agente, ao tempo da conduta, não inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (CP, art. 26, parágrafo único). A comprovação do grau de entendimento do caráter

ilícito do fato praticado deverá ser comprovado, como já declinado.

Deste modo, podemos observar pelo acima exposto que, em se tratando de responsabilidade penal, o índio pode ser punido. Embora a análise de sua culpabilidade, dependerá, necessariamente, de um juízo de valores a ser exercido sobre sua imputabilidade. Assim, se no momento do fato o índio não possuir plena capacidade cognitiva da ilicitude daquele fato, entendemos que para efeitos penais ele deverá ser considerado inimputável.

5 | CONCLUSÕES

Ao longo da pesquisa pudemos observar as inúmeras variáveis que se apresentaram ao debate sobre a capacidade civil, a imputabilidade penal e a participação da FUNAI.

Resgatando nossas hipóteses de pesquisa, agora em saldo de averiguação, temos o seguinte resultado.

Com relação a primeira hipótese, H1- Se o indígena demonstrar condições mínimas para a prática de atos na vida civil, tais como faixa etária compatível (de acordo com o Código Civil), domínio do vernáculo, condições psíquicas e ausência de vícios, então será plena e automaticamente capaz para prática de atos civis. Pudemos verificar que a mesma não se comprovou, pois com a confusa vigência do Estatuto do Índio em conflito com outras normas, a comprovação da capacidade civil do mesmo ainda depende de formal decisão judicial com a anotação desta “emancipação” no assento civil do índio.

Com relação às hipóteses 2 e 3: H2 - Se o indígena optar pelo convívio social e for plenamente capaz de compreender a ilicitude do fato e de se autodeterminar com relação a esse entendimento, então será penalmente imputável. H3 - Se o indígena optar pelo convívio social e for parcialmente capaz de compreender a ilicitude do fato e de se autodeterminar com relação a esse entendimento, então será parcialmente imputável. Constatamos que ambas as hipóteses se demonstraram quase que integralmente comprovadas. A imputabilidade ou semi-imputabilidade do indígena está diretamente relacionada a sua capacidade de compreensão da ilicitude do fato, da possibilidade de se autodeterminar com relação a ele, não sendo exigido a comprovação de que o mesmo tenha optado pelo convívio social dito “branco”.

Com relação a hipótese 4, H4 - Se o indígena não optar pelo convívio social, mantendo-se adstrito ao seu próprio *modus vivendi* de acordo com a cultura de seu povo, então será inimputável, ainda que tenha o discernimento quanto a ilicitude do fato na nossa cultura. Essa hipótese não se comprovou, pois, como visto a imputabilidade não está relacionada a escolha de qual sociedade o indígena optará em viver, mas sim com relação ao seu potencial de discernimento da ilicitude e sua possibilidade de se autodeterminar com relação a esse discernimento. No caso da

hipótese, tendo o indígena real conhecimento da ilicitude e tendo a opção de não realizar o ato e mesmo assim o pratica, será imputável. Entretanto, restou a dúvida não investigada se haveria interesse do Estado nessa persecução penal, vez que talvez a pena eventualmente imposta a este infrator não tivesse revestida de todas suas finalidades, sendo, portando, desnecessária.

Por fim, com relação a última hipótese, H5 - Tendo a FUNAI a missão legal e/ou institucional de tutelar os indígenas, então as questões da capacidade civil dos índios são irrelevantes, bem como há responsabilidades que recaem sobre a FUNAI no exercício da tutela assumida. Esta hipótese também não se comprovou, uma vez que vimos que o Estatuto do Índio prevê a possibilidade de “emancipação” do Indígena, que estaria neste caso imune ao regime tutelar. Ademais, com relação as responsabilidades da FUNAI diante do encargo assumido, pudemos perceber que essa responsabilidade é muito diferente daquela prevista no direito civil comum para casos de tutela, não se confundindo a tutela civil com a tutela indígena prevista no Estatuto do Índio.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria, et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BRASIL, Congresso Nacional - Projeto de Lei (PL) 2057/1991 - Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas.

_____, Constituição Federal de 1988.

_____, Decreto nº 5.051 de 19 de Abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da OIT sobre o Direito dos Povos indígenas e Tribais.

_____, Decreto nº 3.725 de 15 de janeiro de 1919. Faz diversas correções no Código Civil e manda fazer do Código corrigido uma edição de cinco mil exemplares.

_____, Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992 – Promulga o pacto internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos.

_____, Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910. Cria o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais e aprova o respectivo regulamento (sic).

_____, Decreto-Lei nº 3.454, de 6 de janeiro de 1918. Fixa a Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1918 (sic).

_____, Decreto nº 1.794, de 22 de novembro de 1939. Cria, no Ministério da Agricultura, o Conselho Nacional de Proteção aos Índios e dá outras providências.

_____, Decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

_____, Decreto nº 7.056 de 28 de dezembro de 2009. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, e dá

outras providências.

_____, Decreto nº 7.778 de 27 de julho de 2012. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Nacional do Índio.

_____, Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Promulga o Código Civil de 1916.

_____, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Promulga o Código Civil Brasileiro.

_____, Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973 – Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. v.1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena de. **Código Civil Anotado**. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUNAI - Fundação Nacional do Índio. Conferência Nacional dos Povos Indígenas, em 12 a 19 de abril de 2006, Brasília - D.F. - Documento Final. Brasília: FUNAI/CGDTI, 2006.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

_____, **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MAIA, Luciano Mariz e ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **A proteção das minorias no direito brasileiro**. Série cadernos do CEJ; v. 24, p. 60-84, Seminário Internacional as minorias e o direito. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. Brasília: CJP, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários a Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, **Manual de Direito Penal**, volume 1: parte geral, arts 1º a 120 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Márzio Ricardo Gonçalves de. **Uma análise atual da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 70-76, abr./jun. 2009.

ROESLER, Átila Da Rold. **Aspectos atuais da capacidade civil dos índios**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2620, 3 set. 2010.

ROWEDER, Rainer Jerônimo. **A proteção do direito dos povos indígenas no Brasil: Uma relação necessária com os direitos humanos internacionais**. Revista do CAAP, 2010 (1), Belo Horizonte, p.209-225, jan-jun 2010.

POR QUE AS INSTITUIÇÕES IMPORTAM?

**Thiago Augusto de Oliveira Marinho
Ferreira**

Centro Universitário UNIC
Cuiabá – Mato Grosso

Carolina Galvão Peres

Centro Universitário UNIC
Cuiabá – Mato Grosso

Francisco Luis Bohns Ribeiro

Centro Universitário UNIC
Cuiabá – Mato Grosso

Iris Dias Gonçalves

Centro Universitário UNIC
Cuiabá – Mato Grosso

João Alves de Resende Junior

Centro Universitário UNIC
Cuiabá – Mato Grosso

Luciano Silva Alves

Centro Universitário UNIC
Cuiabá – Mato Grosso

Robson Silva Salustiano

Centro Universitário UNIC
Cuiabá – Mato Grosso

RESUMO: O presente ensaio tem por objetivo discutir a abordagem institucional, seu surgimento a partir da teoria da escolha racional e sua utilização na explicação das principais instituições/objeto de estudo da Ciência Política, quais sejam: os países e suas relações

internacionais, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Escolha Racional. Neo-Institucionalismo. Instituições Específicas.

WHY DO INSTITUTIONS MATTER?

ABSTRACT: This essay aims to discuss the institutional approach, its emergence from the theory of rational choice and its use in explaining the main institutions / object of study of Political Science, namely: countries and their international relations, the judiciary, the Legislative and the Executive.

KEYWORDS: Rational choice. Neo-Institutionalism. Specific Institutions.

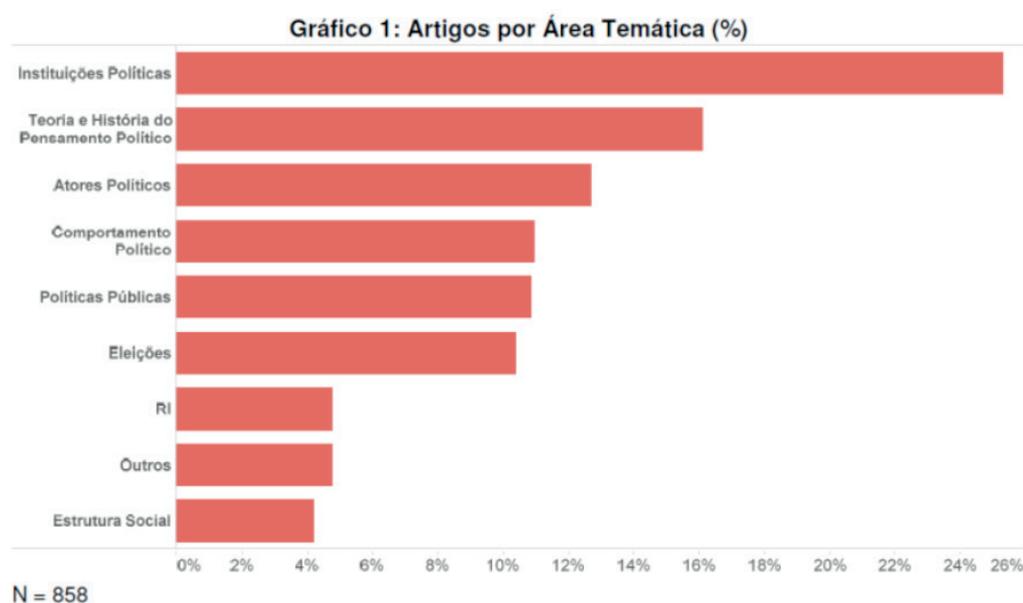
1 | INTRODUÇÃO

Uma das teorias que vem sendo amplamente utilizada no entendimento dos processos sociais é a chamada “Teoria Institucional”, também denominada “neo-institucionalista”. Essa abordagem vem sendo empregada há algum tempo na Sociologia, Ciência Política e Economia (FRANÇA, 2009). Para ser mais preciso, o paradigma neo-institucional, atualmente, é hegemônico na Ciência Política.

E esta não é apenas uma impressão

gerada pelas recorrentes declarações de adesão aos seus postulados básicos, que podem ser encontradas ou na introdução ou nas seções teóricas de livros e artigos científicos (PERES, 2008). Sua hegemonia pode ser objetiva e estatisticamente constatada pelo exame dos temas abordados, da metodologia empregada e das premissas adotadas por diversos investigadores nos artigos publicados nos principais periódicos nacionais e internacionais (RIBA, 1996).

Para se ilustrar o que aqui se afirma é possível citar o trabalho de Oliveira (2014), apresentado no 9º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP, que busca dimensionar a presença do estudo das instituições na produção acadêmica da Ciência Política brasileira. Nos 45 anos cobertos pela referida pesquisa, os trabalhos publicados nas revistas selecionadas pela autora – e que se enquadram nos critérios de seleção – correspondem ao total de 858 artigos. Com efeito, o Gráfico abaixo apresenta como esses artigos estão distribuídos entre as grandes áreas temáticas.



Fonte: OLIVEIRA (2014)

De acordo com o gráfico acima, do total da produção analisada no período, pode-se dizer que a ciência política brasileira dedicou-se basicamente ao estudo de seis grandes áreas: instituições políticas, teoria e história do pensamento político, atores políticos, comportamento político, políticas públicas e eleições. As demais áreas são residuais, aparecendo em menos de 5% dos trabalhos: relações internacionais, estrutura social e outros.

O grande destaque é justamente o estudo das instituições políticas, que predomina na produção da ciência política brasileira. Segundo o estudo, ocupa cerca de 1/4 dos trabalhos publicados. O que reforça as impressões iniciais sobre a hegemonia deste eixo de pesquisa na Ciência Política, ao mesmo tempo que desperta o seguinte questionamento: Por que as instituições importam?

Este é o ponto de partida do presente ensaio que, obviamente, não tem a pretensão de esgotar o assunto mas, sobretudo, discutir a abordagem institucional,

seu surgimento a partir da teoria da escolha racional e sua utilização na explicação das principais instituições/objeto de estudo da Ciência Política, quais sejam: os países e suas relações internacionais, o Judiciário, o Legislativo, o Executivo.

2 | POR QUE AS INSTITUIÇÕES IMPORTAM?

Durante as décadas de 1960 e 1970, a variável instituição foi marginalizada na ciência política americana em função da sua trivial associação ao conhecimento jurídico-formal, retrospectivamente batizado de velho institucionalismo (ou behaviorismo), o qual fora duramente criticado posteriormente em virtude do seu caráter meramente descritivo, a-teórico e paroquial. Análises orientadas por variáveis sociológicas conquistavam mais estudiosos na medida em que ampliavam as possibilidades de generalização, dedução e comparação.

Especificamente, e no contexto do movimento behaviorista, instituições eram vistas como uma anátema para a lógica indutiva, para a quantificação e, finalmente, teorização. Então, o foco sobre as instituições foi criticado como contrário à boa ciência política, e, até mesmo, contrário ao estudo científico da política (NASCIMENTO, 2009).

Diante desta crise do behaviorismo, aliada à emergência, a partir dos anos de 1950, da análise econômica dos fenômenos políticos sob a ótica dos paradoxos das decisões coletivas, é possível dizer que houve uma “revolução neoinstitucional”, a qual se consubstanciou em um movimento concebido a partir das críticas e da rejeição do paradigma até então dominante, o comportamentalismo, de uma parte, e, de outra, a partir da incorporação, de certo modo, crítica, da abordagem econômica à análise do problema político.

Na verdade, o retorno das instituições, nos moldes adotados pelos neoinstitucionalistas da política, somente pode fazer sentido no contexto do individualismo metodológico da Economia. Isso porque, com esse enfoque, que concebeu um mundo sem instituições e, por isso mesmo, tenebroso, onde decisões nunca são tomadas e a coletividade jamais chega a alguma vontade majoritária estável – ou, então, prevalecendo apenas a vontade de um ditador, torna-se ainda mais evidente a força e a importância das instituições como variáveis determinantes das decisões minimamente justas e estáveis (PERES, 2008).

Nesse ponto, cabe destacar a posição de George Tsebelis (1998) ao afirmar que a abordagem da escolha racional busca se concentrar nas “coerções” impostas aos atores racionais. Coerções estas que, segundo o autor, são “as instituições de uma sociedade”. Embora esta afirmação se mostre um tanto quanto controversa, Tsebelis (1998) explica que

A razão desse paradoxo é simples: assume-se que a ação individual é uma adaptação ótima a um ambiente institucional e se sustenta que a interação entre os

indivíduos é uma resposta otimizada na relação recíproca entre ambos. Assim, as instituições predominantes (as regras do jogo) determinam o comportamento dos atores, os quais, por sua vez, produzem resultados políticos ou sociais.

Assim, é possível notar que mesmo sob o enfoque da escolha racional, os resultados são explicados como as escolhas ótimas dos atores numa dada situação. Para tanto, uma explicação bem-sucedida de escolha racional não pode prescindir de descrever as instituições dominantes (regras dos jogo) e o contexto no qual os atores operam.

Nesse sentido, o institucionalismo vem a se distinguir de outros paradigmas intelectuais, especialmente as ortodoxias do individualismo metodológico, ao apontar para a necessidade de se levar em conta, a fim de se compreender a ação dos indivíduos e suas manifestações coletivas, as mediações entre as estruturas sociais e os comportamentos individuais. Essas mediações são precisamente as instituições (THÉRET, 2003).

Conseqüentemente, a centralidade das instituições para os resultados políticos ganha força na ciência política, sobretudo nos Estados Unidos. Ao analisar a produção da ciência política norte-americana, Pierson (2007) chama atenção para o fato de que os pesquisadores da área de política americana estão fortemente concentrados nos estudos das instituições políticas, principalmente o Congresso e a Presidência. Para a política comparada, Munck e Snyder (2007) analisaram os principais periódicos da área e verificaram que ali também as instituições democráticas são temas privilegiados, predominando em metade dos artigos.

Uma expressiva parte da literatura voltou o foco de análise para os efeitos que as instituições políticas (sistema de governo, sistema eleitoral, sistema de organização do Estado, sistema partidário, entre outras) exercem sobre o desenvolvimento econômico e, mais ainda, sobre a manutenção ou a ruptura da democracia. De um modo geral, o que se busca é atribuir efeitos causais às instituições.

No entanto, existe um fator limitador: instituições políticas são endógenas. Isso significa dizer que suas características e seu funcionamento estão assentados sobre as condições nas quais elas surgem, o que impossibilita identificar se os efeitos se devem às instituições ou à conjuntura na qual se originaram. Em face desse caráter endógeno, alguns estudiosos desviaram a atenção dos efeitos das instituições para se debruçar sobre outras questões, como as relações existentes entre as instituições, quais instituições de fato importam, e, sobretudo, por que certas instituições existem em determinados contextos e não em outros. Essa última questão envolve os estudos sobre as escolhas institucionais, ou ainda, sobre a origem ou a mudança institucional, que visa criar possibilidades para a teoria institucional (PRZEWORSKI, 2005).

De todo modo, o desenvolvimento desses estudos vem trazendo importantes contribuições para o entendimento do funcionamento e dos efeitos das instituições políticas. Adiante, serão abordados alguns temas pelos quais o neoinstitucionalismo

tem permeado.

2.1 Os países e suas relações internacionais

No estudo que realizou sobre os governos regionais italianos, Robert Putnam (1996) procurou avaliar o desempenho institucional do país por meio de três critérios: (i) a continuidade administrativa; (ii) as deliberações sobre as políticas e; (iii) a implementação das políticas. A premissa que orientou sua pesquisa é a de que a eficácia de uma instituição depende, sobretudo, de sua capacidade de bem conduzir seus negócios internos.

Na definição metodológica de seu trabalho, o autor considerou como variável independente as instituições. Onde buscou observar empiricamente como a mudança institucional influencia a identidade, o poder e a estratégia dos atores políticos. Ao passo que, como variável dependente, considerou como o desempenho institucional é condicionado pela história.

Trabalho semelhante é retratado por Daron Acemoglu e James Robinson (2012) no *best-seller* “Por quê as nações fracassam?”, em que defendem que as diferenças econômicas e sociais que separam os países ricos dos países pobres tem origem nas diferenças institucionais de cada um. Segundo os autores

Nossa teoria procurou alcançar esse objetivo atuando em dois níveis. O primeiro é a distinção entre instituições econômicas e políticas extrativistas e inclusivas. O segundo é nossa explicação de por quê as instituições inclusivas surgiram em determinadas regiões do mundo, mas não em outras. Enquanto o primeiro nível de nossa teoria trata de uma interpretação institucional da história, o segundo trata de como esta molda os percursos institucionais das nações.

Noutro giro, vemos novamente as instituições dentre os fatores explicativos. Agora, nas relações internacionais entre os países. Consoante defendido por Putnam (2010), *A política doméstica e as relações internacionais estão sempre entrelaçadas*, para tanto, a fim de oferecer uma abordagem teórica de quando e como uma [política doméstica] é influenciada pela outra [relações internacionais] ele assevera que um dos fatores determinantes do conjunto de vitórias de negociações internacionais é, justamente, as instituições. Para ele

Os procedimentos de ratificação claramente afetam o tamanho do conjunto de vitórias. Por exemplo, se dois terços dos votos são necessários para a ratificação, o conjunto de vitórias quase com certeza será menor do que no caso de uma simples maioria ser necessária. Como um observador experiente notou, “Sob as regras da Constituição, trinta e quatro de 100 senadores podem bloquear a ratificação de qualquer tratado. Esse é um aspecto infeliz e único de nossa democracia. Devido ao poder efetivo de veto de um pequeno grupo, muitos acordos valiosos foram rejeitados e muitos não são nem sequer considerados para ratificação” (CARTER, 1982, p. 225). Como assinalado anteriormente, a separação de poderes nos Estados Unidos impõe uma restrição mais rígida sobre o conjunto de vitórias estadunidense do que em vários outros países. Isso aumenta o poder de barganha de negociadores norte-americanos, mas também reduz o escopo da cooperação internacional. Tal situação eleva as probabilidades de defecção involuntária e torna

2.2 O Judiciário

No judiciário, as discussões se encontram inseridas dentro do contexto do papel das instituições judiciárias no processo político, o qual tem sido alvo de análises e interpretações por parte da ciência política. Essa crescente atenção para a interseção entre a política e o direito é decorrente de um fenômeno histórico característico das sociedades ocidentais, a saber: a crescente influência do poder judiciário na formação das políticas públicas, bem como a proteção de direitos individuais e coletivos.

Nesta vertente, o trabalho de Vitor Marchetti e Rafael Cortez (2009), em que os autores propõem discutir a judicialização no que diz respeito à definição das regras da competição político-eleitoral. Para isso, analisam a decisão do TSE (Tribunal Superior Eleitoral) referente à regulamentação das coligações eleitorais, no que ficou conhecido na agenda pública como “verticalização” das coligações. O argumento apresentado é que

O entendimento acerca da influência do direito na dinâmica dos sistemas políticos supõe uma noção mais ampla sobre o lócus e o momento em que ocorre a interferência do poder judiciário no funcionamento das democracias contemporâneas. Em outros termos, argumentamos que a judicialização da política não ocorre necessariamente no resultado final do processo, mas pode ocorrer no momento da definição das regras do jogo que constrangerão atores nas disputas políticas (FEREJOHN, 2002)

Nesse sentido, intentam demonstrar como o TSE, com sua interpretação da legislação, mudou o padrão de competição eleitoral do Brasil no que diz respeito à dimensão das coligações eleitorais. De modo que, a interpretação do TSE acerca da verticalização das coligações eleitorais resultou na aprovação de uma emenda constitucional por parte dos parlamentares com objetivo de restringir a influência do TSE na definição das regras do jogo político-partidário.

2.3 O Legislativo

No campo legislativo, tem-se o mais frutífero referencial empírico do neoinstitucionalismo. Tanto que, de acordo com as pesquisas feitas por Oliveira (2014)

Existe uma forte concentração em duas subáreas: os estudos sobre o legislativo – bem como sua relação com o executivo – e os estudos sobre os partidos políticos e os sistemas partidários correspondem a quase 50% do total de artigos sobre instituições políticas. O restante da produção está distribuído entre as demais subáreas: federalismo, judiciário, democracia, executivo, presidencialismo, sistema eleitoral, ruptura e transição de regime e constituição.

Com efeito, podemos citar os estudos realizados por Fernando Limongi, retratados aqui em seu artigo: “O Novo Institucionalismo e os Estudos Legislativos – A

Literatura Norte-americana Recente” (1994), em que o autor busca fazer um resgate da origem do neoinstitucionalismo e, em seguida, procura apresentar as três grandes correntes em que o movimento veio a se dividir, quanto ao estudo sobre o Legislativo. Segundo ele

A primeira destas, e em verdade a dominante, é a chamada versão distributivista. Para autores identificados com esta corrente, congressistas guiados pela lógica eleitoral estarão interessados, quase que exclusivamente, em aprovar políticas de cunho clientelista. Do ponto de vista institucional, a questão está em saber como isto é possível. Como se verá, para este argumento as instituições desempenham papel central, possibilitando que os congressistas sejam capazes de atender suas clientelas.

Recentemente, a hegemonia da explicação distributivista foi sacudida por duas dissidências no interior do movimento. A primeira delas consolidou-se na chamada versão informacional. Para esta versão, as instituições devem atender a necessidade do Poder Legislativo de decidir com base no maior volume de informação disponível. O Congresso, portanto, deve ser capaz de motivar os congressistas para que eles se tornem especialistas em certas áreas políticas e, o que é mais difícil, para que usem as informações de que dispõem de maneira benéfica para todos.

A terceira versão a ser aqui tratada é a partidária. Para as duas versões resumidas acima, os partidos não contam. Contam apenas os interesses individuais dos congressistas. A versão partidária questiona esta premissa e chama a atenção para a importância dos partidos como elementos estruturadores da atividade legislativa. Em especial, as instituições próprias ao Congresso norte-americano são analisadas a partir do ponto de vista partidário e, desta forma, vistas como expressão e forma do controle dos partidos sobre a atividade legislativa.

2.4 O Executivo

Como já demonstrado acima, dentro da abordagem institucional, os estudos sobre o Legislativo são preponderantes na Ciência Política. Todavia, é importante destacar trabalhos seminais que visam justamente deslocar o foco da atuação e desempenho externo do Executivo na sua relação com o Legislativo para a política intra-executiva, isto é, o funcionamento interno das estruturas de poder no Executivo.

Dentro deste contexto, podemos citar os trabalhos de Octavio Amorim Neto (2006) e Mariana Batista (2013). O primeiro tem por objetivos primordiais: analisar sistematicamente o nexos entre as estratégias decisórias dos presidentes e os padrões de formação dos gabinetes nas Américas; e identificar os efeitos dos atributos das formações ministeriais sobre sua estabilidade e algumas de suas decisões macroeconômicas. O segundo, por sua vez, busca elencar – a partir da identificação da autoria das iniciativas legislativas do Executivo – os fatores que influenciam o Presidente a delegar decisões legislativas para os ministérios ou centralizar as decisões na Presidência.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pesem os argumentos aqui debatidos acerca da abordagem institucional,

há que se reconhecer que não encerram em si mesmos o questionamento que norteou o presente ensaio. Todavia, restou demonstrado, sem sombra de dúvidas, que as instituições afetam o comportamento dos indivíduos. Para tanto, de acordo com Fernando Limongi (1994) o que esta literatura sugere é que as regras, leis, procedimentos, normas, arranjos institucionais e organizacionais implicam a existência de constrangimentos e limites ao comportamento. Em última análise, estes constrangimentos e limites acabam por explicar os próprios resultados do comportamento. Não significa um mero retorno às raízes clássicas, mas um esforço para encontrar novas respostas para antigas questões sobre como as escolhas sociais são moldadas, mediadas e canalizadas por arranjos institucionais.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- AMORIM NETO, Octavio. **Presidencialismo e Governabilidade nas Américas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BATISTA, Mariana. **O poder no Executivo: uma análise do papel da Presidência e dos Ministérios no presidencialismo de coalizão brasileiro (1995-2010)**. Opin. Publica, Campinas, v. 19, n. 2, Nov. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762013000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27.08.2019.
- FRANÇA, Andressa Silvério Terra. **Talcott Parsons: apontamentos para uma análise institucional**. In: Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas. v. 10, n. 97, p. 181-204 (2009). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/1984-9851.2009v10n97p181>>. Acesso em: 27.08.2019.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- LIMONGI, Fernando. **O Novo Institucionalismo e os Estudos Legislativos: a literatura americana recente**. BIB, Rio de Janeiro, n. 37, p. 3-38, 1º sem. 1994.
- MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. **A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais**. Opinião Pública, Campinas, v. 15, n. 2, Nov. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010462762009000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27.08.2019.
- MUNCK, G. L.; SNYDER, R. (2007a). **Debating the Direction of Comparative Politics: An Analysis of Leading Journals**. In: Comparative Political Studies, vol. 40, nº 1, pp. 5-31.
- NASCIMENTO, Emerson Oliveira do. **Os Novos Institucionalismos na Ciência Política Contemporânea e sua Integração Teórica**. Revista Brasileira de Ciência Política (Impresso), v. 01, p. 95-121, 2009.
- OLIVEIRA, Lilian. **O estudo de instituições políticas na ciência política brasileira: uma análise da produção acadêmica (1966-2013)**. In: IX Encontro da ABCP, 2014, Brasília, DF. Anais (on-line). Rio de Janeiro: ABCP, 2014. Disponível em: http://www.encontroabcp2014.cienciapolitica.org.br/conteudo/viewID_CONTEUDO=841. Acesso em: 27.08.2019.
- PERES, Paulo Sérgio. **Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-**

institucionalismo da ciência política. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 23, n. 68, out. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092008000300005&lng=p&nrm=iso>. Acesso em: 27.08.2019.

PIERSON, P. (2007). **The Costs of Marginalization: Qualitatives Methods in the Study of American Politics.** In: Comparative Political Studies, vol. 40, nº2, pp. 145-169.

PRZEWORSKI, Adam. **A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico?** Novos estud. - CEBRAP [online]. 2005, n.72, pp. 59-77. ISSN 0101-3300. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002005000200004>. Acesso em: 27.08.2019.

PUTNAM, Robert. **Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna.** Rio de Janeiro, FGV, 1996.

_____. **Diplomacia e política doméstica: a lógica dos jogos de dois níveis.** Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 18, n. 36, Jun 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27.08.2019.

RIBA, Clara. **The use of mathematics in political science: a survey of European and American journals.** European Journal of Political Research, 1996. 29:10-25.

THERET, Bruno. **As instituições entre as estruturas e as ações.** Lua Nova, São Paulo, n. 58, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452003000100011&lng=p&nrm=iso>. Acesso em: 27.08.2019.

TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos: escolha racional no campo da política comparada.** São Paulo, Edusp, 1998.

PROJETO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA É LEGAL: UMA NOVA ABORDAGEM POLÍTICA

Guilherme de Oliveira Trento
Caroline Lara Matias

INTRODUÇÃO

O projeto de extensão “É Legal”, da Universidade do Estado de Mato Grosso, associado ao Departamento de Ciências Jurídicas, campus Universitário de Cáceres, instituído em 15 de Agosto de 2012, que tem por objetivo abordar concepções que se relacionam ao tema “política”, alterando a percepção errônea que as crianças possuem sobre o assunto, ideia esta, associada somente a eleições e partidos políticos, em razão, dos meios de comunicação que divulgam informações nocivas e de pouca relevância para a formação dos infantes.

A educação é um direito social de grande valor, ao formar a personalidade dos indivíduos, e fazer com que aperfeiçoem o saber, modificando assim, as bases da sociedade. No entanto, mostrou-se de igual valor uma educação política, voltada para as primazias sociais, que desenvolveria desde a infância a capacidade crítica e formadora de opinião, diante de uma sociedade saturada de informações. Pois, como afirma Paulo Freire (2004) “cidadania é uma produção, uma criação

política” (p.127).

Ante a omissão do estudo da política voltado para o ambiente social e histórico, a importância de projetos sociais torna-se cada vez maior, sendo essencial para alcançar o efetivo exercício da cidadania e o integral aprimoramento da pessoa humana, no qual a iniciativa “É Legal!” visa alcançar em cada semestre trabalhado.

Por meio dos encontros realizados, os acadêmicos têm por finalidade fomentar a construção de cidadãos conscientes no que compete a política; debater e refletir sobre os períodos históricos que marcaram esse método social, ao ressaltar o processo evolutivo que identifica a forma de pensar e agir contemporâneas. As discussões realizadas têm por objeto principal, o incentivo a participação ativa na sociedade e uma viva consciência política, bem como, as várias possibilidades para a prática política cidadã.

Segundo Ivan Ivic (2010) “a educação pode ser definida como sendo o desenvolvimento artificial da criança [...] A educação não se limita somente ao fato de influenciar o processo de desenvolvimento, mas ela reestrutura de maneira fundamental todas as funções do comportamento” (p.67).

A Universidade desempenha um papel

social importante na comunidade, ao possibilitar o desenvolvimento de instituições democráticas que proporcionam mudanças legitimadoras da ação política, desse modo, o projeto “É Legal” intensifica essas características ao estabelecer um vínculo entre a sociedade e a Universidade, tendo em vista, a incorporação dos acadêmicos no meio social aprimorando o conhecimento científico e auxiliando na expansão cultural e política desses.

O PROJETO E SUAS PRINCIPAIS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

A metodologia desenvolvida no projeto dá primazia à aulas expositivas, contendo, dinâmicas, brincadeiras, criação de cartazes, produção de teatros, deveres de casa, proporcionando maior entusiasmo das crianças para com o projeto e, por conseguinte, facilitando o entendimento dos conceitos abordados em sala de aula.

As aulas eram realizadas semanalmente por monitores voluntários do curso de Direito, junto ao bolsista do projeto. Ao todo, são cinco aulas lecionadas por semestre, em uma instituição de ensino público de Cáceres-MT, geralmente selecionamos as turmas de quinto ano, do ensino fundamental, abarcando crianças de nove à doze anos.

PRIMEIRO ENCONTRO – POLÍTICA

Inicialmente, todos os acadêmicos chegaram pontualmente na escola – ao tocar o sinal de início das aulas – entramos em sala, fizemos a cerimônia de apresentação dos acadêmicos/ monitores aos alunos e a professora. Após isso, pedimos aos alunos que individualmente se apresentassem, perguntando-os qual o seu nome? qual a sua matéria favorita? e qual profissão deseja trilhar no futuro? Em seguida, entregamos aos alunos crachás de identificação para que customizassem com seus nomes.

Em primeiro momento, foi observável que os alunos foram tímidos, visto que, aquela era uma situação atípica para eles, todavia no transcorrer da atividade estes adaptaram-se a nossa presença e interagiram de modo mais ativo conosco. Por conseguinte, seguindo o método proposto: foi perguntado aos discentes, qual a primeira palavra que lhes vêm à cabeça quando ouvem a expressão POLÍTICA? Logo, suas respostas foram: votação, ordem, corrupção, progresso, governador, direitos, honestidade, roubo, cidadania, racismo, respeito etc. Anotamos todos na lousa. Tendo em vista as respostas das crianças, é notório que suas percepções estão intimamente atreladas aos fatos noticiados na mídia, conversas com seus familiares, informações contidas em redes sociais e demais veículos de comunicação. Fatores que acabam tolhendo à formação cidadã dos futuros eleitores ou representantes políticos da população.

Outrossim, distribuímos dicionários para os alunos e pedimos que estes procurassem no dicionário as palavras escritas no quadro, solicitamos-lhes também

que lessem o significado das palavras, e dissessem qual é a sua relação com a política; alguns associaram governador à campanha política, votação à cidadania etc. Além disso, fizemos o seguinte questionamento aos discentes, “criança faz política”? Diante disso, suas respostas em suma maioria fora que não, justificaram que “política era coisa de adulto”. Em contrapartida, aqueles cuja resposta foi afirmativa justificaram que crianças fazem política reivindicando direitos, citaram um exemplo que aconteceu na escola: frequentemente os alunos furavam as bolas de futebol da escola em um arame farpado que se localizava perto da quadra esportiva, então eles se organizaram e requereram à diretora que substituísse o dito arame por outro liso. Dessa forma, fizeram política.

Posteriormente, propomos uma atividade lúdica às crianças, que consiste em abrir um espaço central na sala – enquanto organizávamos o local da dinâmica os alunos começaram a customizar alguns chapéus de marinheiro –, depois estendemos um TNT azul na sala, colocamos os alunos sentados em cima dele e pedimos que imaginassem que eles estivessem em navio em alto mar, contudo devido a uma terrível tempestade o navio naufragou e os alunos se dispersaram, em detrimento das enormes ondas. Mas, com o passar do tempo, uma aluna conseguiu chegar a uma ilha deserta. Nesse contexto, destacamos que a criança sozinha poderia fazer o que desejasse, uma vez que não havia leis na ilha, porém dissemos que ela teria dificuldades para sobreviver, e indagamos quais dificuldades, eles responderam: subir em coqueiros, ascender uma fogueira, se proteger de animais, conseguir alimento, construir uma cabana etc. No entanto, após a chegada de mais um colega os dois conseguiriam atenuar as dificuldades, visto que eles poderiam se revezar nas atividades, mas ainda não era o ideal para sua sobrevivência. Logo, pedimos que todos se juntassem aos dois na ilha.

Em seguida, os monitores destacaram o ponto positivo da união dos alunos, estes conseguiriam realizar todas as tarefas necessárias para viver na ilha; ressaltaram também o ponto negativo da união que concerne no surgimento de conflitos entre as pessoas, como por exemplo: a disputa entre melhores formas de se fazer fogo (haja vista que os discentes citaram vários), a repartição de deveres não agradaria a todos, dentre outros. Então, pedimos aos alunos que escolhessem um líder para solucionar eventuais intrigas.

Ademais, mostramos para os alunos que a política não se restringiria a práticas pejorativas, mas que seu principal objetivo é a solução/mediação de conflitos visando o bem comum da sociedade.

SEGUNDO ENCONTRO – PARTICIPAÇÃO

Sob nova conjectura, a próxima etapa do projeto consiste em dissertar sobre a importância da participação de todos em qualquer atividade. Mas, em primeiro plano, pedimos aos alunos que relembressem tudo o que haviam aprendido na aula anterior,

em seguida recolhemos a atividade que deixamos que realizassem em casa. Logo após perguntamos aos alunos o que é participação? Suas respostas foram: fazer parte de algo, interagir com os outros etc.

Destarte, para maior entendimento das crianças sobre o tema partimos para a dinâmica da holística. Essa brincadeira tem como primeiro passo: organizar as crianças em círculo, depois entregar para algum aluno um rolo de barbante e pedir para que ele segure a ponta do barbante e passe o rolo para outro colega – nesse momento o primeiro é questionado por que passou o rolo para aquele colega, após sua resposta, o segundo diz seu nome, segura um ponto do barbante e passa o rolo para o próximo colega e assim sucessivamente. Quando chegar na última criança o barbante forma uma teia de aranha e, com isso, os monitores pegaram três balões e colocaram sobre a teia de barbante, as crianças devem tentar equilibrar os balões sobre a teia. Durante a dinâmica os alunos cumpriram o objetivo equilibrando dois balões. Em seguida, os discentes foram questionados, qual a relação entre a dinâmica e a participação, a resposta foi: na dinâmica foi necessário que todos os alunos participassem, tendo em vista que se um aluno deixasse o barbante frouxo o balão cairia no chão.

Novamente, com intuito de mostrarmos aos alunos que a participação de todos é fundamental para realização de qualquer objetivo, pedimos que pensassem no silêncio, se alguém não colaborar haverá silêncio? Com certeza não! Outro exemplo: cada tijolo é fundamental na estrutura de uma parede, razão pela qual, se retirarmos um tijolo toda parede pode ruir. Nesse viés, urge três passos fundamentais para a participação: fazer parte, tomar parte ou ter parte.

Ilustramos para as crianças os três passos da participação. A finalidade era mostrar aos alunos que para integrar o processo de participação, podemos seguir passos básicos como: informar-se, comunicar-se e agir. Após essa explanação foi pedido aos alunos que indicassem situações de seu cotidiano, com a intenção de se aplicar os três passos, analisando soluções para os problemas existentes. Nesse sentido, as crianças compreenderam a relevância de realizar essas etapas como forma de resolução das adversidades.

Como último exercício executamos a dinâmica do emboladão cujo objetivo é propor uma maior interação entre os participantes, observando-se a capacidade de improviso, socialização, dinamismo, paciência e liderança dos integrantes do grupo, pois é respeitando as diferenças que se desenvolve uma sociedade próspera e harmônica.

TERCEIRO ENCONTRO – DEMOCRACIA

Iniciamos a aula sobre democracia com quatro grandes questionamentos: O que vocês acham que significa democracia? O nosso país é democrático? Por quê? Em sua opinião, quais as vantagens de um país democrático? A resposta a

primeira pergunta foi a participação de todos em algum processo político. Ao próximo questionamento responderam 'sim', contudo não responderam o porquê. E na última questão eles não deram uma resposta satisfatória, por isso os monitores fizeram uma breve explicação do assunto.

A título de introdução, explanamos aos alunos que a democracia é originária da Grécia antiga, principalmente na cidade de Atenas (cidade dos intelectuais gregos), aproximadamente no século VII a.C. Os cidadãos gregos se reúnem em grandes assembleias para tomar as decisões no tocante à organização da cidade.

Para melhor entendimento das crianças, realizamos a dinâmica da bagunça, nesta atividade foram escolhidos três voluntários para sua realização. Um deles foi para fora da sala acompanhado de um monitor e teve seus olhos vendados, os outros dois permaneceram na sala e receberam um crachá cada, com as seguintes palavras "Sim, criança também faz política", "Não, criança não faz política". Assim, quando o aluno que estava com os olhos vendados entrasse na sala todos os demais teriam que guiá-lo até o colega que estava com o crachá que continha a resposta certa, de modo que, só poderiam dizer: para frente, para trás, para o lado, na diagonal, esquerda e direita. Assim, todos deveriam falar ao mesmo tempo para causar confusão. Desse modo, o objetivo dessa atividade foi mostrar a inviabilidade da democracia direta nos tempos hodiernos.

Em seguida, conceituamos a palavra democracia, como: o governo do povo, que se caracteriza pela liberdade e diálogo político, pela divisão dos poderes e pelo controle e limite da autoridade. Logo, reduzimos democracia em direta e indireta, explicando cada uma delas. Democracia direta: forma de organização política do Estado em que a sociedade manifesta diretamente sua vontade sobre temas de interesse público, sem que haja a necessidade de um representante; democracia indireta: forma de organização em que a população elege um representante político, para decidir em nome de todos.

Além disso, questionamos se sabiam os nomes dos cargos dos seus representantes políticos no âmbito federal, estadual e municipal, a grande maioria não conseguiu responder com exatidão, invertendo os cargos. Sendo assim, os monitores interviram e esclareceram a questão, contextualizando cada cargo político com as esferas dos poderes executivo e legislativo, por conseguinte, comentaram sobre algumas atribuições do judiciário. Foi dito os alunos, que o atual sistema político do Brasil é a democracia indireta/representativa. O voto é obrigatório dos 18 aos 70 anos e facultativo dos 16 aos 17 anos, a cima dos 70 anos e para analfabetos. Os monitores relataram que o dia da democracia no país é 25 de Outubro, data esta que foi pedida para que guardassem para uma posterior brincadeira. Nesse viés, os monitores dissertaram tacitamente sobre o que é a Constituição: "a lei máxima que limita os poderes políticos e estabelecem direitos e deveres aos cidadãos.

Nesse contexto, foi discutida a divisão e harmonia dos poderes, tal como a famosa separação elaborada pelo filósofo francês Montesquieu, entre os poderes

executivo que administra as instituições; legislativo que cria leis e o judiciário que observa o cumprimento das leis. Como última atividade realizamos a dinâmica da dança das cadeiras. Esse brincadeira tinha um diferencial o aluno responderia uma pergunta cada vez que não conseguisse se sentar, mas se acertasse poderia eliminar um colega da brincadeira, caso errasse o questionado seria o eliminado. As perguntas foram de âmbito político sobre temas discutidos em sala de aula. Vale ressaltar que as crianças apresentaram um bom desempenho.

QUARTO ENCONTRO – HISTÓRIA DO VOTO

Iniciamos a aula fazendo um breve resumo da semana anterior referente à democracia, os monitores retomaram o conceito e enfatizaram a importância para a sociedade. Logo após, foi recolhida a atividade da semana anterior.

Para iniciar o conteúdo da aula foi realizado um questionamento, sobre qual a importância do voto e se no passado todos tinham o direito de votar. Os alunos responderam que o voto é essencial para escolher nossos representantes e nem sempre todos possuíam esse direito. Desse modo, os monitores informaram que o voto é primordial para mudar o futuro da nação e deve ser feito de modo consciente.

Os acadêmicos para melhor explicar o conteúdo da aula, referente a história do voto utilizaram-se de slides, assim sendo, explanaram as diferentes épocas de forma clara e concisa. O primeiro período a ser estudado foi o império, cujas características foram o poder hereditário, isto é, o imperador não era eleito e o poder passava de pai para filho, dessa forma era destinado a durar a vida toda. O voto era censitário, apenas aquelas pessoas que atendiam a certos critérios e provassem a sua condição econômica poderiam participar. Voto era aberto e indireto, não se utilizavam urnas, as pessoas tinham que comunicar sua escolha e a população votava para escolher seus representantes. Apenas homens maiores de 25 anos e ricos votavam escravos, mulheres e analfabetos não podiam votar. A partir da república, o voto passou a ser direto, aberto e facultativo. Somente homens, acima de 21 anos podiam participar, enquanto mulheres e analfabetos eram excluídos. Esse período tem como característica o chamado voto de cabresto, em que os coronéis usavam de sua influência econômica para obter poder político, assim, ele coagia seus apadrinhados a escolher o representante que melhor lhe traria benefícios, desse modo, as pessoas eram guiadas como se fossem animais até as urnas.

A era Vargas, foi o período mais longo do presidencialismo. Getúlio chegou ao poder através de um golpe de Estado, isto é, não foi eleito pela população, mas tomou o poder a força e por 15 anos governou o Brasil como um ditador. Ao se questionar o que era um ditador, os alunos não souberam responder, em vista disso, os monitores esclareceram que o termo se refere a quem assume solitariamente o poder e vai ditar de forma violenta e repressiva suas normas, ou seja, se alguém disser algo que o desagrade poderá ser punido. Durante esses anos, não existiram eleições para

presidente e as mulheres conquistarem o direito de votar. O sufrágio passou a ser secreto, obrigatório e direto. Dentro desse contexto, houve a configuração de uma nova fase, o populismo. Voltaram a ocorrer as eleições para presidente, os homens e mulheres podiam votar se fossem maiores de 18 anos, os analfabetos ainda não votavam. O governo de Vargas foi ditatorial e populista, pois foram criados os direitos dos trabalhadores, entre eles o salário mínimo, e uma carga horária determinada.

Houve a passagem do populismo para ditadura militar, período em que os militares governaram o Brasil, foi de 1964 a 1985, sendo caracterizada pela falta de democracia, supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão aos que eram contra ao regime militar. O voto era indireto para presidente da república, mas a ditadura perdeu força com a Campanha das Diretas Já, onde o povo saiu às ruas protestando e exigindo eleições diretas para presidente. Após a ditadura teve início a redemocratização, fase em que o sistema eleitoral do país estava se reestabelecendo. O voto passou a ser obrigatório para pessoas entre 18 e 70 anos e facultativo entre 16 e 18 anos, mais de 70, analfabetos e índios. Tornou-se secreto, direto e intransferível, isto é, não se pode cedê-lo para outra pessoa.

Ao final da explicação, com o objetivo de melhor fixar o conteúdo exposto e analisar o entendimento dos alunos, foi realizado um pequeno teatro. Dividiu-se a sala em seis grupos e através de um sorteio, cada equipe ficou responsável por representar uma fase histórica. Os monitores ficaram encarregados de auxiliar os alunos, no entanto cada grupo tinha que criar suas próprias falas. Todas as equipes mostraram bom desempenho, conhecimento sobre o assunto e criatividade, o que tornou a atividade dinâmica e divertida de se aprender o conteúdo.

QUINTO ENCONTRO – CIDADANIA

Iniciamos a aula saudando os alunos e explicando que aquela seria a última semana do projeto, em seguida foi entregue os crachás com a identificação de cada um. Como primeira atividade foi realizada a dinâmica “para quem você tira o chapéu”. A dinâmica foi uma forma de revisar os conteúdos passados e testar a aprendizagem dos alunos.

Foi entregue as crianças um formulário para que respondessem, sobre os conteúdos das semanas anteriores, assim, avaliando o aprendizado e revisando o que foi trabalhado. Logo após, explicou-se que cidadania é o conjunto de direitos e deveres ao qual um indivíduo está sujeito em relação à sociedade em que vive, ou seja, cidadania permite que sejamos, ao mesmo tempo, detentor de direitos e de deveres para com as pessoas com as quais convivemos, com a sociedade e com o país como um todo. Para auxiliar no aprendizado sobre o tema foram utilizados cartazes com frases que identificassem as práticas cidadãs e comentassem sobre cada uma delas, tornando mais claro o conhecimento sobre o tema. Os monitores ressaltaram quais os documentos essenciais para ser considerado cidadão como,

certidão de nascimento, RG, CPF e título de eleitor, mas enfatizando a importância de outros atos, tais como, exigir nossos direitos, ter boa conduta social, respeitar as leis, entre outras ações, para que possa ser de fato um bom cidadão.

A segunda parte da aula consistiu em eleger o representante É LEGAL, que terá a função de estar à frente e dar continuidade ao trabalho desempenhado pelo projeto na escola. A votação tem como finalidade incentivar os alunos a terem um espírito de liderança, tendo como objetivo buscar sempre lutar por seus direitos de forma individual e coletiva, através da mobilização das crianças para os problemas existentes na escola. Foram escolhidos seis alunos como candidatos para a votação, três meninos e três meninas, após colocarem seus nomes no quadro, foram chamados a frente para falar sobre suas propostas e de que forma ajudariam os colegas, ao final, os monitores explanaram a importância do voto consciente e distribuíram títulos de eleitor para que escrevessem seus nomes e candidato, assim, os acadêmicos passaram recolhendo os títulos com a escolha de cada um. Em seguida, realizou-se a contagem dos votos, e os alunos Emanuelle e Gabriel empataram logo ao final, sendo o último voto o responsável pelo desempate e vitória da aluna Emanuelle. Gabriel por outro lado, tornou-se o vice-líder. Como prêmio cada um ganhou um kit que irá auxiliá-los em sua nova função. Logo após, os monitores escolheram entre si a criança que mais se destacou nas aulas, avaliando a participação e o comportamento, assim, o aluno selecionado recebeu como prêmio um brinde por sua interação em sala de aula. Dessa forma, teve fim as atividades do projeto com um grande aprendizado para os alunos e para os monitores.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, chegamos à conclusão de que notoriamente a concepção das crianças acerca dos temas estudados no projeto está diretamente vinculada a práticas nocivas e pejorativas as quais lhe são apresentadas pela mídia. Diante disso urge a necessidade de se intervir nesse círculo vicioso que remete as crianças a conceitos errôneos no que diz respeito à política, democracia e ao processo eleitoral. Posto isso, é mister ressaltar que os responsáveis pela quebra desse círculo vicioso são a família, a escola, a comunidade e o próprio Estado.

Como salienta Paulo Freire (2007, p.73) “o Brasil nasceu e cresceu dentro de condições negativas, às experiências democráticas, isso fez com que os cidadãos estejam vinculados a um processo de inexperiência democrática” (grifo nosso). Isso pode ser constatado na medida em que as histórias que as crianças nos contaram acerca de conversas sobre o processo eleitoral ditas por seus pais e demais parente refletem em nossa sociedade sendo displicente em relação a participação política, o que, de imediato, acaba gerando o desinteresse das crianças pela política e deliberação democrática.

A escola também tem a função de fornecer educação política para as crianças,

tendo em vista que “o professor tem muita possibilidade de trabalhar em favor da produção da cidadania, que tem sido negada às grandes massas populares. Para isso, é preciso que o alfabetizador esteja consciente de que esta também deveria ser uma tarefa dele, além da própria alfabetização” (FREIRE, 2004, p. 127 – 128). Inobstante a isso, foi nítido que os alunos mesmo recebendo uma alfabetização satisfatória, mas ainda não tinham tido nenhum contato com questões relacionadas à democracia, política e cidadania, conceitos essenciais para a formação dos pequenos cidadãos.

Nesse contexto, podemos afirmar que o projeto “É legal” conseguiu romper com paradigmas de uma má perspectiva da política, que refletiam no processo de formação das crianças. De modo que através de métodos lúdicos-pedagógicos o projeto apresentou a política como forma de transformação da sociedade. E, além disso, conseguiu preencher lacunas na formação política-cidadã dos pequenos infantes.

REFERÊNCIAS

Freire, Paulo. Educação como prática da liberdade. 30ª Ed. Rio de Janeiro: paz e terra, 2007.

Ferreiro, Emília. Reflexões sobre alfabetização. 26ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

Ivic, Ivan. Levi Semeomorch Vygotsky. Trad.: José E. Romão. Recife: Editora Massangana, 2010.

Freire, Paulo. Pedagogia da tolerância. Organização e notas Ana Maria Araújo Freire. São Paulo: editora UNESP, 2004

PROTEÇÃO JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE INTERFACE COM OS DIREITOS HUMANOS

Daniel de Oliveira Perdigão

Pós-graduado em Administração Pública (FATE), acadêmico do curso de Direito - Centro Universitário UNIGRANDE. Mestrando em Ciências da Educação (CECAP).

RESUMO: O presente artigo propõe-se a realizar reflexões sobre os aspectos jurídicos no que tange a proteção ao meio ambiente, interface com os direitos humanos, constantes no caput do artigo 225 da Constituição Federal como uma preocupação existencial do direito de todos os seres humanos. Trata-se de um tema relevante e com muita repercussão pois envolve a segurança jurídica e, portanto, uma colisão de direitos fundamentais: de um lado o meio ambiente e seu arcabouço jurídico. De outro, o direito da pessoa humana de conviver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O método adotado é o dedutivo e a forma de abordagem é qualitativa além dos métodos bibliográfico e hermenêutico, suscitados a partir do Seminário na disciplina Introdução ao Estudo do Direito, no curso de Direito da UNIGRANDE-CE.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica. Meio ambiente. Direitos humanos.

1 | INTRODUÇÃO

Os direitos humanos apareceram concretamente no cenário mundial em 1789, com a Revolução Francesa, uma conquista alicerçada nos movimentos de preservação das garantias individuais, onde se destacaram as obras de Rousseau.

Em 1948, com a Declaração dos Direitos Humanos, ficou reconhecida a necessidade de que os países deveriam observá-los e as regras deste documento passaram a dar subsídios às futuras discussões sobre a questão.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos, 1993, Viena, sedimentou a necessidade de observação e preservação dos direitos humanos.

No Brasil, A partir da Constituição de 1988 o país vem aprimorando a legislação ambiental e a dignidade da pessoa humana passou a ter mais visibilidade nas pautas. Atualmente, com a finalidade de se atingir um equilíbrio entre preservação ambiental e desenvolvimento, é necessária a correta gestão dos riscos ambientais.

2 | O DIREITO AMBIENTAL

No artigo 225 da Constituição Federal, constata-se que “todos tem direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e também à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Um dos problemas enfrentados na atualidade é a difusão da ideia pelos governos de que seria possível crescimento econômico, sociedades prósperas e um meio ambiente saudável. Isso acabou por minimizar a conceituação sustentabilidade.

Para Bosselmann (2015, p. 36):

Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que respeita as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das novas gerações de atingir suas próprias necessidades.

De acordo com Gabriel Wedy (2018), o direito ao desenvolvimento não é albergado pela Constituição Federal e, tampouco, pelo Direito Internacional se não estiver de acordo com a satisfação do mínimo social, a garantia de uma existência digna, a boa governança e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Brasil não possui um Congresso Nacional com políticos vinculados a partidos fortes, com linhas programáticas e ideológicas bem definidas. De outro lado, a sociedade não possui acesso a uma democracia substancial, que permita a necessária pressão política sobre o Poder Legislativo e o Poder Executivo em defesa do desenvolvimento sustentável. Portanto, torna-se difícil para a cidadania, cobrar o cumprimento do dever por parte do Estado de legislar e executar políticas públicas de desenvolvimento sustentável que satisfaçam os anseios e necessidades dos cidadãos. Conforme afirma Basselmann, “os seres humanos valem muito mais do que o meio como objeto de proteção.” Entretanto, não se pode atender às necessidades de uma existência com dignidade sem que haja uma “concepção compartilhada em comum de que o bem-estar humano depende do bem-estar de todo o mundo vivo.”

Para melhor compreender a sustentabilidade, é necessário percebê-la como um processo contínuo, aberto e interativo, que se conduz sobre as dimensões ética, social, ambiental, jurídica e política. Para ser sustentável o desenvolvimento deve ser economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto (BOFF, 2012, p. 43).

Esse conceito, também defendido por Elkington (2012), denomina-se tripé da sustentabilidade (Triple Bottom Line) que traz o equilíbrio entre essas três variáveis.



Figura 1

Fonte: Elaborado pelo autor desse artigo.

3 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Comparato (2001) conceitua os Direitos Humanos como os direitos fundamentais da pessoa humana, contemplando não só os aspectos individuais como também seu sentido comunitário. Para Ramos (2014, p.23), os Direitos Humanos “consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.”

Dias (2011) explica que o desenvolvimento sustentável é, antes de qualquer coisa, um projeto social e político destinado a erradicar a pobreza, elevar a qualidade de vida da sociedade e satisfazer às necessidades básicas da humanidade. A proteção ao meio ambiente é um direito humano, cuja responsabilidade é de todos: Governo, organizações e sociedade. Como bem salientado por Manfredo Oliveira (Ética e racionalidade Moderna, Ed.Loyola, 1993, p. 110), é indispensável que haja uma elevação da consciência individual, da consciência universal, se quisermos ter uma sociedade universalmente livre. Não se trata de ideologia política ou partidária, mas se quisermos ser realmente humanos, devemos repensar os nossos valores e elevar o respeito à nossa dignidade.

4 | METODOLOGIA

Adotamos a pesquisa de abordagem qualitativa bibliográfica, a partir de leituras de produções acadêmicas, além de leituras analíticas dos materiais trabalhados nas aulas de Direito e do repertório utilizado nos Seminários da disciplina Introdução ao Estudo do Direito. Todo esse acervo foi utilizado de forma a agregar, em torno do tema, um conjunto de reflexões, resultando na produção deste artigo.

5 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir das leituras e reflexões que nortearam a construção desse artigo, concluímos que embora existam muitas formas de se definir o desenvolvimento sustentável o que causa maior preocupação é o crescimento mundial que pode resultar na inviabilidade da vida humana. De um lado, muita riqueza e fartura no mundo. Por outro, a miséria e a degradação do meio ambiente. E nos vem a pergunta: como conciliar desenvolvimento com sustentabilidade em interface com os direitos humanos? A resposta passa pelo desafio de mudança de comportamento em que se repense crescimento e progresso levando em conta o ser humano e seu direito de (con)viver em um mundo sustentável. Conforme apregoa a Confederação de Estocolmo em seu tema “Uma Terra só” em que possamos nos voltar no sentido de um único caminho viável, tanto para os ricos, quanto para os pobres. O meio ambiente e o direito humano a esse ambiente sustentável e sem riscos estão indissolúvelmente

vinculados.

No Relatório Brundtland, “o nosso futuro comum” (1991, p. 29) consta o destaque que diz:

Há uma só Terra, mas não um só mundo. Todos nós dependemos de uma biosfera para conservarmos nossas vidas. Mesmo assim, cada comunidade, cada país luta pela sobrevivência e pela prosperidade sem levar em consideração o impacto que causa sobre os demais. Alguns consomem os recursos da Terra a um tal ritmo que provavelmente pouco sobrarão para as gerações futuras. Outros, em número muito maior, consomem pouco demais e vivem na perspectiva da fome, da miséria, da doença e da morte prematura.

A responsabilidade social remete à busca do desenvolvimento sustentável levando em conta três critérios: a equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica. Dessa forma, a sustentabilidade dialoga com os direitos humanos, portanto, não fere seus princípios constitucionais assegurados.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estar ciente de si mesmo, das próprias percepções, sentimentos e emoções, significa ter consciência. A consciência individual fragmentada impossibilita uma consciência coletiva emancipada. Portanto, a participação da sociedade está para além de pressão organizada sobre os Governos. É uma condição de vida que repercute na vida coletiva.

Houve um tempo em que o direito ignorava as questões referentes à degradação do meio ambiente. Avançamos nesse campo a partir da Constituição de 1988 quando esta assegura o interesse ao meio ambiente, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, deixando claro “ser este merecedor da tutela repressiva, nos casos em que a ofensa aos valores fundamentais da pessoa humana coloque em risco à sua qualidade de vida” (CB 1988, p. 79).

Para Édis Milaré (2015), a preservação e o restabelecimento do equilíbrio ecológico nos dias atuais é uma questão vital e menciona:

O risco global, a extinção de espécies animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade de vida, deixam claro que o fenômeno biológico e suas manifestações sobre o planeta estão sendo perigosamente alterados.

Portanto, o que podemos concluir, ainda que o assunto não seja passível de conclusões, pois devemos estar sempre a refletir e a considerar sua importância, é que o progresso econômico conduziu a grandes desequilíbrios ecológicos, com processos de destruição ao meio ambiente, comprometendo a sua sustentabilidade, colocando em risco a preservação e a sobrevivência da espécie humana.

O que se espera é que essa consciência ecológica suscite uma cooperação

mundial que visem à implementação de medidas que conciliem desenvolvimento e sustentabilidade como forma de proteger e preservar a humanidade da degradação ambiental conservando sua vitalidade para as gerações atuais e para as que virão.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Juan Roberto Sebastian. **Estado, História e Política**: definiciones, pensadores e história de las ideas políticas. Delta Editora. Paraná. Entre Rios. Argentina, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. Prefácio de Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cespedes. 38. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRUNDTLAND, G. H. (Org.) **Nosso futuro Comum**. Rio de Janeiro, FGV, 1987.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO SOBRE O MEIO AMBIENTE, 1972.
Declaração de Estocolmo. Disponível em <http://www.unep.org/Documents>. Multilingual.

DIAS, Reinaldo. Gestão Ambiental: **Responsabilidade social e sustentabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ELKINGTON, John. **Sustentabilidade, canibais com garfo e faca**. São Paulo: M. Books do Brasil. Editora LTDA, 2012.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo, extrapatrimonial. São Paulo Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Ética e Racionalidade Moderna**. Ed. Loiola, 1993.

RAMOS, Erika Pires. **Refugiados Ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito ambiental Internacional**. 2.ed.

WEDY, Gabriel. **Brasil e Governança Pós-COP.21**. Zero Hora, Porto Alegre, 15 dez 2015. Editora de Opinião, p.18.

PSICOLOGIA E PRÁTICA JURÍDICA: DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO

Ágda Bruna Alves da Silva Santos

Graduandos do curso de Psicologia. Faculdade Guanambi/ CESH – Guanambi – BA. E-mail: agdagbi@hotmail.com.

Renato da Silva Matos

Graduandos do curso de Psicologia. Faculdade Guanambi/ CESH – Guanambi – BA.

Alcir dos Santos Rocha

Advogado, Mestre em Direitos Fundamentais (UNESA), especializando em Docência do Ensino Superior (UNIASSELVI), especializado em Direito Público (UNIFACS) e com MBA em Gestão Pública (UNIJORGE). Docente na Faculdade Guanambi CESH (BA). E-mail: alcir.rocha@hotmail.com.

Priscila Lins Drummond

Psicóloga, especialista em Psicologia Jurídica (Lato sensu) pela UNIGRAD - Pós Graduação e Extensão, perita do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA), Docente na Faculdade Guanambi – BA.

RESUMO: O presente estudo vem demonstrando aspectos sobre a importante interação entre o saber psicológico e o direito, através de um estudo documental e entrevistas, de modo qualitativo dos serviços do Balcão de Justiça e Cidadania, Núcleo de Prática Jurídica e o Serviço de Psicologia Jurídica da Faculdade Guanambi (CESG) em Guanambi/ Bahia, descrevendo aspectos fundamentais sobre a prática de psicologia no âmbito jurídico e análise da necessidade de sua implantação para a

efetividade do acompanhamento do sujeito em questão, através dos aspectos éticos e teóricos que fundamentam as práticas, tanto para o curso de psicologia quanto de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Plantão Psicológico. Parceria. Psicologia Jurídica. Psicologia.

PSYCHOLOGY AND LEGAL PRACTICE: CHALLENGES OF DEPLOYMENT

ABSTRACT: This study aims to demonstrate aspects about the importance of interaction between the psychological knowledge and law, through a documentary study and interviews, on a qualitative manner of Justice and Citizenship Desk services, Juridical practice Center and Juridical Psychology Service of Guanambi College (CESG) in Guanambi/Bahia, thereby describing fundamental aspects of psychology practice in juridical scope and analysis of the implementation need to the effectiveness of subject attendance through the ethical and theoretical aspects that establish the practices both for the psychology course and law.

KEYWORDS: Forensic Psychology. Partnership. Psychological Attendance. Psychology.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo vem buscando dispor uma análise do Serviço de Psicologia Jurídica

(SPJ) da Faculdade Guanambi que é desenvolvido em parceria com Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) e com o Balcão de Justiça e Cidadania (BJC) da Faculdade Guanambi/CESG. Explana como estão sendo desenvolvidos os serviços, com um diferencial; a atuação em conjunto dos saberes da psicologia e do direito. Desse modo, abre-se um leque de seguridade bio, psico e social.

No século XIX, especialmente na França, surgem ações acopladas na parceria entre a psicologia e o direito (LEAL, 2008). Segundo Cesca (2004), há um contato recente possuindo como motivação inicial a área criminalista. Na área criminalista temos como precursores Pitaval, Richer, Schaumann, Feuerbach, Lauvergne, (LEAL, 2008) dentre outros que compõem a história inicial da psicologia jurídica.

Leal (2008) e Altoé (2001) se assemelham no percurso histórico da psicologia jurídica ao dispor que o propulsor das discussões em psicologia no âmbito jurídico foi Mira Y Lopez. Para Leal (2008) ocorreu de modo mais preciso no ano de 1950, dando a base para outras definições acerca dos âmbitos da Psicologia Jurídica, Psicologia Forense, Psicologia Criminal e Psicologia Judiciária.

Um dos aparatos utilizados para obter o acesso à justiça é a mediação de conflitos, que é feita a partir do Balcão de Justiça e Cidadania. Para que haja a seguridade do acesso gratuito à justiça, dividem-se as despesas entre o Estado e a Faculdade. A custa processual é do Estado e os honorários advocatícios pela mantenedora CESG (centro do ensino superior de Guanambi – FG).

Com base na contextualização acima e como objetivo do presente estudo, faz-se necessário uma análise dos aspectos fundamentais que regem as práticas psicológicas e jurídicas de acessibilidade ao sujeito. Através de uma análise documental e entrevistas com profissionais e discentes, que contribuíram ou presenciaram a implantação dos Serviços de Psicologia Jurídica.

Sendo assim, contribuir para que possa possibilitar uma mudança nas questões relacionadas aos posicionamentos e a produção de conhecimento, tanto para o saber da psicologia quanto do direito, podendo modificar formas de se apreender o saber e o olhar para o sujeito em construção de uma história e fazendo parte da história da psicologia e o direito enquanto ciência e profissão.

2 | MATERIAL E MÉTODOS

O presente estudo foi realizado no Balcão de Justiça e Cidadania, Núcleo de Prática Jurídica e no Serviço de Psicologia Jurídica, serviços vinculados ao curso de direito da Faculdade Guanambi/CESG em Guanambi – BA. Para análise do estudo, obteve-se o aceite da instituição onde foi desenvolvida a pesquisa dispensando a submissão a comitês de ética (VIANA, 2013).

Estabeleceu-se uma pesquisa documental referente ao período letivo de 2014.2 e 2015.1 das ações dispostas pelos respectivos setores, utilizando dos arquivos das petições desenvolvidas no Núcleo de Prática Jurídica, Acordos homologados pelo

Balcão de Justiça e Cidadania, e o arquivo do Serviço de Psicologia Jurídica.

Os períodos em análise foram selecionados partindo do princípio de que se refere ao início da implantação do Serviço de Psicologia Jurídica da Faculdade Guanambi 2014.2 e o semestre seguinte. Buscando compreender aspectos de relevância, como: mudanças que ocorreram e aos serviços prestados nesses setores. A amostra da entrevista em discursão buscou-se a sua relevância, pelo fato de terem vivenciado o processo de implantação e os serviços prestados.

Por se tratar de um estudo que envolve seres humanos, foi aplicado um termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), elaborado segundo os aspectos relativos à Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde. O critério de inclusão e exclusão dos entrevistados para serem submetidos à entrevista semiestruturada, baseou-se nos indivíduos que passaram pelo estágio nos âmbitos em análise e que integraram ao corpo docente do período em questão.

Para as entrevistas em análise foram utilizados os pressupostos metodológicos do trabalho biográfico que é de base da pesquisa fenomenológica (HOLANDA, 2012), utilizando das mesmas questões estruturadas abertas para todos, podendo desse modo compreender mecanismos reais das atividades em tese. Foram feitas com um docente do Núcleo de Prática Jurídica, um docente do Balcão de Justiça e Cidadania, a coordenadora do curso de Direito da Faculdade Guanambi, visando compreender aspectos centrais do processo de implantação dos serviços em análise e dois discentes que cursaram entre o período 2014.2 e 2015.1 estágio específico no curso de bacharelado em direito.

A metodologia da pesquisa a ser utilizada é de cunho qualitativo e documental Marconi & Lakatos (2010). Diante do exposto pode-se citar que o presente estudo dispõe dos benefícios de possibilitar uma reflexão dos parâmetros que embasam as práticas no Núcleo de Prática Jurídica, Balcão de Justiça e Cidadania e a implantação das práticas do Serviço de Psicologia Jurídica, podendo ampliar novas concepções para profissionais e estudantes, direcionando ao contexto jurídico como âmbito de práticas tanto da psicologia quanto do direito.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Núcleo de prática jurídica

3.1.1 Acesso à justiça

A doutrina tradicional tem denominado o acesso à justiça como o direito de ingressar no sistema jurisdicional e ao processo (Souza, 2013), conforme o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito” com isso, quanto ao acesso à justiça, estará possibilitando reivindicar direitos e/ou resolver seus litígios sob o amparo do Estado.

Ao buscar os princípios do significado da palavra Acesso à Justiça, vê-se um tanto quanto aquém dos mecanismos dispostos para o mesmo, pensado assim, leva-nos a uma análise mais profunda sob a intervenção do estado na seguridade da sociedade como um todo, ao dispor para essa análise é fundamental partir do contexto histórico e cultural.

Em pesquisa no ano de 2010, Araújo, descreve que os principais obstáculos para o acesso à justiça são: o custo do processo, a duração do processo e a falta de informação na qual em si, é um procedimento necessário para mudança de estrutura. A evolução do termo de Acesso à Justiça mediante análise, Cappelletti (1988), considerou como muito lenta, levando em consideração que ao longo do percurso sociohistórico, há marcos que chegaram a não existência do acesso à justiça.

Configurado nos moldes vistos nos dias atuais, é notório que para adequar à necessidade da realidade atual, existem vários passos que devem ser colocados em prática constantemente. É um movimento que não deve ser feito por um só órgão ou cidadão, mas sim, questionado e vivenciado pela sociedade como um todo.

Ao passar a ser observado como um instrumento ético, é notória a importância que o conceito de acesso à justiça possui, tanto para a sociedade como para os magistrados e todos os que compõem o âmbito jurídico, estando ligados intimamente ao direito maior que é o da dignidade humana. Visando desse modo condições igualitárias e conseqüentemente uma possibilidade de interagir de forma técnica, essa interação constantemente vem sendo levada a debate na esfera tanto teórica quanto prática, desde o âmbito acadêmico.

Problematizar em esferas maiores que implique nas práticas, tendo o homem enquanto objeto, requer disposições ligadas à gestão e coordenação de instituições, buscando uma equipe que acompanhe com qualidade e que compreenda o bem estar biopsicossocial. Implicando de modo multidisciplinar, modificando as relações de saber e poder entre as práticas e o posicionamento das áreas de formação (DANTAS, 2011).

Torres (2002) e Souza (2013) se convergem ao salientar sobre a necessidade de um olhar diferenciado, que deve ser praticado quando se discute ou se coloca em prática o Acesso à Justiça. A análise dos empenhos para a efetivação dos direitos à justiça não está só por parte de Instituição e seus membros como os demais citados por eles, os poderes executivo e legislativo, vem mostrando mais uma vez a importância do Acesso à Justiça para poder se inferir ao buscar estratégias possibilitando o conhecimento dos direitos que o cidadão possui, é de cunho indispensável para a garantia dos Direitos Humanos, ou seja, intimamente ligado ao Acesso à justiça (DANTAS, 2011).

3.1.2 Assistência judiciária gratuita - aspectos gerais

A Assistência Judiciária Gratuita passou por um processo de adequação de

nomenclatura, a jurisprudência e doutrina têm preferido denominar atualmente “Justiça Gratuita”, na qual se evolui junto com o direito pátrio (RODRIGUES, 2002). A Assistência Judiciária Gratuita garantida na constituição brasileira possui como base, possibilitar a quem os recursos econômicos não são suficientes, a obtenção do acesso ao Poder Judiciário, munindo-se dos direitos garantidos na constituição. Tendo em vista a solução de conflitos, a justiça estará para todos de modo igualitário (DANTAS, 2011).

É válido ressaltar que a importância da assistência jurídica ou Justiça Gratuita, vem ao longo dos séculos sendo garantida nas cartas constitucionais. Em pesquisa, nota-se que a Assistência Judiciária passar a existir somente na Constituição de 1934 no seu art. 113, §32. Excluída da Constituição do Estado Novo, a gratuidade de justiça se manteve como norma infraconstitucional, podendo ser vista como infra institucional por ser adequada dentro de cada instituição, no estado brasileiro pode ser observada no Código de Processo Civil de 1939. Para Rodrigues (2002) em específico no século XXI, os seus aspectos ressaltados nas discussões em estudo, vem configurando-se valioso de tal modo que não podem ser esquecidos.

Para facilitar o uso dos benefícios da gratuidade judiciária ou justiça gratuita e obtenha a garantia do acesso à justiça, determina à comprovação nos autos da petição inicial de seu estado de miséria, referindo-se aos aspectos legais necessários para obter acesso à gratuidade judiciária, este estará respaldado a prosseguir com o processo de forma legal. Sendo ele brasileiro e/ou estrangeiro, possuindo residência no país sem distinção das legalidades previstas para ter o acesso à justiça (LEAL, 2008; RODRIGUES, 2002).

3.1.3 O núcleo de prática jurídica da faculdade guanambi /ceesg.

No ano de 2009 na cidade de Guanambi-Ba, através do Centro de Ensino Superior de Guanambi – Faculdade Guanambi, foi implantado o Núcleo de Prática Jurídica, com a finalidade de possibilitar o acesso da comunidade à assistência judiciária gratuita e também ao corpo discente do curso de bacharelado em direito, uma atividade prática nas áreas: civil, penal e trabalhista. Para o desenvolvimento das atividades o Núcleo é composto por um coordenador Geral, quatro docentes da área civil, uma da área penal e um previdenciário. Possuindo atendimento de segunda a sexta-feira nos turnos matutino e vespertino, cada turno com duas turmas compostas por dez alunos e dois docentes responsáveis.

A movimentação do Núcleo de Prática Jurídica nas ações peticionadas correspondendo ao andamento letivo 2014.2 no período de sete de julho de 2014 á dezembro de 2014 equivaleu ao total de 135 petições. No semestre posterior 2015.1 foram desenvolvidas 142 petições. Com a análise dos dados acima é notório que há uma variação baixa da quantidade de ações peticionadas entre os dois semestres, obtendo a diferença de 7 ações a mais no semestre de 2015.1 em relação a 2014.2.

Demonstrando que houve uma procura maior pelo acesso a justiça da sociedade ao longo do lapso temporal em discussão.

Analisando a entrevista com a coordenadora do Curso de direito da Faculdade Guanambi, encontramos três aspectos como forma de compreensão do objeto de estudo dividindo em: objetivo, efetividade e aspectos diferenciais do Núcleo de Prática Jurídica da faculdade Guanambi. Mediante ao relato em entrevista 'C' traz que o objetivo principal do NPJ é ser um instrumento de acesso á justiça, no qual corrobora com os pressupostos teóricos de Rodrigues (2002) que observa através da experiência e do objetivo dos Núcleos de Prática Jurídica como instrumento de acesso a justiça.

Para os pressupostos que embasam a efetividade, a entrevistada dispôs que “[...] através do seu estudo de tese de mestrado encontrou que houve uma redução de quase 75% das ações, para o estado (C)” Dantas (2011) traz que esse acesso á justiça trouxe benefícios tanto para a sociedade quando para a justiça, enfatizando o dado levantado pela entrevista em análise.

Para o aspecto de compreensão do diferencial do Núcleo de Prática Jurídica de Guanambi para os implantados em outras instituições de ensino e traga por ela como “[...] significativa (C)” por estar inserido o Serviço de Psicologia Jurídica, justificando que “[...] Porque antes de ter uma ruptura de um laço matrimonial, há ruptura de laços afetivos que obviamente desencadeiam em problemas psíquicos e emocionais. Então o diferencial hoje do nosso núcleo é ter este apoio psicológico (C)”.

Levando em consideração os aspectos psicológicos que a entrevista dispõe, é necessário um fazer psicológico que possibilite uma reorganização psíquica dos sujeitos. Através do acompanhamento ao cliente em seu movimento, buscando entendê-lo sem julgamento, estando vazio (MAHFOUD, 1987).

3.2 Balcão de justiça e cidadania

O problema do acesso aos serviços públicos é considerado por Leonelli (2004) como de dimensão cultural, fazendo perceber que são indispensáveis atitudes que possam modificar conceitos e paradigmas arraigados na sociedade brasileira. De Sena, em 2007 afirma que é dado ao poder judiciário o título de guardião da Constituição, essa afirmação leva-nos a refletir sobre o peso que o poder judiciário carrega, é um tanto quanto questionável o que tem feito sobre o que se espera e é necessário, desse modo, é imprescindível à criação de mecanismos que possibilitem o efetivar das garantias constitucionais.

Para oferecer uma justiça eficaz, (subentende-se que seja adequada à realidade da maior parte da população do país, a classe baixa) implantou-se na Bahia no ano de 2003 aos seus primórdios, o Balcão de Justiça e Cidadania, disposto através da Resolução 01/2003, esta resolução é considerada um marco, sinalizando que por meio desta surgem estratégias para a promoção de uma justiça mais eficaz (CARNEIRO,

2010).

Os Balcões de Justiça e Cidadania foram instalados em faculdades com a necessidade e objetivo de se tornarem mais efetivos, visto que o acesso à justiça antes era mais dificultoso. Precisaram ser instauradas novas parcerias, através desse aspecto, instalaram-se nos bairros mais populares de Salvador, pontos de acesso ao Balcão de Justiça e Cidadania (SANTOS, 2014).

O projeto de atuação do Balcão de Justiça e Cidadania se configura como prevenção, “na medida em que utiliza procedimentos pré-processuais para a solução dos conflitos (DE SENA, 2007)” são oferecidos serviços gratuitos como: orientação jurídica e mediação de conflitos na área de família e na área cível, sendo relacionados a questões de menor complexidade em ambos os âmbitos de atuação.

Ao propor uma análise da heterocomposição, vê-se que é a configuração que o estado propõe ao cidadão para a resolução de conflitos através da mediação, a solução pode ser firmada instigada ou até mesmo favorecida por um terceiro de modo “imparcial”, Carneiro (2010) e De Sena (2007), concordam quando se trata do início e o final de uma mediação e a sua finalidade, sendo para ambos o ato que possibilita o diálogo entre as partes, onde o papel do mediador se configura em possibilitar e intermediar os interesses de todas as partes não impondo uma solução, demonstrando que se diferencia na atuação de árbitro de um mediador, que contribui para que os clientes pratiquem o hábito de discutir e chegar a uma decisão sem que haja uma imposição.

Dados apontam que a partir da década de 70, o processo de mediação tem se constituído como método eficaz para resolução de conflitos (CARMONA, 1999), podendo se pensar que há um desafogar da justiça, á possibilidade e abertura de demonstrar que o poder e a solução estão neles mesmos, mostra-nos grandes avanços para as relações em nossa sociedade. Quando posto para análise, os objetivos do funcionamento do Balcão de Justiça e cidadania iniciam para facilitar o acesso à Justiça, é um dever do estado garantido através da constituição. Outro objetivo no qual dispõe as ações é o de promover a pacificação social (SANTOS, 2014).

3.2.1 Balcão de justiça e cidadania de guanambi/ba.

O Balcão de Justiça e Cidadania foi instituído na cidade de Guanambi no dia treze de agosto de dois mil e nove em parceria com a Faculdade Guanambi/Centro de Ensino Superior de Guanambi, possuindo no momento da pesquisa um mediador responsável, auxiliado por um estagiário de psicologia e um de direito durante as mediações. O BJC (Balcão de Justiça e Cidadania) em Guanambi, realiza sessões de mediação e conciliação, onde são discutidas questões envolvendo o direito de família e direito civil. Os acordos estabelecidos no presente órgão são da ordem do direito de família, na figura 4 vem demonstrando um recorte dos acordos realizados no período 2014.2 e 2015.1, pode-se observar que continua na categoria do direito de

família. Levando em consideração os dois períodos estudados, não houve acordos de outras ordens, chegando a 100% dos dados tabelados da ordem do direito de família.

Esses aspectos mostram que há uma necessidade expressiva em atuar de forma multidisciplinar, para que os sujeitos em questão tenham a oportunidade de serem compreendidos e acolhidos através de outras perspectivas, propondo uma solução de problemas por meio da mediação de conflitos. Cabe à psicologia fazer uma busca do que está nas entrelinhas e entender o sujeito como um todo, levando em consideração que estamos em contato com sujeitos que são multidimensionais; biológico social e psicológico (LAGO, 2009).

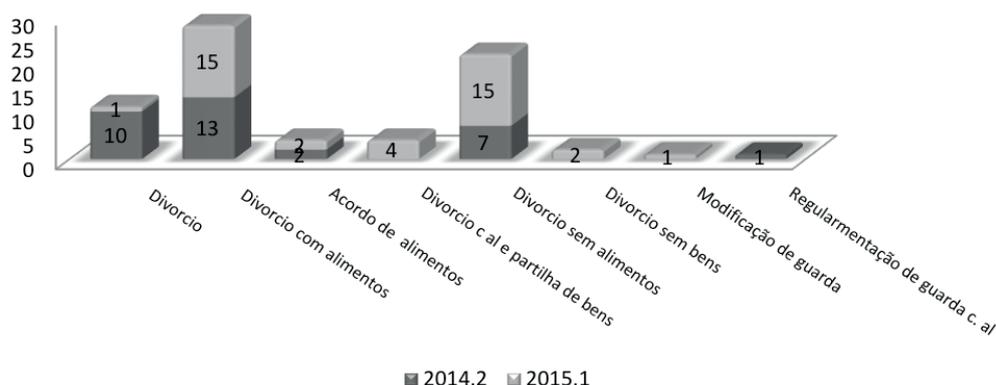


Figura 1 - Frequência de acordos homologados pelo Balcão de Justiça e Cidadania de Guanambi, no período letivo de 2014.2 e 2015.1. No eixo x representa a modalidade dos serviços executados. No eixo y a frequência com que foram prestados. A barra na tonalidade preta dispõe do período letivo 2014.2 e na cor de cinza 2015.1

Fonte - Arquivos do Serviço de Psicologia Jurídica do Núcleo de Prática Jurídica mantido pelo Centro de Ensino Superior de Guanambi – Faculdade Guanambi.

3.3 Serviço de psicologia jurídica

Antes de adentrar no âmbito específico da psicologia com ênfase jurídica, deve-se entender a psicologia enquanto ciência e profissão. Levando em consideração que a psicologia jurídica nasce da intercessão entre os saberes da psicologia e do direito é fundamental iniciar as discursões denominando alguns conceitos (Bock, 2002).

A conduta do psicólogo, que deve ser transparente e de total confiabilidade, pois este trabalha diretamente com o indivíduo e é regido pelo código de ética de psicologia, que traz algumas diretrizes importantes para uma boa condução e compromisso do psicólogo para com seu cliente/paciente.

Tendo em vista que o objeto de estudo da Psicologia é o homem ou os “diversos homens”, dá-se este nome pela pluralidade com que a psicologia trata de seu objeto de estudo, existem várias abordagens que podem ser aplicadas a esse sujeito. Com esses fatores exprime a importância que se tem em dimensionar o sujeito em suas áreas á que compõem.

3.3.1 O papel da psicologia jurídica no núcleo de prática jurídica e no balcão de justiça e cidadania

A Psicologia Jurídica é considerada por alguns autores como uma aplicação da psicologia muito recente até mesmo a mais recente (BRITO, 2012; MIRYA Y LOPEZ, 2013). Brito (2012) traz que ocorreu mais precisamente no ano de 1962. Buscando uma relação entre a conceituação da psicologia dentro do âmbito jurídico, vê-se uma gama de atribuição para ser desenvolvida nesse campo de atuação. Como toda ciência está em constante movimento, com a psicologia não tem sido diferente, estando ligada à sua própria enquanto formação como ciência e profissão.

França em 2004, nota que há necessidade de se discutir como tem se denominado a atuação da psicologia no âmbito jurídico, por alguns é chamada de “Psicologia Forense” e por outro, “psicologia jurídica”, parte da denominação uma discussão conceitual e estrutural, no entanto são atribuídas as mesmas funções em disciplinas curriculares nos cursos de psicologia e direito, são estruturas diferenciadas, buscando sua aplicação a prática e sua estrutura na implicação do fazer na estrutura ligada ao direito.

Para França (2004) quando se relaciona a psicologia Forense, está se relacionando a prática psicológica, incluindo ao fórum judicial relativo aos tribunais. Huss (2011) aponta que o debate sobre o conceito e definição das práticas da psicologia no âmbito forense iniciou-se nos Estados Unidos. Com o objetivo de obtenção de um melhor exercício do direito, Segundo Mira y Lopez (2005) há alguns mecanismos de ordem cronológica que a psicologia jurídica tem se colocado para a resolução de problemas.

Mediante pesquisa bibliográfica não se encontra uma resolução que fomente as práticas psicológicas no âmbito jurídico de modo mais detalhado, encontra-se dispositivos do CFP, a regulamentação para a obtenção do título de especialista de forma geral para lugares de atuação 014/00, e elaboração de documentos escritos produzidos pelo psicólogo em avaliação psicológica 008/2010.

Diante da amplitude e da diversidade da forma de atuação no campo jurídico, faz-se imprescindível angariar reflexões direcionadas sobre como está se estabelecendo o posicionamento do profissional de psicologia ao fenômeno psicológico disposto em questões jurídicas (BRITO, 2012; CARVALHO, 2007).

No início, a psicologia se direcionava para as seguintes áreas do âmbito jurídico: Psicologia Criminal, Psicologia Penitenciária ou Carcerária, Psicologia Jurídica e as questões da infância e juventude, Psicologia Jurídica, Psicologia Jurídica e Direito de Família, Psicologia do Testemunho, Psicologia Jurídica e Direito Civil, Psicologia Policial/Militar. No entanto, hoje tem-se ampliado e buscado um fazer cada vez mais genuíno e propor novas práticas que possam acolher o sujeito em sua dimensão.

3.4 Psicologia jurídica e modalidades desenvolvidas no Serviço de Psicologia Jurídica do Balcão de Justiça e Cidadania, Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Guanambi-CESG

A Psicologia Jurídica e o Balcão de Justiça e Cidadania de Guanambi, podem contribuir participando de modo efetivo na mediação de conflitos, acolher os clientes com suas lides (DA SILVA, 2003). Na figura 2 pode-se observar que os atendimentos prestados no Núcleo de Prática Jurídica e no Balcão de Justiça e Cidadania da Faculdade Guanambi possui uma configuração diferenciada. Embasando suas práticas no acolhimento centrado no cliente temos o plantão psicológico e o atendimento psicojurídico, os serviços têm sido oferecidos nas seguintes modalidades:

- Plantão psicológico infantil, juvenil, adulto e casal.

O plantão psicológico é bastante dinâmico e intenso (MAHFOUD, 1987), o objetivo de utilização na modalidade de plantão do atendimento no Serviço de Psicologia Jurídica da Faculdade Guanambi/CESG, é a prestação de serviço aos clientes da justiça que emergem demandas psicológicas e que aceitem o atendimento de caráter emergencial, buscando o aqui e o agora de cada cliente atendido.

Surgido da base humanista, o plantão psicojurídico tem como finalidade auxiliar na reestruturação psíquica dos clientes que chegam para o atendimento jurídico, com estado psíquico instável devido às tensões e traumas ocasionados por situações vividas no âmbito jurídico. Propõe-se um atendimento baseado numa escuta atenciosa, não diretiva, não focando no seu problema, mas que seja centrado na pessoa e em seu movimento, incluindo a busca pela justiça, proporcionando aos clientes um posicionamento para a vida (ROSENTHAL, 2012).

- Mediação de conflitos das demandas cíveis e familiar:

A mediação é um método que procura fazer com que as partes superem suas diferenças, oferecendo oportunidade para que encontrem soluções viáveis, as quais devem contemplar os interesses de todos os envolvidos (MÜLLER, 2007). O mediador tem papel fundamental em conduzir o processo de mediação, pois é ele quem vai restabelecer a comunicação entre as partes e instruí-las de como devem se portar durante o processo, para que seja concretizado de forma efetiva e que contemple a ambos (BRASIL, 2015).

Embora nessa mediação o acordo não seja a principal meta, uma mediação plena de êxito em geral tem como remate um 'produto' específico, que é o acordo escrito construído pelas partes. A interdisciplinaridade entre psicologia e direito no processo de mediação possibilita para os sujeitos em litígio, um espaço imparcial e saudável para o exercício do diálogo e para a exposição das motivações que os levaram ao conflito. O mediador deve ter a capacidade de expor seus pensamentos de forma sucinta e esclarecida, e ao receber os pensamentos vindos das partes tem como objetivo interpretar observando a intenção dos que o expuseram.

O mediador deve ter compreensão das informações, transparência e imparcialidade, para que haja um processo de confiabilidade das partes e que estes tragam o máximo de informações possíveis, para que a resolução do conflito seja exercida sem maiores danos psíquicos. Conduzindo-os para uma reflexão e avaliação coordenada, tornando-os conscientes na busca pela promoção de autogestão e para o encontro do melhor acordo judicial (MÜLLER et al., 2007).

- Atendimento psico-jurídico nas modalidades: individual, criança, adolescente, adulto, casal e família:

Nos serviços prestados no Serviço de Psicologia Jurídica do Núcleo de Prática Jurídica, com base nas demandas levantadas há necessidade de expansão dos atendimentos. Possibilitando além da mediação pontual e do plantão psicológico, uma continuidade no acompanhamento psicoterapêutico de acordo com necessidades específicas de cada questão judicial em debate, a que chamamos de atendimento psicojurídico.

Para Mahfoud (1987), o plantonista não se omite quando avalia as possibilidades de continuidade a partir da perspectiva do cliente. Além disso, a flexibilidade do mesmo quanto à continuidade do processo, é também o que lhe permite continuar disponível à pessoa que o procurou mantendo o plantão como um lugar de referência, estando essa disponibilidade presente até mesmo após ter sido realizado o encaminhamento.

O atendimento psicojurídico durante a observação do presente estudo no Serviço de Psicologia Jurídica do Núcleo de Prática Jurídica e o Balcão de Justiça e Cidadania, mostrou-se diferente da clínica convencional por obter uma demanda específica, relacional ao movimento do cliente ligado às questões judiciais. O objeto de estudo do presente artigo aponta para a frequência de questões ao processo de divórcio, guarda, interdição e violência intrafamiliar, podendo ser nas modalidades: casal, familiar, adulto e infantil.

Mediante aos aspectos descritos, mostra-se a necessidade de viabilização de um espaço para que o cliente possa falar sem julgamentos, ser compreendido e ser acolhido de modo único e genuíno, não como ambiente purgativo, mas um lugar em que ele se sinta livre de julgamentos preestabelecidos entre certo-errado, verdade-inverdade, justo-injusto, bom ou mal (VICENTE & BIASOLTO, 2003).

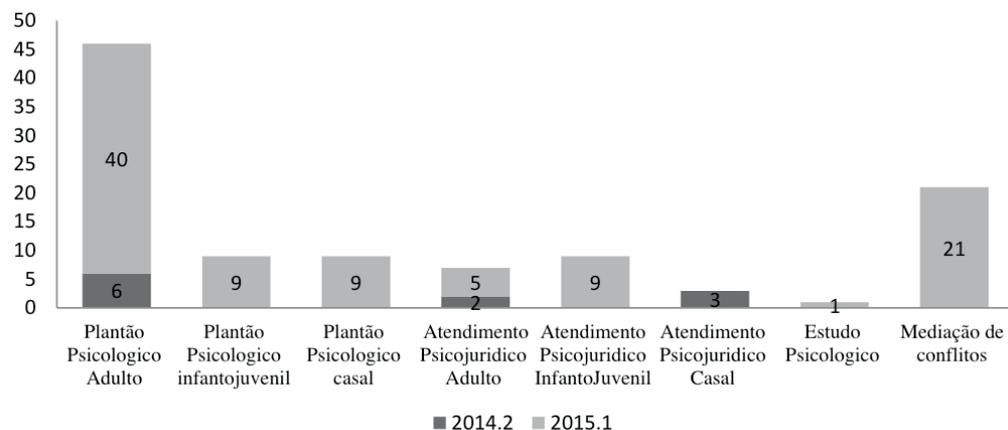


Figura 2 - Quantidade de ações desenvolvidas pelo Serviço de Psicologia Jurídica da Faculdade Guanambi referente ao período 2014.2 e 2015.1. No eixo x representa a modalidade dos serviços executados. No eixo y a quantidade com que foram prestados. A barra na tonalidade preta dispõe do período letivo 2014.2 e na cor de cinza 2015.1.

Fonte: Arquivos do Serviço de Psicologia Jurídica do Núcleo de Prática Jurídica mantido pelo Centro de Ensino Superior de Guanambi – Faculdade Guanambi.

3.5 Serviço de Psicologia Jurídica no NPJ e no Balcão de Justiça e Cidadania de Guanambi – BA

O Serviço de Psicologia Jurídica do presente estudo, surgiu da necessidade de diálogo em função das diversas motivações implícitas que giravam em torno das ações e demandas jurídicas. Percebeu-se que os conflitos gerados pelas questões judiciais trazem angústia e sofrimento, conseqüentemente uma debilidade de raciocínio para a melhor tomada de decisão diante do processo judiciário, processos subjetivos exigiam uma atenção especializada.

Motivações que perpassam por desejos, anseios e idealizações das partes e que na maioria das vezes não são evidentes ao judiciário, dificuldades implícitas que só são percebidas através de uma observação qualificada, necessita de intervenção para que o processo acarrete menores danos, assim sendo, possibilitar que o sujeito se reestruture buscando uma melhor qualidade de vida após o processo judicial.

DEMANDAS PSICOLOGICAS	
DEMANDAS	QUANT
Platão psicológico de casal	
Posicionamento dos pais frente à convivência familiar das crianças com o novo modelo familiar.	1
Angustia pelas ameaças de retirada da guarda da filha menor feita pelo ex-marido.	1
Sufrimento na não elaboração do divorcio psíquico.	1
Reorganização psíquica para o divorcio – elaboração do divorcio psíquico.	1
Violência sexual.	1
Reestrutura psíquica da família e interessados quanto á mudança de guarda.	1
Mediação	

Reorganização de diálogo priorizando a convivência após o divórcio.	2
Reorganização psíquica após o divórcio.	2
Restabelecimento de vínculos com o filho após divórcio.	1
Não elaboração do divórcio psíquico.	4
Não houve a identificação da demanda psicológica diante dos atendimentos prestados.	1
Plantão psicológico Infanto-juvenil	
Não aceitação do divórcio dos pais.	3
Medo – gerado a partir do presenciar de brigas dos pais.	1
Ansiedade a partir da quebra de vínculo com a genitora.	1
Suposta alienação parental.	1
Reestruturação psíquica pela quebra de vínculo com a genitora.	1
Violência física.	1
Violência psicológica.	1
Não houve identificação da demanda psicológica diante dos atendimentos.	7
Plantão psicológico adulto	
Angústia ao presenciar o sofrimento do filho pela ausência do pai.	1
Reorganização psíquica pós divórcio.	9
Violência psicológica.	9
Violência física.	3
Violência verbal.	3
Violência moral.	2
Não elaboração do divórcio psíquico.	7
Reorganização da relação conjugal.	1
Impotente através da incapacidade física, gerada pela idade.	1
Reorganização da dinâmica familiar pós divórcio.	3
Elaboração do luto – pós morte do conjugue.	1
Reorganização psíquica após a morte de conjugue.	1
Angústia em relação a convivência do atual cônjuge com os filhos do relacionamento anterior.	1
Organização do diálogo entre os ex-cônjuges priorizando o melhor interesse dos filhos.	1
Reestruturação psíquica da família e interessados a mudança de guarda.	1
Angústia mediante a possível mudança de guarda dos filhos.	1
Angústia gerada pela mudança da estrutura familiar.	1
Abalo emocional gerado por meio de conflitos no relacionamento com a família e o namorado.	1
Angústia suscitada pela quebra de vínculo com os filhos.	1
Reestabelecimento de vínculos com o genitor.	1
Insegurança quanto ao relacionamento afetivo.	1

Reestruturação do dialogo familiar.	1
Organização psíquica para o divorcio.	1
Organização do dialogo para reestruturação do vínculo familiar.	1
Não houve a identificação da demanda psicológica.	1
Atendimento psicojurídico adulto	
Ansiedade em lidar com o filho após divórcio.	2
Violência física.	2
Violência verbal.	2
Violência moral.	2
Violência psicológica	2
Violência sexual.	1
Angústia pela organização da guarda da filha.	1
Atendimento Psicojurídico infanto-juvenil	
Não elaboração do luto (morte do genitor).	2
Não aceitação do divorcio dos pais.	2
Atendimento psicojurídico de casal	
Sofrimento na não elaboração do divorcio psíquico.	2
Reorganização psíquica para o divorcio – elaboração do divorcio psíquico.	1

Tabela 1 - Relação das demandas psicológicas dos atendimentos prestados no serviço de psicologia Jurídica do Núcleo de Prática Jurídica e Balcão de Justiça e Cidadania da Faculdade Guanambi. Dados levantados no período letivo 2014.2 e 2015.1 nas fichas cadastrais do Serviço de Psicologia Jurídica. Na primeira coluna dispõe da relação das demandas, na segunda coluna a frequência com que foram apresentadas.

Fonte - Arquivos do Serviço de Psicologia Jurídica do Núcleo de Prática Jurídica mantido pelo Centro de Ensino Superior de Guanambi – Faculdade Guanambi.

O SPJ foi implantado em 11 de agosto de 2014 com a participação de 9 estagiários do curso de psicologia, no semestre de 2015.1 o número de dias e de estagiários foi ampliado, a equipe é composta por 12 discentes do estágio específico e 02 estagiárias remuneradas. No período em análise obteve-se 114 atendimentos, destes 9 não foram evidenciados com demandas psicológicas a serem trabalhadas nos atendimentos.

Levando em consideração que os momentos marcantes de quebra de vínculos e reestruturação de novos vínculos podem proporcionar dor psíquica ou uma ansiedade consideradas por ele como quase insuportável, na qual sobrecarrega o sistema de defesa (ROSENTHAL, 2012), apontando que há necessidade de uma atenção maior aos que são assistidos pelos serviços.

Com base na teoria descrita por Rogers (1997), deve trabalhar com o cliente de modo vazio, colocando-se no lugar do outro proporcionando um acolhimento congruente, utilizando do mecanismo da fala, retroalimentação e da ludicidade para acessar de modo menos doloroso e proporcionando a esse sujeito uma tendência

atualizante juntamente com a consciência de si mesmo possibilitará o amenizar do sofrimento psíquico (MORATO, 1999).

O Serviço de Psicologia nas questões relacionadas por intermédio das entrevistas e da análise documental e aos quesitos em destaque, nota-se que atende com qualidade as necessidades e os serviços a serem desempenhados. Demonstrando que os objetivos traçados para o papel do Serviço de Psicologia, estão sendo cumpridos e executados com qualidade mediante às falas, demonstrado pelo aumento nas modalidades e o número de atendimentos entre os semestres, adequando-se de acordo às demandas apresentadas.

Os sujeitos entrevistados vivenciaram a prática da psicologia através de estágios específicos e serviços prestados para a instituição, para evidenciar aspectos de como se configura os serviços prestados e a importância para o desenvolvimento do aprendizado ao longo da graduação. Demonstrando através do relato da experiência uma análise do fenômeno apresentado.

- Apreensão e efetividade do Serviço de Psicologia

Conhecendo a estrutura e os serviços fornecidos pelo SPJ (Serviço de Psicologia Jurídica), relata que o acolhimento psicológico "busca diminuir o conflito existente entre as partes, e visa o melhor interesse da criança ou do adolescente (M)". Carneiro et al. (2010) dispõe que a base estrutural do Balcão de Justiça e Cidadania através do mecanismo da mediação é diminuir, logo a função da psicologia tem contribuído para que se desenvolva o seu funcionamento.

O corpo docente do SAJU I e II e o BJC - compreendem como forma de "[...] possibilitar um acolhimento mais humanizado [...] proporcionando aos envolvidos resolver ou pelo menos amenizar questões de ordem emocional e social (N)". Ponderando com Mahfoud (1987) que traz que ao se colocar à frente do cliente, deve-se proporcionar um ambiente onde ele possa sentir-se acolhido, deve-se centrar na pessoa e não no problema. Partindo dessa compreensão, podemos observar que há um olhar amplo sobre a necessidade dos serviços prestados, descrevendo de modo detalhado como é necessária a observação dos aspectos biopsicossocial.

- Importância para a formação profissional:

A implantação do SPJ proporciona aos discentes um aprendizado qualificado de modo "muito benéfico (G)", com os conhecimentos teórico e prático ampliados. Fernandes et al. (2005), faz uso da DCENF para trazer em discussão as possibilidades de gerar competência de aprendizado, Fernandes et al. (2005) e a entrevistada G se assemelham ao dispor que é de grande importância para o desenvolvimento do futuro profissional. Proporcionando um atendimento que supra as necessidades dos envolvidos, tanto discentes quanto docentes, gerando um aprendizado múltiplo.

- Multidisciplinaridade:

Müller et al. (2007), percebe-se essa multidisciplinaridade na relação de Psicologia

e Direito que dispuseram a atuarem em parceria, como uma sumarização positiva, pois relacionará tanto os aspectos objetivos quanto emocionais e inconscientes. Sendo para a entrevistada 'G' "[...] extremamente positiva para atender da melhor forma possível os indivíduos envolvidos nas questões que chegam ao Núcleo de Prática Jurídica e Balcão de Justiça e Cidadania e o Serviço de Psicologia Jurídica".

A psicologia e o direito se entrelaçam com a visão de fazer um atendimento psicológico e jurídico de qualidade, mostrando uma uniformidade nas relações, possibilitando um melhor desempenho do conhecimento.

4 | CONCLUSÕES

A atuação da psicologia jurídica apresentou no lapso temporal em análise que vem proporcionando benefícios, podendo ser observado através dos dados colhidos e das entrevistas feitas com os envolvidos nos serviços do Núcleo de Prática jurídica, Balcão de Justiça e Cidadania e o Serviço de Psicologia Jurídica da Faculdade Guanambi, com parecer positivo explanando os benefícios vistos após a implantação do serviço de Psicologia Jurídica.

Possui em conjunto, um caráter tanto preventivo quanto curativo, mostrando que através da possibilidade do diálogo e de decisões não imediatas, podem contribuir para amenizar as possíveis consequências da dissolução de uma união, ou outros acordos previstos.

Desenhando uma historia de implantação que está em constante adequação à necessidade do âmbito de atuação apresentando mudanças no número de atendidos pelos setores, reajuste das modalidades de atendimento do Serviço de Psicologia Jurídica, estando mais presente no acolhimento dos sujeitos assistidos pelo âmbito jurídico em análise.

Mostra-se pertinente através dos dados tabulados, das demandas psíquicas levantadas e das entrevistas analisadas. Percebe-se que o trabalho da psicologia jurídica dentro do Núcleo de Prática Jurídica traz benefícios consideráveis ao público alvo, implicando-o a refletir sobre suas tomadas de decisão e com isso elaborar uma nova perspectiva para sua vida. Assim sendo através das discussões e análises do artigo vê-se que a interseção entre a psicologia e o direito tem proporcionado benefícios tanto para quem é acolhido de forma multidisciplinar, quanto para docentes e discentes, ao propor uma nova prática tanto para a psicologia quanto para o direito enquanto ciência e profissão.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, S., Atualidade da psicologia jurídica. **Psibrasil Revista de Pesquisadores da Psicologia no Brasil**, v. 2, 2001.

ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto. ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DO

PROCESSO. **TEMA-Revista Eletrônica de Ciências (ISSN 2175-9553)**, v. 8, n. 12, 2010.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. Saraiva, 2002.

BRAZIL, Constituição. Constituição da república Federativa do Brasil. 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. SA Fabris, 1988.

CARNEIRO, D. C.; VASCONCELOS, M. C.; DA SILVA, S. M. O projeto “balção de justiça e cidadania” como um instrumento de efetivação do acesso à justiça e da cidadania ativa através da mediação comunitária. **TJBa**, 2010.

CARVALHO, M. C. N. de. Contribuições para a formação de psicólogos jurídicos: uma década de experiências. In: Conselho Federal de Psicologia **Série técnica : caderno de psicologia jurídica**, FERREIRA, A. P. B.; BERNARDINI, A. M.; ANDRADE, A. M. R. FERRAZ, E. M., MAÑEZ, J. D. V.; ROMERO, K. R. P. dos S.; CHAVES, K. B., ROEHRIG, L. D.; CARVALHO, M. C. N. de; GONZAGA, M. T. C.; SOUZA, M. de; HASSON, M. E.; SVOBODA, N. K.; KULKA, T.; Curitiba : Unificado, p. 21-27, 2007.

CESCA, T. B., O papel do psicólogo jurídico na violência intrafamiliar: possíveis articulações. **Psicologia & Sociedade**, v. 16, n. 3, p. 41-46, 2004.

DANTAS, A. F., Acesso à Justiça e assistência jurídica gratuita no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011.

DE SENA, A. G., Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007em:<<http://www.cfab-analyse-bioenergetique.com>>, acesso em 04/12/2014, 21:46.

FERNANDES, J. D.; XAVIER, I. D. M.; CERIBELLI, M. I. P. F., BIANCO, M. H. C.; MAEDA, D., RODRIGUES, M. V. D. C. Diretrizes curriculares e estratégias para implantação de uma nova proposta pedagógica. **Revesc enfermagem USP**, v. 39, n. 4, p. 443-9, 2005.

FRANÇA, F., Reflexões sobre psicologia jurídica e seu panorama no Brasil. **Psicologia: Teoria e prática**, v. 6, n. 1, p. 73-80, 2004.

HOLANDA, A., Questões sobre pesquisa qualitativa e pesquisa fenomenológica. **Análise psicológica**, v. 24, n. 3, p. 363-372, 2012.

HUSS, M. T., **Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações**. Artmed, 2011.

LAGO, V. D. M., AMATO, P., TEIXEIRA, P. A., ROVINSKI, S. L. R., BANDEIRA, D. R, Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil se seus campos de atuação. **Estudos de Psicologia. Campinas. Vol. 26, n. 4 (out./dez. 2009), p. 483-491**, 2009.

LEONELLI, Vera; MESQUITA, Jerônimo. Direitos Humanos, acesso à justiça e mediação popular. **Bahia Análise & Dados, Salvador**, v. 14, n. 1, p. 79-85, 2004.

Leal, L. M., Psicologia jurídica: história, ramificações e áreas de atuação, **Diversa**, Ano I - nº 2 :: jul./dez. 2008. pp. 171-185

MAHFOUD, M., A vivência de um desafio: plantão psicológico. **Aconselhamento psicológico centrado na pessoa. São Paulo: EPU**, p. 75-83, 1987.

MARCONI, M. de A., LAKATOS, E. M. Fundamentos de metodologia científica. In: **Fundamentos de**

metodologia científica. Atlas, 2010.

MIRA y LOPEZ, Emílio Manual de psicologia jurídica. Tradução, o e notas: Ricardo Rodrigues Gama 2 ed. atualizada. Campinas: LZN, 2005, P.421.

MORATO, H. T. P., **Aconselhamento Psicológico Centrado na Pessoa** . Casa do Psicólogo, 1999.

MOZENA, H.; CURY, V. E., Plantão Psicológico em um serviço de assistência judiciária. **Revista Memorandum**, v. 19, p. 65-78, 2010.

MÜLLER, F. G.; BEIRAS, A.; CRUZ, R. M. O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina. **Aletheia**, n. 26, p. 196-209, 2007.

RODRIGUES, M. de S. Em defesa do Cidadão: Assistência Jurídica gratuita na UFMT. **Revista de Estudos Sociais**, v. 4, n. 7, 2011, p. 7-30.

ROGERS, C. R., **Tornar-se pessoa**, Trad MANUEL J. do C. F., AL VAMAR L., Martins Fontes, São Paulo: 5 edição, 1997. p. 247.

ROSENTHAL, R. W., **O Plantão de Psicólogos no Instituto Sedes Sapientiae: uma proposta de atendimento aberto à comunidade** In :Plantão Psicológico: novos horizontes / Miguel Mahfoud (org.) – 2ª edição, revista e ampliada– São Paulo: Companhia Ilimitada, 2012. P. 156.

SANTOS, C. N. Os balcões de justiça e cidadania como meio de acesso à Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14585&revista_caderno=9>. Acesso em: abr 2015.

TORRES, A. F. M. Acesso à Justiça. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, III**, n. 10, 2002.

VIANA, P. T., LUIZ, H. R. S., CATIA, G. JULIANA, M. G. L., KARLA, P. M. da S., CRISTIANA, M. C. L., Manual de normalização de trabalhos acadêmicos orientações quanto à elaboração e apresentação gráfica do trabalho de conclusão de curso – TCC, **Comissão de Estudos e Normalização Científica da Faculdade Guanambi – CENCI**, Guanambi – BA, 2013.

VICENTE, R. G.; BIASOTO, L. G. A. P., O conhecimento psicológico e a mediação familiar. **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**, p. 143-168, 2003.

PUBLICIDADE, EMPODERAMENTO FEMININO E O REPOSICIONAMENTO DA CERVEJA ITAIPAVA

Larissa Rayane Coêlho Costa Portela

Formada em Publicidade e Propaganda, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: larissarcoelho@gmail.com.

Maria Aparecida Ramos da Silva

Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Atua nas áreas de Comunicação e Sociologia, com ênfase nos seguintes temas: comunicação e sociedade, participação política e mídias pós-massivas, novas tecnologias de informação e comunicação, processos midiáticos e direitos humanos. E-mail: cidaramoss@gmail.com.

RESUMO: Este artigo busca refletir acerca da representação da mulher na publicidade da cerveja Itaipava, a partir do papel da personagem Verão, garota propaganda da marca. Tradicionalmente, as marcas de cerveja apresentam a persona feminina muitas vezes de forma estereotipada, retratando a mulher como objeto sexual e de maneira subserviente, com o objetivo de servir aos homens. Para isso, foi utilizada a análise de conteúdo das campanhas da marca em que a personagem Verão estava presente desempenhando papel central na propaganda. Conclui-se que a marca possuía um perfil de posicionamento que foi alterado consideravelmente, ocorrendo um reposicionamento da publicidade da cerveja Itaipava, que mudou a forma de representação

da mulher em suas campanhas publicitárias.

PALAVRAS-CHAVE: Marca. Cerveja. Feminino. Publicidade. Reposicionamento.

ABSTRACT: This article analyzed the representation of women in the advertising of Itaipava beer, from the role of the character Verão, girl advertising the brand. Traditionally, beer brands often portray the female persona stereotypically portraying the woman as a sexual object and subserviently, in order to serve men. For this, the content analysis of the brand campaigns in which the character Verão was present played a central role in advertising. In conclusion, we considered that the brand had a positioning profile that was changed considerably, resulting in a repositioning of Itaipava beer advertising, which changed the way women represent their advertising campaigns.

KEYWORDS: Brand. Beer. Feminine. Advertising. Repositioning.

INTRODUÇÃO

A desigualdade de gênero está presente em nossa sociedade desde sua formação. Ao ter o patriarcalismo como base para a estruturação da organização familiar, foi imposto à mulher o papel de subserviência, o que fez com que as famílias se configurassem tendo o homem como a figura central da sociedade. A mulher

era tida como figura secundária a quem eram destinadas as tarefas domésticas, a criação e educação dos filhos e a obediência, primeiro aos pais e depois ao marido. Esse modelo de sociedade foi enfraquecendo em meados do século XX, com a entrada da mulher no mercado de trabalho e sua conseqüente conquista de direitos advindas de sua independência financeira (FREITAS, 2010).

Uma forma de ilustrar essa desigualdade é quando observamos criticamente a maneira como a mulher é retratada pela publicidade. Entre os mais diversos produtos oferecidos pelas propagandas, está a figura feminina utilizada como atrativo para a venda dos mais diversos produtos. Retratada de maneira estereotipada, servindo de objeto sexual, e enquadrada em certos padrões de beleza que não condizem com a realidade de grande parcela das mulheres brasileiras, é dessa forma que a mulher é vista na publicidade.

Por se tratar de um meio de comunicação de massa, a publicidade desempenha papel importante na sociedade e na concepção da realidade por parte de quem entra em contato com a sua mensagem. Ao reproduzir determinados estereótipos, a publicidade está reforçando antigos preconceitos e visões deturpadas acerca das mulheres. Naturalizando a sexualização e reforçando o sentimento de posse ao vender a imagem da mulher como uma figura servil e sensual, a publicidade contribui para a inferiorização feminina em nossa sociedade.

A maneira como a mulher é representada na publicidade se reflete em nossa sociedade de forma bastante desfavorável. No entanto, algumas marcas já atentaram para essa realidade, motivadas por consumidores mais conscientes e críticos, com as redes sociais estreitando essa relação. Isso tem possibilitado o diálogo, a interação e a reação em tempo real desses consumidores, e as marcas estão adequando seu discurso e se reinventando em relação à imagem feminina para fortalecer o vínculo com o público, em especial o público feminino.

A reavaliação e o reposicionamento por parte das marcas em relação a representação da imagem da mulher em sua publicidade, representa um passo importante na luta das mulheres por igualdade de gênero. E quando essa figura se transforma em um sujeito relevante, importante na publicidade, isso colabora com essa luta e dá forças às mulheres em sua constante luta por equidade numa sociedade tão desigual.

Com o presente trabalho, busca-se analisar como esse fenômeno vem ocorrendo na publicidade da cerveja Itaipava, em relação ao papel desempenhado pela personagem Verão, garota propaganda da marca. A escolha se deu ao constatar que, por influência das transformações sociais citadas anteriormente, a marca Itaipava, sob a ótica da representação feminina, alterou a forma com que a personagem Verão era tratada em sua publicidade. Para isso, foi feita a análise de campanhas publicitárias da marca, visando mostrar o posicionamento inicial da cerveja, em seguida, são analisadas as peças publicitárias que ressaltam a mudança e o reposicionamento da Itaipava.

Publicidade e Reposicionamento de Marca

Publicidade deriva de público (do latim *publicus*) e designa a qualidade do que é público. Segundo Sant'anna (2002, p. 75), significa “o ato de vulgarizar, de tornar público um fato, uma ideia. Propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias”. Por vezes confundidos entre si, os termos publicidade e propaganda costumam ser utilizados como sinônimos, apesar de que, ainda segundo o autor, esses vocábulos não signifiquem rigorosamente a mesma coisa.

De forma geral o termo publicidade significa divulgar, e propaganda passa o sentido de implantar uma ideia na mente de outras pessoas. Ao anunciar se busca promover vendas e para tal é necessário promover uma ideia sobre o produto para o público. De origem eclesiástica, a palavra propaganda é mais utilizada que publicidade e, atualmente, ambas são usadas indistintamente.

De acordo com Silva (1976), há dois significados bem definidos para a propaganda: comercial e político. O comercial trata da divulgação de mensagens através de anúncios, cujo objetivo é de influenciar os consumidores, sendo frequentemente utilizado por empresas para tornar seus produtos ou serviços conhecidos junto ao público. Já o sentido político trata da divulgação de doutrinas, opiniões e informações.

Um meio que é pago para tornar conhecido, não só um produto, mas também serviços e empresas, a publicidade tem o objetivo de despertar o desejo ou criar prestígio pelo que está sendo anunciado, sem esconder o nome e as intenções de quem anuncia. E, acima de tudo, se trata de um meio de comunicação de massa, com o intuito de vender ideias, conceitos e produtos, estimulando e motivando a venda.

A publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos ou serviços. A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com economia, velocidade e volume maiores que os obtidos através de quaisquer outros meios (SANT'ANNA, 2002, p. 76).

De acordo com o autor, a publicidade é uma técnica responsável por levar às massas informações acerca de seus produtos e, a partir de seu conteúdo, influenciar o comportamento dos que entram em contato com essas mensagens.

Em tempos de vendas mais competitivas e clientes exigentes, se tornou primordial ir além de satisfazer as necessidades básicas de cada mercado consumidor, é necessário satisfazer também os anseios emocionais e espirituais desses consumidores em potencial. A publicidade destacou o cliente do seu discurso, o foco passou do produto para o consumidor, que por sua vez, deixou de comprar para satisfazer suas necessidades elementares. Nesse contexto, ele passa a adquirir um produto levando em conta também o seu emocional, deixando o racional um pouco de lado. Assim, surge o conceito do Marketing 3.0, proposto por Philip Kotler (2010), centrado no ser humano que aborda o modo do consumidor atual comprar

com “coração, mente e espírito”.

Segundo o autor, a última geração do Marketing é composta por três outras eras: a era da participação e do marketing colaborativo; a era do paradoxo da globalização e do marketing cultural e a era da sociedade criativa e do marketing espiritual ou do espírito humano. Dessas, a primeira é composta por maneiras inovadoras de criação de produtos; a segunda se mostra como uma iniciativa de enxergar o consumidor como ser humano; e a terceira é a apresentação do conteúdo desenvolvido pela empresa / marca / negócio nas duas primeiras etapas para o consumidor. Essa nova forma de enxergar o consumidor tem seu papel de destaque no livro.

Essas novas estratégias são impulsionadas por um novo consumidor que, ao se deparar com tantas opções de produtos, marcas, modelos, preço, valor agregado, se encontra diante de um universo de escolhas. Esse consumidor está amadurecendo e percebendo o mundo ao seu redor. Um consumidor que une o racional e o emocional, e vê no seu consumo uma forma de contribuir com mudanças significativas no mundo em que vive. É isso que as marcas estão oferecendo com estratégias voltadas para o bem-estar, não apenas de seus consumidores, mas também para o meio ambiente e melhoria social.

A partir desse conceito podemos perceber que estamos vivenciando um momento de mudanças e engrandecimento humano a partir do direcionamento social da publicidade, movido pela sociedade. Questões importantes estão sendo propostas pelas propagandas, as marcas estão acompanhando as urgências sociais e se moldando às necessidades desses consumidores que buscam respostas e atitudes com que eles se conectem, fazendo com que se crie um vínculo mais fortalecido entre marcas e consumidores.

Posicionamento e reposicionamento de marca

De acordo com Kapferer (1992), o processo do posicionamento é um processo mental, o que torna claro a complexidade deste conceito, visto que trata sobre os mecanismos perceptivos dos consumidores, dificultando a pesquisa nessa área. “O posicionamento proporciona o significado contextual da marca e define como ela é comparada com as marcas concorrentes” (DUNCAN; MORIARTY, 1997, p. 73), os autores evidenciam a definição do posicionamento da marca através da percepção por parte dos consumidores.

Originalmente, o conceito de posicionamento foi proposto pelos autores Ries e Trout (1996, p. 4-5), para eles “o posicionamento é o que você faz com a mente do cliente potencial, ou seja, você posiciona o produto na mente do seu cliente”. Posteriormente, esse conceito foi ampliado por autores que deram abrangência estratégica ao posicionamento, como Kotler (2000, p. 321) que afirma que o “Posicionamento é o ato de desenvolver a oferta e a imagem da empresa para ocupar um lugar destacado na mente dos clientes-alvo”.

Assim, o posicionamento de uma marca no mercado, e conseqüentemente, na

mente do consumidor, requer planejamento de comunicação elaborado, integrado e vinculado às características do produto. Reposicionar uma marca, no entanto, é assumir riscos muito maiores, por se tratar da redefinição dos elementos da imagem da marca, referenciais já existentes para o consumidor. A forma com que isso vem a ser realizado pode gerar resultados fora do esperado.

Há forte recomendação da manutenção e fortalecimento do posicionamento da marca, mas algumas situações ou condições podem impor ou sugerir a necessidade de mudança no posicionamento dando origem a uma reformulação, para adequar a marca com o intuito de desenvolvê-la no mercado para atingir novos objetivos e conseqüentemente buscar novas atuações na percepção do consumidor. Nos deparamos com o questionamento proposto por McKenna (1992): “como uma empresa pode estabelecer uma posição sólida nos mercados atuais em rápida transformação?”, ao enfrentar uma sociedade em constante mudança cabe às marcas saberem aproveitar as oportunidades que tais mudanças podem representar.

No reposicionamento, se baseando em seus concorrentes, as marcas podem optar por uma abordagem ofensiva ou defensiva, dependendo da necessidade e maneira que pretende se posicionar diante deles no mercado.

Fundamentando-se em duas variáveis que são: as promessas e o desempenho da marca frente as opções disponíveis no mercado. Para o reposicionamento é necessário o estabelecimento de um conjunto maior de pontos diferenciais da concorrência, tais como “relembrar o público alvo das virtudes da marca” (KELLER, 1998, p. 531) com intuito de obter o alinhamento com as novas realidades do mercado, assim como reversão de atitudes desfavoráveis ligadas à imagem da marca.

Em diversos casos o reposicionamento se faz necessário para que haja fortalecimento e destaque da marca no mercado. O processo demanda visão e posição compreensiva acerca das informações vinculadas aos atributos e à percepção do público. O planejamento é fundamental para a decisão e desenvolvimento de todo o processo de reposicionamento. No entanto, neste processo se deve ter em mente que é o consumidor, em última instância, que vai determinar o nível de apropriação das promessas realizadas e o grau de relacionamento desejado com a marca.

Cerveja e Empoderamento Feminino

A cerveja se tornou um produto essencial na economia do nosso país e, segundo a CervBrasil, o “setor cervejeiro é um dos mais relevantes da economia brasileira, com investimento próximo aos R\$ 20 bilhões entre 2011 e 2014”¹. A bebida está consolidada no mercado brasileiro, e é muito apreciada pelo nosso povo, chegando a ser considerada como paixão nacional. Ainda segundo dados da CervBrasil, o “país está na 27ª posição mundial, com consumo de 66,9 litros por pessoa, em 2014”.

A publicidade das marcas de cerveja, desde o início, é direcionada ao

¹ CERVBRASIL. **Setor cervejeiro é um dos mais relevantes da economia brasileira**. Disponível em: <http://www.cervbrasil.org.br/paginas/index.php?page=dados-do-setor>. Acesso em 20 fev. 2019.

público masculino. O público-alvo do setor, geralmente, é constituído por homens, heterossexuais, de distintas classes econômicas e com a faixa etária acima dos 18 anos, e as estratégias de persuasão destinadas a estes consumidores se restringe à utilização da mulher como uma ferramenta para atrair a atenção deles. A mulher é apresentada como um objeto para servir ao homem, e a bebida é tratada como algo que pode ser utilizado como facilitador para atrair e conquistar as mulheres. As personagens femininas apresentam um padrão de beleza esbelto, com nádegas e seios fartos, pele bronzeada, e sempre estão de biquínis ou vestidas com roupas curtas. Nesse formato de propaganda, a mulher é recorrentemente transformada no próprio produto, como se fosse ela que devesse ser consumida.

No entanto, devido a uma série de mudanças políticas, sociais e econômicas, esse modelo de propaganda vem sendo questionado e debatido em diversos âmbitos da sociedade. O consumo da bebida por parte do público feminino se configura como uma fatia significativa para ser ignorada pelo mercado e um estudo realizado pelo Painel Nacional de Domicílios da Kantar Worldpanel, com dados de 2011, aponta que mulheres com idade aproximada aos 35 anos “consomem 23% do volume de cerveja do país — mesmo percentual dos homens com mais de 35 anos. As mais velhas têm um ritmo mais lento e são responsáveis por 19% do consumo total”². As marcas de cerveja estão adequando seu discurso e reposicionando a imagem da mulher em sua publicidade, visando dialogar e criar vínculo com esse público.

A publicidade para homens e o posicionamento da Itaipava

A cerveja Itaipava, criada em 1993, faz parte do grupo Petrópolis e é produzida na região serrana do Rio de Janeiro. Segundo o grupo Petrópolis a marca atingiu participação de 13,8% no mercado, em 2015. A marca tem como assinatura “A Cerveja 100%”. Em suas campanhas, a Itaipava sempre busca promover o conceito do espírito do verão, ligado a férias, praia e sol, criando o clima propício no imaginário do consumidor para desfrutar de uma cerveja gelada, transformando a contagiante estação em uma forma de viver a vida.

Desde 2014, a Itaipava tem como garota propaganda a personagem Verão (aumentativo de Vera), interpretada pela modelo Aline Riscado, reforçando o posicionamento da marca atribuído à estação, que é reiterada em sua comunicação como uma forma de enxergar a vida de maneira mais leve e divertida. Inicialmente, essa personagem foi utilizada de forma hipersexualizada, como mulher objeto nas propagandas da marca, se utilizando de todas as estratégias de valorização do corpo e submetendo a figura feminina às vontades dos homens. Ela aparecia servindo a cerveja e o ‘bom humor’ era utilizado para justificar tal exposição.

² EXTRA. **Mulheres com até 35 anos consomem tanta cerveja quanto homens mais velhos.** Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/mulheres-com-ate-35-anos- consomem-tanta-cerveja-quanto-homens-mais-velhos-6234317.html>. Acesso em 23 fev. 2017.

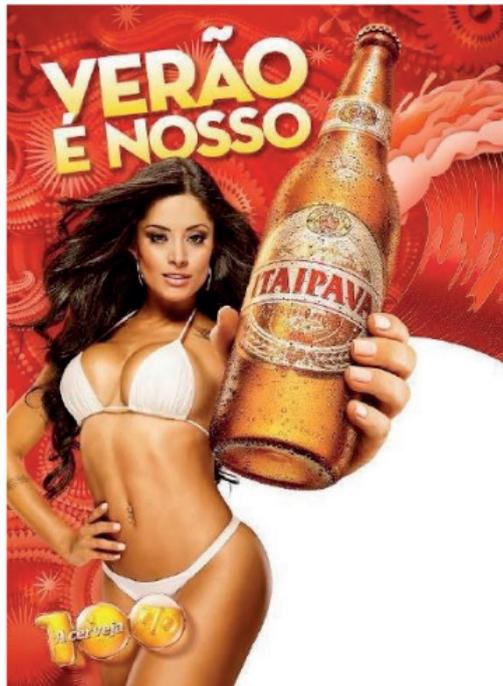


Figura 1 - Cartaz Verão é nosso

Fonte: divulgação



Figura 2 - Cartaz Faça sua escolha

Fonte: divulgação

Na figura 1, o cartaz “Verão é nosso” traz a imagem feminina que sempre é associada e utilizada na publicidade de cerveja, com o objetivo de demonstrar a sensualidade da mulher brasileira, sendo representada seminua, de biquíni, exibindo seu corpo dentro dos padrões estéticos vendidos pela mídia, segurando a cerveja. O texto da peça atribui um duplo significado em relação ao termo Verão, que pode ser interpretado como a estação, ou como a personagem, o que passa a ideia de posse sobre a garota propaganda. A mulher é retratada apenas como chamariz para o produto.

Algumas campanhas da marca tiveram uma repercussão negativa, como o cartaz ilustrado na Figura 2, que fazia parte da campanha “Itaipava, Verão 100%” que foi retirado de circulação. O cartaz, utilizado em pontos de venda, mostra a personagem Verão usando um biquíni vermelho, segurando uma garrafa e uma lata da cerveja Itaipava nas mãos. Acima das embalagens estão as legendas 300ml e 350ml, que mostram o tamanho correspondente a elas. Abaixo dos seios da modelo uma legenda semelhante indica 600ml, em alusão ao silicone da modelo, seguido da mensagem “Faça sua escolha”. Devido a reações críticas, a Itaipava foi orientada pelo Conar³ a retirar a peça de circulação devido ao “apelo excessivo à sensualidade”. Este caso trouxe uma repercussão de desaprovação que afetou a imagem da marca junto aos consumidores, visto que a forma como a personagem é hipersexualizada nessa e em outras campanhas da cervejaria não passou despercebido pelo público. A personagem já está consolidada como parte da identidade da marca Itaipava, fazendo parte do imaginário dos consumidores e sendo facilmente associada a ela.

3 CONAR pede suspensão de campanha da Itaipava. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/marketing/>

Isso é percebido no vídeo analisado a seguir. Trata-se do filme “Vai e Vem”, que faz parte da série “Verão é nosso”, campanha que marca o início do posicionamento da Itaipava com a estação mais quente do ano. O vídeo tem a duração de 30 segundos, e criação de Celso Alfieri e Pedro Cavalcanti, direção de criação de Rui Branquinho e direção de cena de Clovis Mello, da produtora Cine, a produção é assinada pela agência Y&R.



Figura 3 – Cenas do vídeo vai e vem

Fonte: Youtube

O vídeo “Vai e Vem” se passa em um típico dia ensolarado de praia, no bar Verão. Vestindo uma blusa branca de tecido transparente de alças finas e amarrada abaixo dos seios, deixando a barriga à mostra, e uma minissaia vermelha, a personagem Verão limpa uma mesa, quando é chamada por um cliente: “Verão, me vê uma Itaipava, por favor?”. A moça responde: “Vou pegar”.

conar-pede-suspensao-de-campanha-da-itaipava/. Acesso em: 18 mar. 2019.

Ao caminhar até o balcão do bar, sua saia esvoaça, exibindo parte de suas coxas e seu traseiro. Enquanto isso, o cliente que fez o pedido a observa de trás e diz: “Vai Verão, vai Verão”, admirando seu corpo. Em frente à personagem há outra mesa com mais dois clientes, que observam sua chegada enquanto dizem “Vem Verão, vem Verão”. A moça chega ao balcão e pede: “Mais uma Itaipava”, o garçom responde “É pra já” enquanto abre a garrafa de cerveja e a entrega e diz: “Vai Verão”. A moça então se dirige ao primeiro cliente, exibindo novamente suas curvas, enquanto os homens ao redor falam em coro: “Vai Verão” ou “Vem Verão”.

Para encerrar, o narrador passa a mensagem: “O Verão é nosso. Itaipava, a cerveja 100%. Beba com moderação”. A cena final mostra Verão no balcão, segurando uma garrafa de cerveja Itaipava e dizendo ao garçom “Vai vender tudo!”.

No vídeo “Vai e Vem”, a Itaipava usou estratégias frequentemente adotadas nas propagandas de cerveja: as cenas se passam em um bar, num dia ensolarado de verão; a personagem feminina hipersexualizada é transformada em mulher objeto, cuja função é servir aos homens. Usando roupas curtas e com os enquadramentos que valorizam as curvas do seu corpo, o filme reforça a objetificação da imagem feminina, pois ao valorizar o corpo da mulher, focando na sua sexualização, a publicidade está diminuindo a importância social dessa mulher e contribuindo com a ideia de posse.

Esses são apenas alguns exemplos da objetificação feminina explorada na publicidade da Itaipava em anos recentes. A seguir, serão analisados dois vídeos que marcam o reposicionamento da marca na forma de retratar a imagem da mulher.

O protagonismo da personagem Verão e o reposicionamento da Itaipava

Nas campanhas mais recentes da cerveja envolvendo a garota propaganda, podemos perceber, se compararmos com as primeiras peças da Itaipava com a personagem Verão, que há uma mudança gradual na forma como ela é retratada. Verão não se restringe mais a uma garçonete atraente que tinha o intuito de ser utilizada como atração para os consumidores do produto. Nos últimos vídeos há um crescente protagonismo, a personagem se tornou narradora, ela tem algo de valor a falar e passar para o público. A marca vem se reposicionando através dessas mudanças graduais na representação e no papel da personagem em suas propagandas.

A agência Y&R atende o Grupo Petrópolis desde março de 2012, assumindo com o objetivo de renovar a publicidade da marca e reforçar o vínculo com os consumidores. A agência apostou no conceito “Cerveja 100%”, e a parceria dura até os dias atuais, sendo ela responsável pela criação do conceito “Verão a estação 100%” e da garota propaganda que leva o mesmo nome da estação. Podemos observar que a Itaipava e a Y&R nas últimas campanhas estão dando novos rumos à comunicação da marca e substituindo o apelo sexual por estratégias que criam outras alternativas de abordagem com o público. Como a ação a seguir.



Figura 4 - Intervenção no elevador

Fonte: Youtube

As intervenções no shopping El Dourado, em São Paulo, que transformou três elevadores em ambientes descontraídos: uma praia, um churrasco e um bar, foi uma criação da Y&R em conjunto com a equipe de marketing da marca. A ação surpreendeu os visitantes que tiveram reações engraçadas ao se depararem com a ambientação no elevador que contou até com a utilização de personagens (garçom, surfista e churrasqueiro).

A publicidade da Itaipava vem passando por mudanças e adotando novas estratégias para atrair os consumidores. Utilizando o conceito da estação mais quente e aguardada do ano para fortalecer a imagem da marca e apostando em uma nova forma de se comunicar com esses consumidores.

Além de ações com um conteúdo realmente humorístico, há o reposicionamento da marca em relação a representatividade da personagem Verão na propaganda. Essas mudanças podem ser observadas nos vídeos “Nova Embalagem” e “Abertura”.



Figura 4 - Cenas do vídeo Nova Embalagem

Figura 5 - Cenas do vídeo Abertura

Fonte: Youtube.....

..Fonte: Youtube

A figura 1 traz imagens do vídeo “Nova Embalagem”, que tem duração de 30 segundos, cuja campanha foi lançada para apresentar a nova identidade visual da Itaipava. A criação é de Bruno Souto e José Neto, com direção de criação de Rui Branquinho e Celso Alfieri. A produção do filme é da Vetor Zero, com direção de cena de Nando Cohen e Mateus de Paula.

O vídeo se passa na praia em um dia ensolarado e tem início com a personagem Verão, enquadrada em close, vestindo uma blusa vermelha de alça e bem decotada, em um quiosque apresentando a nova embalagem da cerveja Itaipava, com uma garrafa de 600ml em uma mão e uma lata na outra, enquanto narra: “A Itaipava está com uma nova embalagem inspirada no verão. Eu adorei, porque tem o dourado da minha pele”. Nesse momento, entra uma música enquanto o cabelo da moça voa ao vento. Verão continua narrando, enquanto os personagens citados por ela vão aparecendo respectivamente nas cenas seguintes:

O salva-vidas porque tem selo de proteção. Eles (um trio de amigos, dois homens e uma mulher) por causa do branco, afinal *happy hour* não pode passar em branco. Elas (três mulheres ruivas), por causa do vermelho. O pescador gostou, e acredite, é verdade. O Carlão (garçom) porque os clientes vão gostar, e pra ele, o cliente é rei, e rei usa coroa.

A cena volta para a locação inicial do vídeo, que agora apresenta a garrafa e a lata em primeiro plano, enquanto a personagem vem chegando por trás encosta no balcão enquanto fala: “Quem é do verão vai adorar”. Entra a assinatura e Verão finaliza: “Itaipava, a cerveja 100%. Beba com moderação”.

No vídeo “Nova Embalagem”, as estratégias utilizadas pela Itaipava para apresentar sua nova identidade visual é o foco do vídeo no produto e com o texto reforçando os detalhes do design e atribuindo sentido e valor para diferenciá-lo dos concorrentes. Um ponto marcante neste vídeo é o papel que a Verão desempenha no filme, ela atua como narradora e o plano do vídeo é mais fechado, o que acaba atenuando a sensualidade da bailarina ao optar por não mostrar outras partes de seu corpo que eram comumente destacados.

O vídeo “Abertura” (Figura 2) tem duração de 30 segundos e foi usado como lançamento da campanha “Verão Sempre Vence”, antecipando a campanha do verão de 2017, que, geralmente, acontece no mês de dezembro, período de extrema importância para as marcas de cerveja, e a Itaipava optou por sair na frente. A criação é de Rafael Pitanguy, com direção de criação de Celso Alfieri.

A propaganda se passa em uma praia ensolarada, enquanto acontecem várias situações que de tão inusitadas são engraçadas, como surfistas indo nadar em um tsunami e pessoas afundando em areia movediça em plena praia. Esses acontecimentos ilustram a seguinte música que é cantada pelo Gabriel Pensador no vídeo:

O ano todo você já deu um jeito / Porque você traz o verão dentro do peito / Tsunami no escritório, que preguiça / Sem diversão a areia seria movediça / O que não falta é abacaxi pra descascar / Pirata Pow..., pigmeu gigante, sei lá.

Em seguida, a personagem Verão entra em cena, com uma Itaipava na mão, e se junta a outras pessoas e personagens (piratas, marinheiros, hippies) que estão festejando na praia e dá sequência a música cantando: “Mas pra tudo nessa vida sempre tem uma solução / Pra quem tem o espírito de verão / Com a Itaipava na mão, tem mais histórias de verão”.

No vídeo “Abertura”, nos deparamos com um filme de teor humorístico, em nenhum momento se explora o corpo das mulheres presentes na peça, temos o foco em situações inusitadas ilustradas no vídeo que vão de encontro à música cantada pelo Gabriel Pensador e pela garota propaganda Verão. O ponto alto do filme são as histórias que as pessoas vivem no verão para contrapor com as dificuldades da rotina de trabalho, em clima de descontração e festa.

Humor e novo posicionamento para conquistar consumidores(as)

Nas campanhas mais recentes da marca é notável a mudança do papel da mulher em suas peças, que tem reposicionado seu conteúdo se utilizando do humor como característica principal na comunicação com o consumidor.

Segundo Sant’Anna (2009), o humor é uma ferramenta poderosa para fixar na mente e no coração. Porém, na publicidade o uso do humor possui um objetivo além de fazer rir, sendo seu objetivo principal vender.

O humor é uma potente ferramenta de atração na publicidade, pois ao perceber o tom humorístico no comercial o público se sente atraído a assisti-lo até o fim, criando assim empatia com a marca. O problema é que, às vezes, esse humor pode ultrapassar limites éticos ao utilizar estereótipos depreciativos que atingem grupos minoritários, ou ao transmitir uma mensagem que pode culminar em exagero, e até, como vimos nas propagandas anteriores da Itaipava, o humor era usado como justificativa para encobrir o machismo contido nas propagandas que depreciavam as mulheres.

Nessas campanhas, há um fortalecimento na representatividade da garota propaganda, quando ela passou de um papel servil para se tornar a porta voz da marca. Com propagandas que não expõem o corpo feminino como objeto a ser desfrutado, passando a usar a imagem feminina como alicerce para construção da mensagem da publicidade são atitudes que despertam a percepção dos consumidores, em especial o público feminino, que passa a enxergar a nova maneira como a imagem da mulher passa a ser retratada, sendo atribuído poder ao seu gênero.

Todas essas reformulações e o reposicionamento na comunicação da marca ajuda a construir e reforçar o conceito de que a mulher não é um mero objeto cuja finalidade é servir, mas sim um sujeito com vontades e direitos independentemente

do gênero. Notamos que a mulher desempenha o mesmo papel que o homem na propaganda, o que colabora para a construção de uma sociedade mais igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto neste trabalho, constata-se que a sociedade está passando por um momento de mudanças sociais, e que essas mudanças são refletidas na publicidade. Por ocupar e desempenhar um papel de destaque em nossa sociedade, a publicidade é diretamente afetada por essas mudanças, e com o surgimento de novas demandas por parte de consumidores mais conscientes em relação às causas sociais, e mais precisamente em relação ao uso da imagem da mulher na publicidade, as marcas precisam adequar suas propagandas para fortalecer o vínculo com esse consumidor.

Ao analisar as campanhas publicitárias da cerveja Itaipava, observando-se o papel desempenhado pela personagem Verão em suas propagandas, percebe-se que ocorreu uma mudança devido uma série de questionamentos por parte dos consumidores, acerca da constante objetificação sexual da mulher presente nas campanhas da marca, o que acarretou, inclusive, na suspensão de peças publicitárias por hipersexualizar a garota propaganda da cerveja.

A Itaipava reproduzia em sua propaganda a imagem feminina ligada ao ato de servir, fomentando a importância da beleza, resumindo a mulher a um ser submisso e para ser apreciado, refletindo e fortalecendo a visão machista existente em nossa sociedade, usando o humor como justificativa para a subvalorização da mulher. Após ter que retirar peças publicitárias de circulação devido ao apelo excessivo à sensualidade, a marca passou a reposicionar a mulher em sua publicidade e a personagem Verão se tornou porta-voz da marca, com personalidade, força e papel importante nas propagandas.

REFERÊNCIAS

DUNCAN, T.; MORIARTY, S. **Driving brand value**. New York: McGraw-Hill, 1997.

FREITAS, Taís Viudes. **O cenário atual da divisão sexual do trabalho**. São Paulo: SOF, 2010.

KAPFERER, J. **Strategic brand management: New approaches to creating and evaluating**. New York: Free Press, 1992.

KELLER, K. L. **Strategic brand management**. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1998.

KOTLER, P. **Administração de marketing**. 10ª. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

KOTLER, Philip. **Marketing 3.0: As forças que estão definindo o novo marketing centrado no ser humano**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

McKENNA, Regis. **Marketing de relacionamento: estratégias bem-sucedidas para a era do cliente**.

Rio de Janeiro: Campus, 1992.

RIES, A.; TROUT, J. **Posicionamento: a batalha pela sua mente**. 6. ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7ª ed. São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002.

SILVA, Z. C. **Dicionário de marketing e propaganda**. Rio de Janeiro: Pallas, 1976. 208 p.

RELAÇÕES DE GÊNERO E PREVIDÊNCIA SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Douglas Santos Mezacasa

Universidade Estadual de Goiás (UEG)
Iporá – GO

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Universidade Federal de Mato Grosso
Barra do Garças – MT

RESUMO: A análise da possibilidade de extensão dos benefícios previdenciários relacionados à comunidade LGBTI estruturou-se como objetivo geral da pesquisa. Tal interesse decorre da visualização de direitos suprimidos do grupo LGBTI, fruto da imposição de modelos heteronormativos que, atualmente, passam a ser questionados, contribuindo para alterações junto ao ordenamento jurídico brasileiro. Por meio de pesquisa bibliográfica, o texto apresenta conquistas alcançadas por esse grupo de minorias e discute os desdobramentos dessas garantias no campo prático previdenciário, motivados por movimentos sociais em busca da igualdade de direitos, o que resultou em formas diversas de extensão dos benefícios.

PALAVRAS-CHAVE: Previdenciário. Benefício. Minorias. Homoafetivo. Conquistas.

GENDER RELATIONS AND SOCIAL
SECURITY: REFLECTIONS ON GRANTING
BENEFITS AS A MEANS OF REALIZING
FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: The analysis of the possibility of extending social security benefits related to the LGBTI community was structured as a general objective of the research. This interest stems from the view of suppressed rights of the LGBTI, result of the imposition of heteronormative models that are being questioned, contributing to changes in the Brazilian legal system. Through a bibliographical research, the text presents achievements reached by this group of minorities and discusses the unfolding of these guarantees in the practical social security field, motivated by social movements in search of equal rights, which resulted in different forms of extension of benefits.

KEYWORDS: Social Security. Benefit. Minorities. Homoafetivo. Achievements.

1 | INTRODUÇÃO

O reconhecimento do ordenamento jurídico de diferentes grupos sociais instaura-se como maneira de efetivar os direitos estabelecidos após o surgimento da triangulação dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2014), principalmente os de segunda geração, que insere nesse contexto, os direitos sociais. O reconhecimento jurídico desses grupos decorre do papel importante dos movimentos sociais como mecanismo de luta em prol de direitos (PINHEIRO; FABRIZ, 2017)

dentre eles, os que estão voltados à luta étnico-raciais, como negros e indígenas, como estudam os autores (MARTINS, 2015), (RODRIGUES; REZENDE; NUNES, 2017) e (BERBEL, 2017), à luta social, como os trabalhadores (SILVA; ROSA, 2013) e à luta de gênero e sexo, como as mulheres na sociedade e a busca dos direitos gays (SIQUEIRA; SAMPARO, 2017), (BURCKHART, 2017), (VIEIRA, 2008) cada qual constituído a partir de necessidades jurídicas peculiares que demarcam formas de existência.

O último, composto por gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e intersex, emerge como foco de análise desse texto, entendendo que tal grupo passou por processos históricos de marginalização e exclusão de direitos, o que dificultou o acesso justo à sociedade, principalmente, quando pensado os seus direitos frente aos preceitos heteronormativos que os impossibilitavam de terem o devido reconhecimento de suas identidades. A luta LGBTI tomou força pautada na inspiração nas demais lutas de grupos de minorias sociais. Essas lutas foram inspiradas pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar da Constituição da República Federativa do Brasil, transformando-se, assim, em um marco para a proteção dos direitos dos minoritários e grupos de vulneráveis. O objetivo da Constituição Federal em construir um estado democrático de direito, pautado em valores supremos, foi de tentar buscar o rompimento dessa cultura heteronormativa e promover um país mais justo e livre de preconceitos, trazendo o homem para o centro de sua proteção. Dessa mesma forma, a comunidade LGBTI passa a ganhar mais espaço na medida em que alcançam o reconhecimento jurídico e social, como por exemplo, o casamento homoafetivo, a transgenitalização e a alteração do nome civil.

Com isso, os demais ramos do direito também tiveram que acompanhar essa mudança social. No direito de família, o cenário atual abarca os variados arranjos familiares, inclusive da união homoafetiva. De acordo com Diniz (2011) o poder familiar atual é composto por um conjunto de direitos e obrigações exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, protagonizando o afeto nas relações familiares modernas, não fazendo distinção de sexo na composição do núcleo familiar. No direito do trabalho, o afastamento pela licença-maternidade passou a ser concedido à um dos membros do casal homoafetivo. E no direito previdenciário, por exemplo, busca-se o tratamento isonômico na luta de concessão dos benefícios para os heterossexuais, homossexuais e transexuais.

Embora algumas conquistas possam ser visualizadas em diferentes âmbitos, como no direito de família e no direito do trabalho, verifica-se que ainda não há uma plena efetivação da igualdade entre os sujeitos de direitos nas demais searas. Os casais homoafetivos, durante anos lutaram em busca do reconhecimento de seus direitos previdenciários, o que acarretou um reconhecimento tardio no direito de igualdade e da dignidade humana. O transexual, por exemplo, ainda luta com a divergência doutrinária acerca da sua aposentadoria, acarretando-lhe prejuízos e ineficácia aos seus direitos sociais.

2 | AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS E AS CONQUISTAS ALCANÇADAS PELO GRUPO DE MINORIA LGBTI

No decorrer histórico-social, o homossexual tem sido alvo de muito preconceito e discriminação por toda a sociedade. O domínio da Igreja Católica instalado na Idade Média tornou o comportamento homossexual como um pecado, punindo todas as pessoas que se identificavam com essas características (SOUSA, 2016). Atualmente, embora haja um avanço nos direitos da comunidade LGBTI, o pensamento tradicional (mesmo de forma maculada) ainda está presente nas relações humanas, devido ao empoderamento da Igreja, à época.

Com o passar do tempo e com a expansão dos direitos civis e políticos, os movimentos sociais ganharam força no cenário mundial (RAMOS; DINIZ, 2017) em especial o movimento da classe LGBTI (Lésbicas, Gays, bissexuais, Transexuais e Intersex) que tem exercido papel fundamental nas reivindicações pelas buscas de autonomia, igualdade, erradicação do preconceito e por políticas públicas do Estado que efetivem seus direitos (MELO, 2013).

De forma positiva e progressiva, as relações homoafetivas e os transexuais têm conquistados cada vez mais espaço na sociedade civil e no mundo jurídico. É crescente o número de pessoas que se assumem publicamente sem medo de sofrer algum abuso ou violência, aliado ao fato de que grandes movimentos LGBTI, como a parada Gay, vem simbolizando vitórias na luta pela erradicação do preconceito e pela busca dos direitos desse grupo de minorias (BARROSO, 2011).

Uma das vitórias alcançadas pelo grupo de minorias em questão foi a ampliação do conceito de família. No âmbito jurídico, também há que se falar sobre as influências históricas extravasadas na formulação das leis. O Código Civil de 1916, um código extremamente conservador nas questões familiares e considerado um código paternalista e hierarquizado, rejeitou os aspectos sociais desse grupo de minorias, preocupando-se mais com as questões patrimoniais do que com questões humanísticas. Contudo, em 1988, com a promulgação da República Federativa do Brasil, esta trouxe estampada em seu inciso III do artigo 1º, como seu princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana. Comumente chamada de Constituição Cidadã, a Carta trouxe consigo um novo olhar para o ordenamento jurídico. Conforme seu preâmbulo, ela está destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (BRASIL, 1988).

É importante ressaltar que o artigo 226 da Constituição Federal tratou da proteção da entidade familiar onde estabeleceu tratamento igualitário entre homem e mulher, no papel da chefia da família, delimitando a responsabilidade parental entre tais, tratamento equânime entre todos os filhos, sejam eles advindos dos métodos naturais, em vitro ou adoção (FERRARI; FRANÇA; CAPELARI, 2014), o que anteriormente

não acontecia, pois, segundo Dias (2011) o sistema familiar anterior à Constituição de 1988 era estruturado pelo homem como sendo o chefe das relações familiares (poder patriarca) e hierarquizado entre os demais integrantes desse grupo.

Dessa forma, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um dos pilares da Constituição vigente, esse, deu ensejo à onda da Constitucionalização das normas, ensejando reformulações legislativas, como o Código Civil de 2002 (que culminou na formação das novas entidades familiares). O atual código, influenciado por esse caráter humanístico da Constituição Federal de 1988, passou por um processo, atualmente chamado de despersonalização ou despatrimonialização (FACHIN, 2014), ou seja, na medida em que o patrimônio perde sua importância, as relações entre os seres ganham força valorativa, sobressaindo os direitos da coletividade em detrimento da individualidade. Essa despatrimonialização deu ensejo a um novo tratamento no direito de família, passando a admitir, também, a família monoparental e a união de pessoas do mesmo sexo, com uma interpretação hermenêutica, sistemática e teleológica da norma (GAGLIANO, 2016).

Com isso, o posicionamento jurisprudencial vem consagrando o entendimento de que os tipos de famílias mencionados no artigo 226 da Constituição da República consistem em um rol aberto (WELTER, 2009), entendendo que, além da família matrimonial, amplia-se, também, à nomenclatura de família monoparental, homossexual, etc. Segundo Torres e Silva (2013) novos valores tomaram espaço no ordenamento jurídico, dando ensejo a uma família plural, igualitária, multifacetária, fundada no afeto, o que possibilitou o reconhecimento de novas formas familiares.

No que concerne à formação da família homoafetiva, somente se obteve uma formalização no ordenamento jurídico brasileiro, com o julgamento da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, ambas julgadas em 05/05/2011 pelo Supremo Tribunal Federal que, conferiu interpretação, conforme a Constituição Federal, ao artigo 1.723 do Código Civil, declarando a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo e atribuiu-lhes o *status* de entidade familiar. O voto do Ministro relator Ayres Britto deu-se no sentido de que ninguém pode ser discriminado por conta da sua orientação sexual. Ressalta-se ainda que a decisão vem confirmar todo o entendimento do judiciário anterior, principalmente na seara previdenciária que já se admitia a extensão da pensão por morte aos casais do mesmo sexo.

Outra garantia ao grupo LGBTI conquistado foi a possibilidade de alteração do nome civil do transexual. Essa alteração o adequará a sua realidade fática com a realidade jurídica. Com a mudança do gênero, o nome do indivíduo passa a não mais corresponder à sua pessoa, tornando obsoleto seu registro civil, bem como todos os documentos que o usaram como base (FERREIRA, JARDIM, 2015). De acordo com Vieira (1996), esta se refere ao nome civil como um mínimo essencial de sobrevivência ao transexual.

Para tanto, quando se trata dessa alteração, tem-se que destacar que o artigo 16 do Código Civil Brasileiro garante o direito ao nome e, nele estão compreendidos

o nome e o prenome, como sendo um direito fundamental imutável (BRASIL, 2002). Já a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) disciplina algumas hipóteses de cabimento de alteração do nome do registro civil. Importante referenciar a recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao divulgar uma Opinião Consultiva (OC de 24 de Novembro de 2017) requerida pela Costa Rica, onde preceitua os países à realizar a alteração do nome sem a necessidade de ingressar na via judicial, podendo os próprios Cartórios de Registro Civil realizarem a troca se assim requeridos.

Como observado, o princípio da dignidade da pessoa humana é “um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro” (ARAUJO, 2000) e, ao analisar a sua aplicação nos demais ramos do direito, como na seara previdenciária, percebe-se que o princípio tem guiado as decisões do poder legislativo e judiciário ao convencionarem a aplicação da norma com o ajustamento social, simbolizando mais um passo para a igualdade.

3 | DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS À POPULAÇÃO LGBTI

A Constituição de República Federativa do Brasil promulgada em 1988 trouxe em seu texto um capítulo próprio sobre os direitos sociais dos cidadãos, especificando tais direitos, em seu artigo 6º, como sendo aqueles direitos concernentes à educação, saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Em decorrência disso, no mesmo corpo de leis, ela tratou especificamente sobre a Seguridade Social brasileira onde, em seu artigo 194, a definiu como sendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988).

O capítulo II da Constituição da República, que refere-se à seguridade da social, foi inserida dentro do Título VIII, que diz respeito à Ordem Social, tendo como objetivo principal o bem-estar e a justiça social. Dessa forma, para compreender melhor a seguridade social, se faz necessário vislumbrar a importância do alcance dos valores do bem-estar e da justiça social, os quais são de fato, bases do Estado brasileiro, assim como as diretrizes de sua atuação. O bem-estar social traz a ideia de cooperação, ação concreta do ideal de solidariedade, superando o individualismo clássico do estado liberal. Já a justiça social é objetivo do desenvolvimento nacional (IBRAHIM, 2010). A Seguridade Social é então meio para atingir-se a justiça, que é o fim da ordem social (BALERA, 2004).

Ao inserir e definir a Seguridade Social no âmbito legislativo, essa se deu por uma preocupação com uma segurança social mínima, destinadas àquelas pessoas

que mais necessitariam do apoio do Estado para que pudessem se manter de forma digna na sociedade. Segundo Ibrahim (2010) a seguridade social funciona como uma rede de proteção, formada pelo Estado e por terceiros, contando com a contribuição de todos, incluindo àqueles que se beneficiarão de tais direitos, fazendo com que se estabeleçam ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. Para Martins (2013) a Seguridade Social é compreendida como um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção aos indivíduos contra contingências sociais, impedindo-os de prover as suas necessidades básicas e de suas famílias, que visam resguardar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Nesse seguimento, Leitão e Meirinho (2014), entendem que a Seguridade Social é compreendida como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” Balera e Mussi (2009) referem que “o sistema securitário social consagra a proteção do indivíduo e de seus dependentes contra possíveis riscos que possam surgir, seja através da saúde, da assistência social e da previdência social.”

A partir dessa compreensão de proteção oferecida pela seguridade social que versa sobre a concessão de valores que permitam o acesso ao mínimo, ou pelo menos serviços que garantam o mínimo ao ser social do segurado e de suas famílias (FOLMANN, 2012) e, a partir do atual posicionamento brasileiro acerca da união civil homoafetiva dentro do ordenamento jurídico, pretende-se investigar quais os reflexos dessas regras do direito previdenciário para a comunidade LGBTI.

A Previdência Social, assegurada pelo sistema de Seguridade Social irá abranger a proteção e concessão de todos os benefícios concedidos por meio do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), sejam eles as aposentadorias, benefícios de incapacidade e pensões. A princípio, a concessão desses benefícios foi baseada, apenas, aos modelos heteronormativos. Contudo, com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana consagrada pela CF/88, com o avanço dos estudos de gênero e sexualidade e, com a luta dos grupos de minorias e seu alcance no direito, o ordenamento jurídico brasileiro tem-se voltado à esses novos modelos sociais, possibilitando o acesso à esses benefícios à toda a população LGBTI, principalmente aos casais homossexuais e aos transexuais.

Os primeiros benefícios extensivos à comunidade LGBTI foi a Pensão por Morte e o Auxílio Reclusão. O artigo 74 da Lei 8.213/1991 expressa que “a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não” (BRASIL, 1991) e o artigo 80 da mesma lei, refere-se que o “auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão” (BRASIL, 1991). Antes mesmo do julgamento pelo STF da ADIn nº 4.277 e da ADPF nº 132, as jurisprudências já vinham estabelecendo a extensão da

pensão por morte decorrente do falecimento do cônjuge de mesmo sexo.

O Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, onde a juíza da terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, em sede de medida liminar, com efeito, *erga omnes*, condenou o INSS a conceder os benefícios aos cônjuges de mesmo sexo. Em decorrência disso, a autarquia federal expediu a Instrução Normativa nº 25, de 07 de junho de 2000, disciplinando procedimentos a serem adotados para a concessão dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos aos companheiros ou companheiras homossexuais, bastando, apenas, que comprovassem o vínculo de união estável conforme dispunha o artigo 3º, incisos de I a XIII da Instrução Normativa. Salienta-se que, posteriormente, a IN/INSS nº25 foi revogada pela IN nº45/2010, onde tratou de estabelecer toda a matéria previdenciária no âmbito administrativo, definindo os dependentes dos segurados como cônjuge, companheiro ou companheira, pacificando, assim, o entendimento de extensão desses dois benefícios aos companheiros do mesmo sexo.

Outro benefício que passou por alterações foi o salário maternidade. O INSS concede 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade, como prevê o artigo 71 da Lei 8.213/1991, harmonizado à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) entre os artigos 391 a 394. Aos pais, é concedido apenas 05 (cinco) dias de licença paternidade, conforme prevê o artigo 7º XIX da CF/88 e artigo 10 da ADCT. A extensão desse benefício aos casais homossexuais também possui respaldo jurídico no ordenamento jurídico atual. A possibilidade de gozo aos casais do sexo masculino inicia-se na Lei 12.010/2009 que dispõe sobre a adoção. Em seu artigo 42 esta disciplina que para adotar é necessário apenas ser maior de 18 (dezoito) anos e, que os adotantes sejam casados ou possuam união estável reconhecida (BRASIL, 2009).

Com a evolução dos conceitos familiares como, por exemplo, a monoparental, a jurisprudência brasileira entendeu, por analogia, que a licença maternidade também deve ser estendida aos pais solteiros que adotarem uma criança, pautado na ideia de que na ausência da mãe (REIS, MIRAGLIA, 2012), onde ele proporcionará ao filho adotante os mesmos cuidados necessários para sua criação e adaptação. Segundo o entendimento da juíza da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, Ivani Silva da Luz, ao julgar, em sede de medida liminar no Mandado de Segurança do processo nº 6965-91.2012.4.01.3400, esta concedeu o gozo da licença paternidade ao pai de criança nos mesmos moldes da licença maternidade.

Dessa forma, ao conceder a licença paternidade ao pai solteiro nos mesmos parâmetros da licença maternidade, embasado no princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância, entendeu-se que também há possibilidade de extensão desse benefício aos casais homossexuais. Nessa perspectiva, no ano seguinte à ação, a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº12. 873, de 24 de outubro de 2013, onde esta equiparou os direitos entre homens e mulheres a receberem o benefício previdenciário de licença maternidade. O artigo 71-A da referida

lei menciona que o segurado ou a segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias (BRASIL, 2013). Sendo assim, o benefício de licença maternidade pago pelo INSS também deverá ser estendido aos casais do mesmo sexo, tanto às mulheres quanto para os homens, devendo ser pago, apenas, à um dos cônjuges segurados pelo sistema previdenciário, por força da interpretação do artigo 392-A, §5º da Lei 12.873/2013, na qual refere-se que “a adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiões empregados ou empregada” (BRASIL,2013).

Conforme se pode perceber, os benefícios de pensão por morte, auxílio reclusão e salário maternidade passaram por alterações quanto a sua possibilidade de extensão. A jurisprudência e as Instruções Normativas do INSS proporcionaram aos casais homossexuais o direito de gozarem desses benefícios da mesma forma que os casais heterossexuais, o que demonstrou um grande avanço pelo ordenamento jurídico brasileiro na busca pela igualdade social. Contudo, os únicos benefícios que ainda carecem de respaldo jurídico para a sua extensão ao grupo LGBTI, nos casos específicos aos transexuais, foi à aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, previstas entre os artigos 48 a 56 da lei 8.213/1991.

Busca-se, então, diante da inexistência de precedentes doutrinária e jurisprudencial, a adequação da legislação previdenciária aos transexuais. Para elucidar a extensão de tais benefícios aos transexuais, necessita-se explicar o seu conceito. Segundo Diniz (2009) esta faz alusão às características da transexualidade como uma condição sexual do ser humano que rejeita a sua própria identidade genética e, identifica psicologicamente com o gênero oposto. Nessa perspectiva, o direito previdenciário também precisa se adaptar aos transexuais a fim de garantir-lhes uma aposentadoria justa, de acordo com o seu sexo adequado. Contudo, primeiramente é necessário que o indivíduo realize a alteração do nome civil na certidão de nascimento.

A jurisprudência vem decidindo sobre a alteração do nome civil das pessoas que desejam adequar seu corpo à mente, a partir de uma análise interpretativa e sistemática do artigo 55, § único da Lei 6.015/1973 (“os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores...”). Sendo essa incompatibilidade de corpo, mente e nome uma situação desconfortável aos transexuais, estes merecem proteção Estatal e respaldo jurídico para realizar essas alterações. Após a alteração do nome civil e/ou após a cirurgia de transgenitalização, o indivíduo precisa informar o INSS sobre a alteração nominal ou sexual afim de que a autarquia proceda a retificação no seu CNIS e na sua documentação para que surta os efeitos jurídicos (CRUZ, 2016).

No tocante à aposentadoria por idade prevista na lei 8.213/1991, esta consiste em ser um benefício previdenciário do Regime Geral da Previdência Social destinado aos segurados que comprovem os requisitos legais da idade mínima e carência

(FARINELI, 2016). Para os homens, a idade mínima prevista na lei é de 65 (sessenta e cinco) anos de idade e, mais, 15 (quinze) anos de contribuição ao Regime. As mulheres conseguem se aposentar 05 (cinco) anos a menos do que o homem, ou seja, para elas alcançarem a aposentadoria por idade, além dos quinze anos de contribuição, elas precisam alcançar a idade mínima de 60 (sessenta) anos de idade (BRASIL, 1991). De igual forma, para que o indivíduo goze da aposentadoria por tempo de contribuição, é necessário que esse contribua, de forma integral, 30 anos para as mulheres e 35 anos aos homens, conforme prevê a legislação. O requisito da carência não compreende questões de gênero, tendo em vista seu caráter geral para todos os sexos. Contudo, o que a lei ainda não previu foi a implementação do requisito etário ao transexual.

Tais benefícios, portanto, exigem idade e tempo de contribuição (respectivamente) diferente para homens e mulheres. Após o transexual passar por todo o procedimento de adequação de seu sexo anatômico com o psicológico e/ou, após a alteração de seu nome social diretamente no cartório de registro civil, também deverão ser privilegiados pela concessão correta de tais benefícios. Contudo, o direito previdenciário ainda não se adequou a tais possibilidades, não havendo, ainda, um posicionamento positivado acerca da pessoa que nasce com um sexo biológico determinado, exerce atos da vida civil ao longe de sua vida como tal, mas que, posteriormente, adequa o seu sexo anatômico com o sexo psicológico.

O autor Balera (2015) ensina que o benefício deverá ser concedido de acordo com o gênero do segurado no momento do pedido na via administrativa, ou seja, para o indivíduo que alterar o sexo de masculino para feminino, aplicar-se-á a regra da mulher. Contudo, algumas ressalvas ainda merecem ser observadas. Ao se analisar o caso inverso em que uma mulher, com sexo biológico feminino se identifica como homem e assim o faz, segundo o autor, esta também deverá seguir a regra da aposentadoria para as mulheres, pois, deverá ser aplicada a norma mais favorável tendo em vista o caráter protetor do direito previdenciário (BALERA, 2015). Tal posicionamento se formula tendo em vista que, no caso da aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, a mulher transexual terá que contribuir por mais 05 anos, causando-lhe um prejuízo, fato esse que fere o princípio da igualdade garantido pela Constituição Federal. Em contrapartida, de acordo com Cruz (2014) o entendimento é que a mulher transexual deverá arcar com ônus de acréscimo de 05 anos, pois é devido a aposentadoria de acordo com o sexo adequado na data do seu requerimento, haja vista que a liberdade e a igualdade são invioláveis e possuem proteção Constitucional e, por isso, a concessão deverá ser realizada de acordo com o sexo adequado.

Constata-se que, atualmente, ainda não há um posicionamento concreto pela lei e pela jurisprudência. Embora o ordenamento tenha caminhado à proporcionar avanços no que diz respeito aos direitos das minorias sexuais, ainda há conquistas a serem alcançadas, principalmente na área do direito previdenciário. Ao mesmo

tempo, a reforma da previdência, também não aborda a questão das aposentadorias aos transexuais, o que aponta para a omissão dos legisladores em relação à esse assunto.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das possibilidades de extensão dos benefícios previdenciários destinados ao grupo de minoria LGBTI, estruturou-se como eixo central do texto. Tal abordagem de estudo abriu possibilidades para analisar o quanto o direito caminhou para acompanhar e atender as novas demandas sociais e, perceber o quanto o poder legislativo e o judiciário precisam avançar rumo à igualdade de direito entre os seres humanos.

Percebe-se que, ao fazer uma diferenciação entre os integrantes da comunidade LGBTI, que os direitos dos casais homossexuais, embora não tenham alcançado os mesmos direitos dos heterossexuais, ainda se destacam frente às poucas conquistas previdenciárias alcançadas pelos transexuais. Percebe-se que alguns benefícios previdenciários já são alcançados por todas as pessoas, sem haver distinção de qualquer natureza, como por exemplo, a pensão por morte, auxílio reclusão e o salário maternidade.

No que concerne aos direitos de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, verifica-se que a lei ainda não se adequou à estendê-las, de forma igualitária, à todos. A concessão dessas aposentadorias aos transexuais, ainda carecem de legislação específica, constatando uma omissão da lei e da jurisprudência para definir os critérios para os indivíduos que optam pela alteração do sexo.

Por fim, é importante destacar que a identidade de gênero e a sexualidade não podem ser esquecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, muito menos no campo previdenciário, responsável por proteger as pessoas das contingências sociais. Avulta-se o dever do Estado como garantidor de todos os princípios básicos da Constituição, o que faz com que todo ser humano seja respeitado e possua tratamento isonômico.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares do Direito Previdenciário**. Quartier Latim, 2004, p.15 a 39.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziari. **Direito Previdenciário: série concursos públicos**. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Especialista: Previdência é omissa com transexuais**. Portal da Band. Notícias, Economia. 18 de junho de 2015. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/economia/noticia/100000757140/previdencia-e-omissa-com-transexuais-diz-especialista.html>> Acesso em: 11.Dez.2017.

BARROSO, Luíz Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. Nº. 17 – jan./jun. 2011.

BERBEL, Vanessa Vilela. Raça e Racismo: Os desafios dos direitos humanos na sociedade moderna. **Revista Direito em Debate**. v. 26, n. 48, p. 326-341, dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm. Acesso em: 28.set. 2017.

BURCKHART, Thiago Rafael. Gênero, dominação masculina e feminismo: por uma teoria feminista do direito. **Revista Direito em Debate**. V. 26, n. 47, p. 205-224, set. 2017.

CRUZ, Rodrigo Chandohá da. **A concessão de aposentadoria ao transexualequivalente ao sexo adequado**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6ª ed. Revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 280-281.

FACHIN, L. E. *apud* TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, direito de família**. 9. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: método, 2014.

FERRARI, Geala Geslaine. FRANÇA, Loreanne Manuella de Castro. CAPELARI, Rogério Sato. A reprodução humana assistida usada como meio de apoio à formação das famílias homoafetivas. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 14, n. 2, p. 509-529, jul./dez. 2014.

FERREIRA, Patrícia Fortes Attademo; JARDIM, Lucas Cardoso. A cirurgia de transgenitalização e seus reflexos no direito. **Revista Jurídica Cesumar**. jul./dez. 2015, v. 15, n. 2, p. 565-580.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; **Curso de Direito Previdenciário**. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 6.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. Manual de direito previdenciário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Fábio do Espírito Santo. A justiça distributiva como praxis da comissão nacional da verdade: Uma possibilidade de reparação às sociedades indígenas no Brasil. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Vol. 3, n. 5, p. 4-28, mar. 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social: Custeio da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.21.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Método, 2014.

MELO, Lucas Sidrim Gomes de. Tribunais brasileiros: posicionamento contramajoritário e conquistas do movimento LGBT. **Revista Pesquisas Jurídicas**. Vol. 2, n. 1. jan. – jun. 2013.

PINHEIRO, Priscila Tinelli. FABRIZ, Daury César. Movimentos Sociais no Contexto Operário e o Impacto na Redemocratização. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. V. 05, n. 10, p. 306 – 331. Out. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. DINIZ, Isadora Moraes. O Direito à saúde e a ideia de proteção social

na Constituição Federal de 1988: Notas Iniciais. **Revista Direito em Debate**, Vol. 26, n. 48, p. 159-184, dez. 2017.

REIS, Renata Olandim; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Da possibilidade de concessão de licença-maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos. *In*: XXI Encontro Nacional do Conpedi, Florianópolis. p.3095-3124, 2012.

RODRIGUES, Bruno; REZENDE, Tayra; NUNES, Tiago. Quilombo e os direitos: análise da ADIN nº 3239 e a luta pelo poder de dizer o direito. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Vol. 5, n. 9, p. 93-130, abr. 2017.

SILVA, Leda Maria Messias Da. ROSA, Alisson Silva. Discriminação por orientação sexual no ambiente de trabalho: mudança de paradigma. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 13, n. 1, p. 263-291, jan./jun. 2013

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPARO, Ana Julia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. **Revista Direito em Debate**. Vol. 26, n. 48, p. 287-325, dez. 2017.

SOUSA, Karol Jefessom Alves de. AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES HOMOFÓBICAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO COTIDIANO DAS MINORIAS LGBT. **Revista Clóvis Moura de Humanidade** . Vol.2, nº1. 2016.

STURZA, Janaína Machado. SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. **Revista Jurídica Cesumar**. V. 15, n. 1, p. 265-283. Jan./ Jun. 2015.

TORRES, Claudia Vechi. SILVA, Maria dos Remédios Fontes. O princípio da afetividade e sua relevância na fixação do dever de alimentar entre parentes por afinidade. *In*: **CONPEDI. DIREITO DE FAMÍLIA**. 1.ed.: FUNJAB, p. 528-546. 2013.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no Registro Civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

WELTER, B. P. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS HUMANOS COMO CONQUISTA HISTÓRICA E A CRISE DE REFUGIADOS NA ATUALIDADE

Luciana Ramires Fernandes Magalhães

UFGD, FADIR - Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos,
Dourados-MS

RESUMO: Trata o presente artigo de uma singela reflexão acerca da problemática concernente a imposição de um fundamento absoluto de direitos humanos na perspectiva de Norberto Bobbio, segundo o qual direitos humanos, muito embora apresentem a característica de direitos naturais, surgem conforme as modificações havidas na história e assim são conquistas obtidas em cada momento. Não podem por sua vez ser considerados imutáveis e absolutos como aponta os jusnaturalistas, pois a característica da sua heterogeneidade não permite. Em um segundo momento trata dos direitos humanos e a crise dos refugiados, fato histórico atual pelo qual passa o mundo contemporâneo, motivo pelo qual a aplicabilidade e eficácia dos direitos humanos deve nortear as ações e decisões dos governantes mundiais a fim de resguardar a vida humana, a dignidade das pessoas e a sua liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Fundamento; Refugiados

GENERAL THEORY OF HUMAN RIGHTS:

HUMAN RIGHTS AS A HISTORICAL ACQUISITION AND CRISIS OF REFUGEES TODAY

ABSTRACT: This article deals with a simple reflection on the problematic concerning the imposition of an absolute foundation of human rights in the perspective of Norberto Bobbio, according to which human rights, although they have the characteristic of natural rights, arise according to the modifications that have occurred in history and So are achievements at any given time. They can not in turn be considered immutable and absolute as the naturalists point out, since the characteristic of their heterogeneity does not allow. Secondly, it deals with human rights and the refugee crisis, a current historical fact by which the contemporary world, for which the applicability and effectiveness of human rights must guide the actions and decisions of world rulers in order to safeguard human life , The dignity of people and their freedom.

KEYWORDS: Human Rights; Fundamentals; Refugees

1 | INTRODUÇÃO

Nos dias atuais nota-se um interesse crescente e universal sobre o tema Direitos Humanos vez que a sociedade, por meio dos mais diversos pesquisadores e teóricos de

várias áreas, busca uma fundamentação absoluta do que são os direitos humanos, quais são e se realmente são irrenunciáveis e irreduzíveis, e quais ainda podem surgir de acordo com as mudanças produzidas pelo próprio homem de acordo com o contexto histórico em que ele vive, assim como as transições pela qual ele passa em seu meio social.

Importante afirmar que os Direitos Humanos alicerçam o mundo moderno e surgem sempre que há uma necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana e protegê-la contra qualquer forma de abusos ou arbitrariedades, em especial dos entes estatais.

Contudo, surge nesse contexto a dificuldade de se chegar a uma verdade única, e a uma efetividade universal, para que os direitos humanos sejam continuamente respeitados e aplicados. Eis a dificuldade apontada por diversos filósofos e pensadores, tanto da modernidade quanto outros da antiguidade e da história da humanidade.

Deveras, a partir do pensamento do italiano Norberto Bobbio (1992) tentamos refletir se é possível à existência de um fundamento absoluto para direitos humanos. Assim, por meio da leitura da obra *“A Era dos Direitos”* realizamos alguns apontamentos.

É preciso deixar claro que tratamos aqui de direitos humanos e não de direitos fundamentais normatizados em ordenamentos jurídicos nacionais, mas tão somente na perspectiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em um segundo momento, partimos para pontuar o momento histórico atual da humanidade em relação à crise de refugiados vivenciado no globo terrestre.

O trabalho se estrutura assim: numa primeira parte o enfoque é sobre a origem e a finalidade dos direitos humanos e logo a seguir, tratamos de direitos humanos como direitos históricos.

A partir de uma segunda parte temos um tópico sobre refugiados no mundo e a crise humanitária, para ao final contextualizarmos refugiados, globalização e as consequências humanas na visão do filósofo Zygmund Bauman, como apresentadas nos livros *Vidas desperdiçadas* (2005) e *Globalização: as consequências humanas* (1999).

2 | A ORIGEM E A FINALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Faz-se necessário que antes de tratarmos do ponto central, ou seja, se é possível à existência de um fundamento absoluto para direitos humanos, que se entenda o que são direitos humanos e qual a sua finalidade para a sociedade.

Quanto a sua origem não se sabe ao certo onde se deu seu surgimento, mas alguns afirmam que suas bases já eram encontradas na antiguidade.

Grande parte da doutrina contemporânea cita o Código de Hamurábi, promulgado no século XVIII a.C, na Babilônia, como um antecedente histórico que já declarava e reconhecia, em seu bojo, alguns direitos peculiares à condição humana. Como

se não bastasse tal documento jurídico, faze-me mister ressaltar, outrossim, que também são colacionados como acontecimentos históricos relevantes para a formação dos direitos humanos: os pensamentos do imperador do Egito, Amenófis VI, no século XIV a. C.; as idéias de Platão, na Grécia, no século IV a. C.; o Direito Romano, e (sugiro além) várias outras civilizações e culturas ancestrais. (FRANCO, 2007, p. 13)

Já para outros, consideram que a origem dos direitos humanos está nas pregações de Jesus Cristo e na Bíblia Sagrada, que Trindade (2002) classifica como método da história religiosa, e faz referência ao “*Sermão da Montanha*” e outras pregações de Jesus.

Outros ainda defendem que a era moderna representa um marco inicial na proliferação de direitos básicos mínimos para a pessoa humana, aduzindo que a partir dos ideais de um Estado Constitucional (limitando o poder estatal), passou-se a garantir a efetivação dos direitos dos indivíduos.

Começa-se a adotar, pois, uma nova estrutura de poder político, radicada nas noções básicas de limitação e legitimação do poder político e de constitucionalização dos direitos, garantias e liberdades individuais, vale dizer, consagra-se a “limitação do poder político com fins garantísticos. (FRANCO, 2007, p. 15)

Portanto, a nomenclatura direitos humanos representa direitos que são inerentes a condição de pessoa humana, e que não são concedidos por decisões políticas, mas sim são direitos que o individuo passa a ter desde o seu nascimento, pois é da sua natureza humana usufruir desses direitos.

Desse modo, em sendo direitos mínimos e básicos, pois deles os homens necessitam para viver com dignidade, são imprescindíveis e inalienáveis. Algumas outras características que norteiam os direitos humanos foram, de forma sistemática, abordadas por sua:

Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais; **Imprescritibilidade:** os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes; **Irrenunciabilidade:** os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma; **Inviolabilidade:** os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; **Universalidade:** os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política; **Concorrência:** podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo; **Efetividade:** o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessários meios coercitivos; **Interdependência:** não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionar para atingir seus objetivos; **Complementaridade:** os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta. (SILVA, 1992, p. 181).

Ademais, os direitos humanos conseguiram alcançar o caráter de universalidade a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, documento

este, que possibilitou a atuação de órgãos e instâncias de defesa diante da infringência aos direitos humanos em qualquer parte do mundo. A partir desse momento a ideia existente de que os direitos humanos eram matérias exclusivas dos Estados sucumbiu.

Artigo 1

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania (ONU, DUDH, 1945).

O fato dos direitos humanos possuírem o caráter de universalidade significa que todos os seres humanos são titulares desses direitos independente de origem, cor, sexo, idade, orientação sexual, condição social, convicções políticas, filosóficas ou religiosas.

Por sua vez, o tema direitos humanos passou a ser a preocupação de muitos Estados na esfera internacional desde o final da Segunda Guerra Mundial a fim de coibir atrocidades que ficaram marcadas na história da humanidade.

Bobbio (1992, p. 17) considera que “(...) *‘direitos do homem’ é uma expressão muito vaga*”, fazendo com que em torno dessa expressão surja uma série de definições tautológicas. Além desse fator há outros, como a heterogeneidade dessa classe de direitos, que impossibilitam sustentar todos esses direitos por uma mesma razão, com isso ele sugere que “(...) não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se desejam defender” (1992, p. 20).

Podemos perceber que no decorrer da sua obra ele afirma que o mais urgente não é enfrentar o problema do fundamento, mas sim o das garantias. Ele considera que o problema do fundamento não é inexistente, mas que de certa forma foi “resolvido”, quando afirma que:

(...) Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 (BOBBIO, 1992, p. 26).

Assim sendo, temos que a doutrina moderna considera a origem da propagação e ampliação dos direitos do homem algo ainda em construção. Não podemos nos esquecer que o surgimento dos “direitos” na era medieval se deu para apenas algumas classes de pessoas e não para todos, diferentes dos conceitos que temos

na atualidade.

E na conceituação dos direitos, devemos levar em consideração os posicionamentos do filósofo prussiano Immanuel Kant e do filósofo e economista inglês John Stuart Mill, visto que “(...) *para Kant os direitos servem para preservar e realizar a autonomia, para Stuart Mill os direitos devem harmonizar interesses e não valores pretensamente intrínsecos*” (In: VIEIRA, 2006, p. 25).

Portanto, Kant e Mill possuem uma visão diferente sobre a finalidade do direito. O primeiro defende a idéia de que qualquer ação que permita a coexistência da liberdade de um indivíduo para com a liberdade dos demais é direito, assim o Direito abarca tanto os valores como os interesses. O segundo considera que os direitos são veículos que devem ser utilizados para a realização dos interesses.

E sendo assim, “(...) *a leitura kantiana somente é possível quando admitimos que os direitos e o Direito (o chamado ‘sistema jurídico’), em si, são criações voltadas a organizar ou a mediar relações*” (VIEIRA, 2006, p. 25).

Temos aqui que o fundamental, portanto, seria assegurar a liberdade e interesse do indivíduo sem entrar em choque com as liberdades e interesses dos demais. Contudo, o princípio matriz de todos os direitos humanos e fundamentais coloca o ser humano em um patamar diferenciado do que era tendência em outros tempos.

Portanto, apesar de existirem controvérsias em relação à finalidade dos direitos humanos é importante observar que, pelo menos no plano ideal, esses direitos pretendem estabelecer relações horizontais e de reciprocidade, buscando dirimir as desigualdades entre as pessoas, os povos, as culturas e a acessibilidade ao conjunto de direitos que perfazem a sua dignidade, para tanto, a seguir tomaremos por base a afirmação de Bobbio sobre a construção histórica dos direitos humanos, direitos do homem.

3 | DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS HISTÓRICOS POR NORBERTO BOBBIO

Sabemos que direitos humanos se constituem em obrigações e apresentam uma gama de proteção aos valores da vida e do homem, já que ser humano pensante, vivente, integrado a uma sociedade. Pelo princípio da igualdade todos são iguais.

Norberto Bobbio, em sua obra “*A Era dos Direitos*”, defende a teoria de que os direitos humanos são direitos históricos, ou seja, os direitos da pessoa humana vão surgindo no decorrer dos tempos, com os acontecimentos históricos:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 24).

Na história religiosa, em um trecho da Epístola aos Gálatas 03, versículo 28 (BIBLIA SAGRADA) escrito por São Paulo, este afirma a igualdade do homem: “(...) não há judeu nem grego; nem escravo nem homem livre; nem macho nem fêmea pois todos são herdeiros de Deus”.

Bobbio aponta que desde os tempos antigos já se tinha o conhecimento da igualdade entre os homens, e dessa igualdade foi surgindo à busca por direitos humanos, vez que as necessidades que os homens têm de sobreviver, e assim vão nascendo os direitos do homem.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para e realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (1992, p. 18 – 19).

Alguns direitos, que hoje são fundamentais: direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade, pode ser que não serão tão priorizados no futuro como se é atualmente, pois, nascerão novas pretensões, e buscas de direitos antes mesmo nem visualizados, porque as necessidades vão surgindo e com os novos acontecimentos, na comunicação, na tecnologia, nas mudanças socioeconômicas e nas mudanças ambientais, e assim novos direitos terão de ser preservados.

E assim, segundo o autor, os direitos surgem quando devem surgir, como e quando necessário, como no exemplo de quando precisa diminuir ou aumentar um poder, seja sobre o homem ou sobre a natureza. Desde que esse esteja prejudicando, atuando diretamente contra seus direitos naturais. (BOBBIO, 1992).

Por sua vez, os direitos humanos são considerados fundamentais porque são indispensáveis para a vida da pessoa humana, para as relações privadas, e assim como essas relações se modificam ao longo da existência humana e os períodos históricos se renovam também os direitos humanos precisam ser renovados, criados, nascidos no novo contexto.

Assim, *“Não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”* (BOBBIO, 1992, p. 19).

Portanto os Direitos Humanos na visão de Bobbio são frutos de uma longa sedimentação histórica e muda conforme os interesses sociais mudam, e assim, não haveria um único fundamento absoluto a justificar direitos humanos, na medida em que eles são suscetíveis de mudanças em razão do contexto histórico e dos desejos e anseios do próprio homem.

Todavia, em contraposição a Bobbio, Kant de modo racional, reduziu os direitos que eram considerados irresistíveis pelos jusnaturalistas em apenas um: a liberdade. No entanto, há uma diferença considerável entre o direito à liberdade religiosa e a científica.

Por exemplo, o primeiro consiste no direito de professar qualquer religião ou nenhuma, o segundo consiste no direito de não sofrer empecilhos no processo de investigação científica.

Por fim, não se pode deixar de citar a consideração feita por Bobbio (1992, p. 24) quando afirma que: “(...) o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é o de justificá-los, mas sim o de protegê-los”, já que foi em um mundo pós-guerra que os direitos humanos passaram a ter um status de direito internacional e uma extensão mais profunda em caso de violações, eliminando as fronteiras a partir da promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Atualmente não podemos deixar de notar que estamos vivenciando um novo contexto histórico em relação a necessidade de proteção aos direitos humanos, mais especificamente em relação a crise de refugiados contemporânea, onde inúmeras pessoas se encontram em situação deslocamento.

Quando nos deparamos com o imenso número de pessoas desassistidas de seus direitos mais básicos como um teto, alimentação, vestuário, saúde e cidadania como é o caso das pessoas em situação de refúgio é que se faz necessário a eficácia dos instrumentos legais de proteção aos direitos humanos, já que estamos para evoluir e não involuir.

Nos tópicos a seguir trataremos do tema refugiados e suas consequências atualmente, bem como, sobre como a globalização influencia nestas migrações, e a visão de Zigmund Baumam sobre a temática.

4 | REFUGIADOS NO MUNDO E A CRISE HUMANITÁRIA

Acompanhamos diariamente pelos meios de comunicação as migrações pelo mundo, sejam elas por causas humanas, sociais, políticas, econômicas, culturais ou religiosas, o que vemos é um aumento do fenômeno na atualidade.

Isso implica em agravamento das situações humanitárias e de direitos humanos, especialmente no tocante às pessoas em situação de refúgio, que deixam seus países de forma forçada e precisam se acomodar em outra parte do planeta, o que representa um desafio a toda ordem nacional e internacional.

Atualmente milhões de pessoas se encontram deslocados de seus países de origem, devido a conflitos, guerras ou perseguições religiosas e políticas. É preciso um olhar especial ao conjunto da situação, pois, a preocupação deve ir além do simples acolhimento.

O termo refugiado foi definido pelo Direito Internacional a partir da Convenção de 1951 - o Estatuto dos Refugiados. Já o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR - é uma agência da ONU criado em 1950 objetivando coordenar a proteção internacional e a resolução de problemas ligados aos refugiados a nível mundial (GROSSI, 2014, p. 457).

Anos mais tarde, a Lei n. 9.474/97 passou a normatizar a concessão do status de refugiado e o CONARE – Comitê Nacional para Refugiados – a ser o órgão da administração responsável pelas análises dos pedidos de refúgio e pela aplicação das políticas necessárias para a assistência a essas pessoas.

Todas as solicitações de refúgio apresentadas no Brasil são analisadas e decididas pelo CONARE, que é composto por representantes dos ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, da Educação, do Trabalho e da Saúde, além de representantes da Polícia Federal, da Caritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, como titular, e da Caritas Arquidiocesana de São Paulo e do Instituto de Migração e Direitos Humanos. O ACNUR é parte do comitê apenas com direito a voz.

Por sua vez, o governo federal brasileiro garante ao que solicitam o status de refugiado, bem como também a sua família, um protocolo provisório que permite residir no país, adquirir a Carteira de Trabalho - CTPS, documentos pessoais como RNE (Registro Nacional de Estrangeiro), CIE (Carteira de Identificação de Estrangeiro) e CPF (Cadastro Pessoa Física). Dá-lhes ainda, o acesso à educação e saúde, em escolas públicas e hospitais, por meio do Sistema Único de Saúde, o SUS.

Essa é a proteção que temos em território nacional, contudo, demais regiões do mundo não apresentam à mesma receptividade, assim como, a guerra instaurada no Oriente Médio vem dizimando populações e o mais grave, muitas crianças, infringindo assim direitos humanos.

Desse modo, o contexto histórico atual nos mostra que estamos em mutação nos moldes das afirmações de Bobbio, para o qual, direitos humanos nascem quando precisam nascer, quando situações ocorrem que impõem medidas mais drásticas para preservar a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, filósofos da atualidade, a exemplo de Zygmunt Bauman traçam paralelos entre o fenômeno da globalização mundial e as conseqüências para a humanidade, que podem muito bem ser contextualizadas com a crise humanitária vivida na atualidade, relativamente às pessoas em situação de refúgio.

Sobre isso, trataremos no tópico a seguir, onde os problemas relativos à globalização com sua rápida forma de veiculação de notícias e fatos, bem como, o estado de liquidez das emoções proporcionam às pessoas sentimentos ambíguos que vão desde a necessidade enorme de promover ajuda humanitária até as discussões mais polarizadas sobre a exterminação de raças no mundo.

No entanto, a historicidade dos direitos humanos nos mostra que essas situações representam mais um degrau na evolução da espécie humana.

5 | REFUGIADOS, GLOBALIZAÇÃO E AS CONSEQUENCIAS HUMANAS - POR ZYGMUNT BAUMAN

O livro escrito pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, discute problemas

relacionados à globalização, como os efeitos da economia, política, estruturas sociais e percepções do tempo e espaço, que neste artigo pode ser usado de base para analisar a situação dos refugiados no mundo atualmente e como estes são vistos na localidade em que chegam.

No início do seu livro o escritor faz um paralelo sobre globalização ser algo considerado bom para alguns e ruim para outros, mas afirma com clareza que o processo de globalização é algo irreversível. Assim ele cita o processo paradoxal da globalização: *“A globalização tanto divide como une; divide enquanto une”* (BAUMAN, 1999, p. 8).

Desse modo, o que para uns é tão almejado, para outros setores da sociedade pode ser tido como responsável por muitos males, mas em consenso é um processo irreversível.

Observa-se que as distancias não são tão importantes como eram antes, e as delimitações geográficas e fronteiriças passaram a ser, por vezes, simbólicas. Na visão de Bauman *“a distância é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida”* (1999 p. 19).

Isso se deve à velocidade das informações em razão da modernidade dos meios de comunicação e novas tecnologias, mas que, ao invés de aproximar os espaços criou diferenças extremadas, que culmina sempre na afetação das relações sociais humanas modificando-as, tornando as pessoas autômatos e desprovidas de sentimentos alheios, mas sim por si só.

“...a uniformidade alimenta a conformidade e a outra face da conformidade é a intolerância. Numa localidade homogênea é extremamente difícil adquirir as qualidades de caráter e habilidades necessárias para lidar com a diferença humana e situações de incerteza; e na ausência dessas habilidades e qualidades é fácil temer o outro, simplesmente por ser outro – talvez bizarro e diferente...” (BAUMAN, 1999, p. 55).

Por isso, quando se trata de receber os diferentes em nosso meio, no caso o refugiado, constata-se a preocupação de Bauman, onde ele retrata que o medo é constante no cotidiano dos cidadãos de um local, prova disso são os inúmeros métodos de segurança empregados nos próprios lares.

As pessoas isolam-se dentro de suas casas, em seu mundo particular, e isso não se trata apenas de muros e cercas elétricas, mas também ausência de preocupação com o outro, com o ser humano que o outro representa, com a fome e o frio que ronda os desfavorecidos.

O Papa Francisco em sua Mensagem para o Dia Mundial do Migrante e do Refugiado (2015) resumiu de maneira objetiva e, ao mesmo tempo com sensibilidade, a situação que o mundo atravessa:

A Igreja sem fronteiras, mãe de todos, propaga no mundo a cultura do acolhimento e da solidariedade, segundo a qual ninguém deve ser considerado inútil, intruso ou descartável. A comunidade cristã, se viver efetivamente a sua maternidade,

nutre, guia e aponta o caminho, acompanha com paciência, solidariza-se com a oração e as obras de misericórdia. Nos nossos dias, Com efeito, numa época de tão vastas migrações, um grande número de pessoas deixa os locais de origem para empreender a arriscada viagem da esperança com uma bagagem cheia de desejos e medos, à procura de condições de vida mais humanas. Não raro, porém, estes movimentos migratórios suscitam desconfiança e hostilidade, inclusive nas comunidades eclesiais, mesmo antes de se conhecer as histórias de vida, de perseguição ou de miséria das pessoas envolvidas. Neste caso, as suspeitas e preconceitos estão em contraste com o mandamento bíblico de acolher, com respeito e solidariedade, o estrangeiro necessitado.

Portanto, a globalização da migração deve ser recebida também com a globalização da caridade, da cooperação, da humanização das condições àqueles que deixaram seus lares, sua família, que passaram a ser perseguidos por sua fé ou sua posição política.

A receptividade e a criação de condições para que essas pessoas possam se integrar a nova realidade local deve ser natural e progressiva, a fim de criar uma nova humanidade, que no futuro se preocupe em garantir a paz, único meio de progresso das nações.

O que não se pode permitir é que as diferenças sejam ampliadas, que as pessoas não compreendam que quando se fala em direitos humanos é o mesmo direito para todos, e não para uns e não para outros. Não se pode conceber uma sociedade sem solidariedade.

Em *Vidas Desperdiçadas*, mais uma de suas inúmeras obras, Baumam faz um comparativo dos refugiados como o refugio humano da globalização, e é esse conceito que não pode se perpetuar:

Os refugiados, os deslocados, as pessoas em busca de asilo, os migrantes, os *sans papiers* constituem o refugio da globalização. Mas não, em nossos tempos, o único lixo produzido em escala crescente. Há também o lixo tradicional da indústria, que acompanhou desde o início a produção moderna. Sua remoção apresenta problemas não menos formidáveis que a do refugio humano, e de fato ainda mais aterrorizantes – e pelas mesmíssimas razões: o progresso econômico que se espalha pelos mais remotos recantos do nosso planeta “abarroto”, esmagando em seu caminho todas as formas de vida remanescentes que se apresentem como alternativas à sociedade de consumo. (BAUMAM, 2005, p.76).

Observa-se que o que o autor quer dizer é que a intensificação dos processos de migração e refúgio resulta na formação de um novo meio de mão de obra, que passam a ser os cargos e posto de trabalho menos prazerosos, aqueles que ninguém se dispõe a realizar, mas que se destinam a manter a sobrevivência biológica destes excluídos da sociedade, expulsos do mundo globalizado.

Para Baumam, as vidas desperdiçadas de que ele fala é das mesmas pessoas que se unem na vitimização da sociedade, onde incluídos e excluídos formam o conjunto daqueles aceitos e não aceitos, da seletividade que ocorre em razão da globalização econômica e tecnológica.

A princípio não existem soluções para por fim ao drama dessas pessoas, que se

encontram em constante movimento, sem assentar-se em local determinado, pois o caminho para entendimentos e soluções é o caminho político. Ademais, as diferenças culturais, regionais, globais, bem como os conflitos socioeconômicos criam mais disparidades.

O que não podemos admitir é o aumento de vítimas, muitas delas indefesas, em razão da ausência de fraternidade, em nome de um mundo globalizado.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos momentos de graves violações de direitos humanos e um aumento expressivo no número de pessoas refugiados no mundo, que se choca com a globalização da economia e da integração entre os Estados.

O aumento do número de pessoas em situação de refúgio no mundo provoca inquietações e discussões acerca da garantia dos direitos mínimos à existência digna de tais pessoas, buscando assegurar e desenvolver políticas públicas com a finalidade de dirimir violações de direitos humanos. É um desafio muito atual a todos os países atender as necessidades e promover a solução dos problemas.

Os países de abrigo devem se empenhar na aplicabilidade dos dispositivos legais de amparo e proteção, buscando diminuir as diferenças e as intolerâncias, como também os preconceitos.

É preciso buscar a fraternidade e se colocar no lugar do próximo para que a dignidade seja restaurada no mundo moderno. Para isso, é preciso combater a percepção de que refugiados são uma ameaça e convencer que o investimento compensa, mesmo em tempos de problemas econômicos.

Exemplos disso é a troca cultural que pode ser ofertada por esses estrangeiros no tocante a línguas, costumes, alimentação, vez que muitos são graduados em seus países de origem e podem oferecer novos meios de conhecimentos às pessoas da região em que se encontram instalados.

É sabido que a discussão no que tange a busca de uma única fundamentação dos Direitos Humanos não está encerrada, mas o que é essencial é buscar meio de como protegê-los, já que toda pessoa precisa ter assegurados os seus direitos humanos. A isso se presta a sua universalização.

E, portanto, encontrar um fundamento absoluto implica na dificuldade de encontrar uma verdade única para justificar a existência de tais direitos. Para Bobbio, os Direitos Humanos são direitos históricos, não são eternos e não surgem espontaneamente e sua importância vai se modificando conforme os interesses sociais mudam.

Por fim, a aplicabilidade e eficácia dos direitos humanos deve nortear as ações e decisões dos governantes mundiais a fim de resguardar a vida humana, a dignidade das pessoas e a sua liberdade, para que o Estado não seja visto como órgão de repressão, mas sim de proteção.

REFERÊNCIAS

- ACNUR - **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Refúgio, Migrações e Cidadania** - Cadernos de Debates n. 8. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2009/cadernos/Caderno_de_Debates_8 >. Acesso em 07/04/2016.
- _____. <Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/>> Acesso em 07/04/2016.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **A lei brasileira de refúgio - Sua história**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Refugio_no_Brasil.pdf>. Acesso em 18/09/2016. p.13-15.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta Del. **A atuação da defensoria pública da União e a implementação da política pública e assistência social aos refugiados no Brasil**. In: Temas Aprofundados da Defensoria Pública. Vol. 2. Editora Jus Podivm, 2014. p.449-489.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. FRANCO, Marcelo Veiga. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: direitos humanos x direitos fundamentais: matriz histórica sob o prisma da tutela da tutela da dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. 1945. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 22 de outubro de 2016.
- PAPA, Francisco. **Mensagem para o dia do migrante**. Disponível em <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/messages/migration/documents/papa-francesco_20140903_world-migrants-day-2015.html>. Acesso em 15/09/2016.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRANSCONSTITUCIONALISMO: UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITOS HUMANOS

Rubens Mário dos Santos Franken

Advogado. Especialista em Direitos Humanos, pelo Instituto Superior de Filosofia Berthier/IFIBE. Pós-graduado em Direito Contemporâneo do Trabalho e Processo do Trabalho, pela Universidade de Passo Fundo/UPF. Professor de Sociologia, Filosofia e Direitos Humanos. (Licenciado pela UPF) E-mail: frankenadv@gmail.com

RESUMO: Este artigo intenta fazer uma análise dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais sob a ótica do Constitucionalismo e do Transconstitucionalismo, com base no Estado Democrático de Direito. É o necessário reconhecimento, pelo contexto da globalização, do entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Posto que os problemas dos direitos fundamentais e da limitação de poder do Estado são discutidos, ao mesmo tempo, por tribunais de ordens diversas, como se verá, neste artigo, através do Transconstitucionalismo. Por meio de revisões bibliográficas, no método hermenêutico, procurou-se assinalar a crescente importância do Transconstitucionalismo, em prol dos Direitos Humanos. Para tanto, far-se-á uma rápida explanação sobre Direitos Fundamentais,

Constitucionalismo e Transconstitucionalismo.
PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Globalização. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Transconstitucionalismo.

TRANSCONSTITUCIONALISM: A REFLECTION ON THE INTERNATIONALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS / HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article tries to make an analysis of Human Rights and Fundamental Rights from the point of view of Constitutionalism and Transconstitutionalism, based on the Democratic State of Law. And the necessary recognition, through the context of globalization, of the intertwining of diverse legal orders, both state and transnational, international and supranational, around the same problems of a constitutional nature. Since the problems of fundamental rights and the limitation of state power are discussed at the same time by different courts of order, as will be seen in this article through Transconstitutionalism. Through bibliographical revisions, in the hermeneutic method, it was tried to point out the growing importance of the Transconstitutionalism, in favor of Human Rights. To do so, a brief explanation will be made on Fundamental Rights, Constitutionalism and Transconstitutionalism.
KEYWORDS: Constitutionalism. Globalization.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A globalização e os Direitos Humanos são temas frequentes das discussões que se travam, nos mais diversos segmentos da sociedade contemporânea. Notadamente através do poder judiciário, a demanda pelo reconhecimento dos direitos fundamentais e as suas limitações, têm sido frequentes. Algumas vezes, estas reivindicações não obtêm resultado favorável, quer no âmbito nacional, ou mesmo internacional.

O Direito e a busca por justiça, através dele, dentro dos estados nacionais, algumas vezes, encontram limitações impostas pelos tribunais. Sabe-se que os objetivos do constitucionalismo é o reconhecimento e a proteção dos Direitos Humanos, inscritos como fundamentais em diversas constituições dos países democráticos e a necessária limitação do poder político do Estado sobre os cidadãos. Corroborando com a proteção pretendida pelo constitucionalismo e através de uma maior integração, em virtude da globalização das sociedades contemporâneas, surge o transconstitucionalismo.

Desta forma os problemas constitucionais da garantia dos Direitos Humanos passam a ser discutidos entre diversas ordens jurídicas, inclusive não estatais, que muitas vezes são chamadas a oferecer respostas e soluções viáveis. Precisa-se entender a necessidade de um reposicionamento do Estado dentro da sociedade global para atingir parâmetros necessários de aplicabilidade das garantias fundamentais. A própria globalização traz a problemática da desconexão do ordenamento jurídico e da soberania do Estado Nacional. Razão pela qual, faz-se necessário um eficiente estudo das possibilidades de ter-se um constitucionalismo que não está adstrito tão somente aos limites do Estado. Tal pensamento, certamente, contribuirá para a solução de muitos problemas comuns entre diferentes Nações.

Assim, apresenta-se o transconstitucionalismo como forma de enfrentar problemas de direitos fundamentais em âmbito nacional, provocando um diálogo transnacional sobre os direitos Humanos. Para enfrentar esta temática, intenta-se analisar no que consistem os Direitos Fundamentais, imbricando a discussão com as noções de Constitucionalismo e Transconstitucionalismo, no âmbito do Estado Democrático de Direitos. Pois, na verdade, o que se quer demonstrar é a possibilidade de resolução de conflitos com base em um diálogo constitucional, com ordens diversas, pontos de partida diversos, podendo dialogar sobre questões constitucionais comuns que afetam ao mesmo tempo ambas as ordens e, desta forma, fortalecer os Direitos Humanos.

Dentro deste contexto, acredita-se ser o transconstitucionalismo o sistema capaz de dar respostas referentes a defesa dos direitos humanos e a interação entre os Estados, no âmbito jurídico global.

2 | DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

A sociedade contemporânea tem exigido do judiciário, no âmbito estado democrático de direito, respostas aos problemas relacionados à igualdade e à liberdade dos cidadãos, tendo como base a garantia de Direitos Fundamentais e a limitação de poder do Estado. Este fenômeno tem suas raízes ancoradas no Constitucionalismo.

As constituições dos estados democráticos têm dedicado especial ênfase aos Direitos Fundamentais como forma de proteção ampla aos Direitos Humanos. Pretendendo, assim, coibir os excessos ou insuficiências do Estado, na garantia dos Direitos Fundamentais.

Assim sendo, procurar-se-á demonstrar neste trabalho, que em situações de não reconhecimento dos Direitos Fundamentais e requerendo do judiciário uma melhor atenção e controle destes, haverá a possibilidade de recorrer ao transconstitucionalismo, como método possível de fazer justiça.

3 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles que fazem parte da evolução das sociedades e seguem a trajetória de uma construção histórica. Na Europa, antigamente, resumiam-se na ideia de liberdade, fraternidade e igualdade, princípios oriundos da Revolução Francesa.

Com o passar dos anos, as constituições nacionais de alguns países foram incorporando mais garantias aos cidadãos, na forma de direitos fundamentais, até chegar ao ponto de abordar como direito fundamental, um direito difuso, como aquele que trata do equilíbrio ecológico, tal como aparece inscrito no art. 225, da Constituição Federal do Brasil.

Assim, os direitos fundamentais estão nos textos constitucionais, como normas constitucionais materiais e fundamentais para existência do Estado que, por ser democrático, tem o dever de garantir esse rol de direitos em favor de seus cidadãos. A finalidade dos direitos e garantias fundamentais, desde a sua origem, foi de impor limites ao poder político do Estado, sobrelevando, para tanto, em normas constitucionais formais os chamados direitos inerentes a pessoa humana.

Como se pode comprovar, já de longa data, os direitos fundamentais vêm se fortalecendo e assumindo importância a nível constitucional, podendo ser classificados em gerações ou dimensões de direitos. Para a maioria dos doutrinadores, inclusive Sarlet, são os seguintes: os direitos fundamentais de primeira geração são: os civis e os políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, às liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e ainda, algumas garantias processuais. Estes são considerados “negativos” porque tendem a evitar a intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos, imposta por força

normativa e constitucional.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram no final do século XIX, influenciados pelo Marxismo, tendo conotação trabalhista, buscando obrigar o Estado a agir positivamente em favor das liberdades que, até então, eram apenas formais. Desta forma, afirma Sarlet:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e de igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social¹.

Assim, surge a necessidade do Estado tutelar também direitos econômicos, sociais e culturais para satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e o lazer, cujo objetivo principal é garantir direitos sociais e promover o equilíbrio entre as partes, na eterna luta travada entre o capital e o trabalho.

Os direitos difusos e comuns cuja titularidade é coletiva, pertencem a todas as pessoas e são conhecidos também como direitos de solidariedade, compondo o grupo da terceira geração. Surgiram e foram se afirmando no decorrer do século XX. Correspondem esses a tutela do meio ambiente, a autodeterminação dos povos, a proteção dos grupos humanos, proteção ao patrimônio cultural e histórico, além do direito à comunicação, etc. Em sua obra Sarlet assinala:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do home-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos, família, povo, nação e, caracterizando-se, conseqüentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa².

Através dos direitos de terceira dimensão, observamos a internacionalização dos direitos fundamentais. Notadamente, através de tratados internacionais que visam à proteção do meio ambiente, do consumidor, o direito ao desenvolvimento das nações e, também, a paz entre as diversas nações.

Na quarta geração ou dimensão de direitos fundamentais, podem-se reconhecer os direitos surgidos a partir das pesquisas genéticas e a necessidade de controle dessas, envolvendo a vidas dos seres, principalmente, dos seres humanos.

Segundo o influente filósofo do Direito, Robert Alexy: “Direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las, não pode ser, simplesmente, deixada para a maioria parlamentar decidir³”. Fato este

1 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

2 _____, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

3 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São

que, por si só, demonstra a importância do estudo dos direitos fundamentais. E, dentro deste contexto, pode-se notar as características dos Direitos Fundamentais, quais sejam: imprescritibilidade, inalienabilidade, universalidade, irrenunciabilidade, interdependência, inviolabilidade, relatividade e historicidade.

Além disso, convém salientar a existência da discordância na nomenclatura que tais direitos assumem. A Constituição Brasileira trata os assuntos internos referindo-os como “Direitos e Garantias Fundamentais”, e os assuntos internacionais denominando-os de “Direitos Humanos”, quando aborda o tema de tratados internacionais.

De fato, a substância de ambos é bastante semelhante. São conjuntos diferentes que possuem grande convergência de conteúdo. A diferença é mais de fonte normativa do que de conteúdo, devido a sua fundamental e imprescindível importância para o ser humano.

Por fim, salienta-se que os direitos fundamentais estão relacionados com as garantias básicas e essenciais às vidas das pessoas, encontrados nas normas constitucionais de cada Estado democrático.

4 | CONSTITUCIONALISMO

Sabe-se que em meados do século XVIII, as monarquias e os estados da América do Norte começaram a transformar seus governos absolutos, em governos constitucionais. A partir disso, o constitucionalismo tem a marca de romper com o absoluto e o antigo, trazendo em seu bojo a expectativa do povo, através do estabelecimento de um Estado Constitucional. A este respeito Paulo Bonavides esclarece que:

A *teoria* das constituições, produto da razão humana, ou seja, de reflexões racionalistas a cerca de um modelo lógico de organização política da Sociedade, conduziu à elaboração de uma primeira camada de Constituições de acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista. Essas Constituições rígidas traduziam um sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com sua doutrina de valorização da Sociedade burguesa e individualista.⁴

Historicamente, o Estado de Direito foi sendo consolidado ao longo do Século XIX, e ao final deste, o Direito Constitucional se desenvolve na Europa quando os regimes constitucionais passam a se impor sobre as monarquias absolutistas e os governos oligárquico-aristocráticos.

“Baseados nos ideais iluministas da razão, da contenção do poder e do respeito ao indivíduo, as revoluções francesa e americana instituem as primeiras Constituições modernas, materializadas em documentos escritos⁵”. Para se chegar a

Paulo: Malheiros, 2012. P. 446.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2003. P. 225.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico a luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 62.

ideia e ao formato atual do constitucionalismo, muitas lutas foram travadas, através dos séculos, cujos precursores foram os movimentos constitucionalistas. Defensores da ideia constitucional que se torna real, através da instituição de uma Constituição. Daí, a existência do conceito chamado de “jurisdição constitucional”.

Willis Santiago Guerra filho pensa que o problema maior a ser enfrentado no campo do direito constitucional e da jurisdição constitucional, como nos demais campos do saber, em geral, na atualidade, é o problema do conhecimento. O grande desafio é de entender a ordem jurídica constitucional, que fornece o fundamento mesmo da ordem jurídica como um todo, nas circunstâncias atuais de extrema complexidade e transformações tão velozes da ambiência social onde esta ordem se insere, e o que deve regular.

Nos textos que organizou com Grau, assinala que:

Necessitamos, então, desenvolver um modelo adequado do sistema constitucional, para ficar a altura da tarefa de nos orientarmos diante da situação nova com que nos deparamos no Constitucionalismo atual, sendo precisamente no âmbito do Constitucionalismo, onde se desenvolvem os estudos mais avançados, em Teoria do Direito, hoje. É assim que se desenha uma ordem jurídica formada por dois tipos básicos de normas: *regras* reportando-se diretamente a *condutas* ou *situações* determinadas, e *princípios*, que positivam juridicamente certos *valores*. Daí resulta uma ordenação em que as primeiras são entendidas e validadas pelas suas referências aos últimos, os quais, por sua vez, possuem graus diversos de relevância para atingir a finalidade maior de um sistema jurídico democrático: legalidade com respeito a dignidade humana⁶.

Por outro lado, também significa a limitação do Estado, principalmente no que tange a garantia de liberdade de um povo, agindo como direito negativo. Tendo, ainda, uma face positiva a partir de quando estipula direitos sociais e outras garantias aos cidadãos. Constituição é a “Carta Magna” de compilação das leis, também conhecida como “Lei Suprema” ou “Lei Fundamental” por estar no topo da pirâmide das ordenações jurídicas de um Estado. Assim, e, por consequência, o Direito Constitucional é um ramo do direito público que se dedica a análise e interpretação das normas constitucionais⁷.

Pela análise empreendida de alguns textos e autores, pode-se depreender que a Constituição deve corresponder integralmente aos anseios e valores presentes na sociedade que ela pretende disciplinar. Deve refletir uma integração ética, moral e institucional com vistas ao desenvolvimento do bem comum. Terá, ainda, que ser

⁶ GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudo em homenagem a Paulo Bonavides**, São Paulo: Malheiros, 2001. P.268

⁷ Canotilho leciona que: Na Alemanha, o ensino do direito constitucional oscila entre duas posições. Uma delas continua a tradição germânica do Direito do estado (Staadsrecht) convertendo a categoria publica Estado em estrutura jurídica básica do direito público alemão. O mais recente tratado faz mesmo questão de recuperar a centralidade do estado no discurso jurídico-constitucional. Outra posição é a de eleger a constituição da República Federal da Alemanha (Grundgesetz) como ponto de partida para a exposição dos princípios fundamentos do direito constitucional positivo. Dada a importância da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha (Bundesverfassungsgericht), o direito constitucional alemão é, hoje em dia, um direito com fortes acentuações judicialistas, à semelhança do que acontece no direito americano.

universalista no sentido de conferir uma maior proteção aos direitos fundamentais, cuja finalidade será propiciar uma existência digna a todos, sem qualquer distinção ou discriminação. Seus fundamentos e princípios são assim definidos por Tavares:

Pela legitimidade exige-se que a lei seja formal apenas no sentido de que emane, em sua formação, dos órgãos representativos. Ademais tomou-se consciência que não se pode ignorar seu conteúdo, que também há que corresponder aos valores consubstanciados no ordenamento jurídico. Abandona-se, pois, como se vê, a noção puramente formal da lei, para ir mais longe e exigir que a lei corresponda, em seus mandamentos, a ideia de justiça encampada pela ordem constitucional, com respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade, etc.⁸

Assim, por tudo que foi analisado, pode-se afirmar que se deseja uma Constituição que não seja apenas formalista, mas uma Carta Magna que reflita os mais importantes valores da sociedade e que tenha uma base de compreensão ampla para que se possa interpretá-la, no seu contexto e respeitando seus princípios, no pleno exercício do estado democrático de direito. Uma interpretação constitucional ampla, como lei maior da Nação e princípio basilar de segurança e justiça para toda a sociedade.

5 | TRANSCONSTITUCIONALISMO

Um tema instigante da atualidade, na seara do direito, é o chamado transconstitucionalismo. Assim como as fronteiras físicas das nações foram encurtadas pelo avanço tecnológico, hoje, o direito também assume caráter de “transnacionalidade” derrubando várias fronteiras, não só físicas, mas, e principalmente, institucionais, através das sentenças de tribunais que citam e aproveitam jurisprudencialmente, casos semelhantes, nos quatro cantos do mundo. A este respeito é importante perceber que outras ordens jurídicas têm surgido, tais como a União Europeia e o Mercosul. Suas implicações lógicas serão levadas em consideração no desenvolver deste trabalho.

Assim, o transconstitucionalismo traz à tona o problema da aplicação do direito, tornando-se necessário considerar sua implicação em mais de uma ordem jurídica que, na maioria das vezes, são instadas a oferecer soluções e visões, nem sempre coincidentes.

O resultado desta dinâmica é que cria uma relação transversal entre as diversas ordens jurídicas, a respeito de problemas constitucionais, ou transconstitucionais, comuns. Cita-se Neves, em sua recente obra, sobre o transconstitucionalismo para assinalar o seu surgimento e as consequências dele advindas:

A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supra nacionais, em formas distintas do direito internacional público, é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto de interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral. O que intriga a “ciência” jurídica tradicional é a pretensão destas novas

ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordem jurídica que prescinde do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico.⁹

Neves denomina a dimensão estrutural e a racionalidade transversal do direito, da justiça e do constitucionalismo, pela denominação de “transconstitucionalismo”. Significando-o como o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

O principal objeto identificado pelo autor, que demanda a transconstitucionalização são os direitos fundamentais e a necessária limitação de poder, que poderão ser discutidos em vários foros, simultaneamente.

O transconstitucionalismo tenta analisar as possibilidades e os limites da possibilidade existencial de racionalidades transversais parciais, tais como uma conexão de transição, tanto entre os diversos sistemas jurídicos, quanto com outros tantos sistemas sociais, no âmbito do direito, como um sistema funcional da sociedade. Para tanto, tem-se que analisar o termo “constituição”, usado nas diversas ordens jurídicas, e reconhecer-se a historicidade da formação social e hierárquica contemporânea, que denota o sentido no qual a sociedade atual é a condição necessária para o aprimoramento do constitucionalismo, discutindo-se a possibilidade de existência uma constituição transversal para além do Estado nacional.

Além do que, nessa tarefa, o transconstitucionalismo terá que se deparar com a necessidade de abordar os problemas do sistema mundial, em discussões jurídicas que se desenvolvem em diversas ordens. É importante assinalar que o transconstitucionalismo entre as diversas ordens jurídicas existentes, como um sistema novo, enfrenta problemas quando se depara com as diferenças constitucionais dos estados, nas suas mais diversas composições e interesses políticos e sociais, e terá que tentar uma articulação dos problemas constitucionais, sob um novo prisma. Através da ponderação, da análise de um melhor diálogo e discussão na solução de problemas constitucionais, que, no mais das vezes, afetam substancialmente os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Com relação ao modelo de Constituição supranacional global e a constitucionalização no plano da ordem internacional, Neves assegura que:

Uma tendência teórica paradigmática aponta para o surgimento de um constitucionalismo internacional ou supranacional no plano global. A esse respeito, os enfoques são os mais diferentes e fundamentam-se em construções teóricas muito diversas. Vão desde modelos de Estado mundial, passando por concepções de “política interna mundial” até a caracterização da carta da ONU como Constituição da comunidade internacional. Um modelo orienta-se normativamente em favor da ideia de uma “República mundial federal e subsidiária” ou semelhante, para uma estabilidade mundial como nível supremo perante a estabilidade continental e a nacional. A preocupação central dirige-se à manutenção e garantia da paz,

⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo, Martins Fontes, 2009. P.83

remontando a noção kantiana de “um federalismo de Estados livres”, mas indo além dela, na medida em que se afirma um modelo hierárquico na relação entre o Estado ou a República mundial e as unidades políticas territoriais continentais ou nacionais.¹⁰

Citando o caso brasileiro, imagina-se que uma determinada questão examinada pelo Supremo Tribunal Federal chegue a uma determinada decisão em acórdão. A mesma questão poderá ser discutida na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e ter uma decisão contrária. Assim como aconteceu com a “Lei da Anistia.”

Em se tratando de uma violação de Direitos Humanos, admitida e julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com decisão contrária ao STF, e pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a decisão da corte supranacional terá aplicabilidade interna.

Caso não seja cumprida, poderá a Corte supranacional impor sanções ao Brasil no sentido do cumprimento da decisão.

São casos em que as cortes internacionais trazem em seu âmago a validade jurídica internacional dos direitos humanos. Com isso, e dentro de uma absoluta normalidade jurídica, sem ofender a soberania de cada país, o Estado nacional constituído, procurando compatibilizar sentidos, por vezes, antagônicos, como uma atitude transconstitucional.

Para defender o transconstitucionalismo como uma possibilidade viável do direito e, através dele, da justiça, Neves afirma na sua visão do transconstitucionalismo é alternativa a existência de um “ponto cego”:

Sua identidade é reconstruída, desta maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que ‘eu vejo o que tu não vês’, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego o outro pode ver*.¹¹

Desta forma, a relação transconstitucional entre ordens jurídicas diversas, não significa apenas prestações recíprocas, interpenetrações e interferências entre sistemas em geral, mas para muito além disso, demonstra que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espera-se que a globalização que atinge fortemente a economia, os meios de

¹⁰ _____ **Transconstitucionalismo**, São Paulo, Martins Fontes, 2009. P.85

¹¹ _____ **Transconstitucionalismo**, São Paulo, Martins Fontes, 2009. P. 297 e 298

informações e outros relevantes setores, também favoreça ao reconhecimento mundial dos Direitos Humanos e que possa influenciar os estados nacionais a admitirem uma proteção maior de direitos dos cidadãos, levando a uma expansão da liberdade e da democracia.

Na seara da jurisdição constitucional brasileira há que se reconhecer que algumas sentenças dos tribunais brasileiros ainda seguem em descompasso com a necessária observação dos tratados internacionais vigentes. Está se tornando uma prática constante o Estado Brasileiro reconhecer tratados e acordos internacionais e não os cumprir. Receber sentenças de órgãos supranacionais e ignorá-las. Como citou-se no caso da Lei da Anistia *versus* STF, com relação a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por isso, espera-se que aconteçam mudanças do parâmetro burocrático “hobbesiano” de soberania centrada do Estado, para uma concepção mais humana e “kantiana” de soberania, focada na cidadania universal. Para reafirmar os valores humanos acima de quaisquer outros na sociedade global é necessário rever padrões jurídicos limitantes no contexto nacional. Reeducar para a cidadania ampla e irrestrita como fomento da democracia, da liberdade e do bem estar social. Construindo um mundo mais justo e igualitário em observância aos Direitos Humanos, reconhecendo práticas nocivas que deverão ser abandonadas.

Assim, procurou-se no transconstitucionalismo um caminho, não infalível, mas viável de transformação dos sistemas de justiça e do poder político do Estado, frente a impossibilidade de somente o constitucionalismo dar conta de demandas que, no mais da vezes, são as mesmas sobre as quais se debruçam outros tribunais, outras instancias, com soluções melhores e mais satisfatórias, daquelas até então praticadas. Desta forma a ideia do transconstitucionalismo traz em seu bojo a mudança do paradigma nacional estatal do constitucionalismo. Entrelaçando os sistemas para maior aprendizado, reflexão e solução de problemas na política e no Direito, pois diversos problemas centrais do constitucionalismo são temas de debates de diversas ordens jurídicas e diversas Cortes Constitucionais.

Assim, repisa-se a ideia de que o transconstitucionalismo é o sistema capaz de assegurar a universalidade do Direitos humanos, através da experiência de diversas ordens jurídicas, posto que são direitos de caráter universais.

E, finalmente, espera-se que a inevitável globalização possa trazer benefícios a todos os cidadãos, inclusive ajudando a implantar ideias novas para resolução de velhos problemas. Pois, é neste contexto que o transconstitucionalismo se apresenta como uma fonte de inúmeras perspectivas de investigação e resolução de problemas das mais diversas ordens com enfoque nos Direitos Fundamentais e nos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico a luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudo em homenagem a Paulo Bonavides**, São Paulo: Malheiros, 2001.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2012.

UMA JURISDIÇÃO PARTICIPATIVA: MEDIAÇÃO

Carina Deolinda da Silva Lopes

Universidade Regional do Noroeste do Estado do
Rio Grande do Sul
Ijuí/RS

Franceli B. Grigoletto Papalia

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria/RS

RESUMO: A sociedade está vivendo uma época de insegurança e medo, que se evidenciam nas guerras e corrupções, existindo um clamor social pela aplicação e concretização das leis existentes, e, no caso brasileiro, pela criação de leis mais rígidas e efetivas. Assim, o poder da jurisdição estatal já não é mais suficiente para trazer a pacificação à sociedade. Diante de tal cenário, não bastam apenas legislações novas ou interpretadas de variadas formas, nem teorias que se mantenham abstratas diante do mundo das ideias: há que se buscar a adequação das teorias à realidade social, à racionalização dos fatos vividos e sentidos. A aplicação da tutela jurisdicional atual deve ser repensada, tendo em vista a busca maior da aplicação dos valores éticos e na concretização da efetiva comunicação e conciliação entre as partes, colocando em prática uma jurisdição participativa voltada para a resolução célere e efetiva dos litígios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Tutela

jurisdicional; Efetividade; Direitos.

ABSTRACT: The society is living a time of uncertainty and fear, which are evident in the wars and corruption and there is a public outcry by the application and implementation of existing laws, and, in Brazil, the creation of more stringent and effective legislation. Thus, the power of state jurisdiction is no longer enough to bring peace to society. Faced with such a scenario, not enough just new laws or interpreted in different ways, or theories that remain abstract ideas before the world: it is necessary to seek the adequacy of theories to social reality, rationalizing lived and meanings facts. The application of the current legal protection should be rethought with a view to greater search application of ethical values and the implementation of effective communication and reconciliation between the parties, putting in place a focused participatory jurisdiction for the speedy and effective resolution of social disputes.

KEYWORDS: Mediation; Judicial protection; Effectiveness; Rights.

1 | INTRODUÇÃO

Frente a multiplicação dos litígios, surgimento de novas demandas e ineficiência da atuação do Poder Judiciário em atendê-las,

faz-se necessária uma reflexão e discussão a respeito da importância de políticas públicas de acesso à justiça. Desse modo, a mediação vem se apresentando como um meio consensual na solução de seus conflitos, proporcionando o diálogo entre os envolvidos, evidenciando ainda, como uma forma de solução ao desafogamento do Poder Judiciário. A conscientização dos sujeitos interligados a essa tutela, bem como a garantia de favorecimento de comunicação entre as partes, no intuito de cooperação mútua e consenso na busca pela resolução dos litígios, proporcionaria a agilização dos direitos tutelados juntos ao Poder Judiciário.

Dessa forma, a mediação reconhecida como uma forma alternativa de resolução de conflitos e da busca pela garantia de participação dos sujeitos envolvidos merece destaque para a sua aplicação junto à prática jurisdicional.

A mediação pauta-se nos princípios de liberdade e poder de decisão das partes, não competitividade, participação de terceiro imparcial, competência do mediador e informalidade do processo. É do *modus operandi* da mediação, ou seja, na operacionalização desses princípios que reside a essência desse instrumento não adversarial de acesso à justiça.

O ato de mediar é uma forma explícita de que a linguagem e a sua prática diante da resolução de um conflito são portas abertas ao entendimento mútuo e a busca de um consenso entre os litigantes.

O diálogo pacífico e colaborativo conduzido pelo mediador representa, para a mediação, a principal ferramenta que possibilitará a identificação e a efetiva solução do conflito real pelas próprias partes, as quais deverão estar conscientizadas de seus direitos e deveres e da responsabilidade de cada um no contexto do litígio, buscando ao final encontrar uma alternativa que atenda aos objetivos comuns existentes entre elas, de forma a garantir maior eficácia do acordo.

2 | MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ASPECTOS CONCEITUAIS E GERAIS

Atualmente, a mediação tem se mostrado como a melhor forma de se tratar um conflito, uma vez que nela as próprias partes envolvidas refletem e, de uma maneira colaborativa chegam a solução do litígio. Talvez não exista instituto melhor do que o da mediação, principalmente quando às partes mantém algum vínculo de trato sucessivo, pelo qual de uma forma ou de outra elas ainda terão que conviver juntas. Neste caso, a construção de uma pacificação do conflito através da mediação, resolve não só o litígio instaurado entre as partes, mas alicerça o vínculo de união existente entre elas.

Esse vínculo deixado pela mediação talvez não fosse possível se a resolução do conflito se desse através do Poder Judiciário, uma vez que a sentença proferida faz nascer um perdedor, que poderá ter seu ódio ainda mais alimentado em desfavor de seu oponente.

Mencionada disparidade existente entre o processo e a mediação, é vista

principalmente no fato de que o processo trabalha com a lógica de ganhador/perdedor e, além disso, seu rito tem por objetivo investigar a verdade real dos fatos, enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com outra lógica, ou seja, a de ganhador/ganhador (SPENGLER, 2010, p.344).

Por essa razão, Warat (1998, p.5) aduz que “a mediação pode ser considerada como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”.

O destaque fundamental da mediação é que muito embora exista a participação de um terceiro, este não interfere na construção de um acordo, funcionando apenas como um conselheiro totalmente imparcial. Com o auxílio deste mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar seu conflito de forma satisfatória (MORAES e SPENGLER, 2008, p.134).

Para Bolzan e Spengler (2008), a mediação oferece inúmeras vantagens, citando, por exemplo, a voluntariedade e privacidade pela qual se conduz esse processo, o que tranquiliza as partes, especialmente quando se envolve questões íntimas de cada um. Também é possível a divisão dos custos e honorários, que geralmente são menores do que os do processo através do Judiciário, sem contar a enorme diferença de burocracia entre os dois sistemas.

Naturalmente a mediação traz vantagens incontestes, porém, não se pode divergir que torná-la compulsória é ir contra a um método que detém claramente a forma consensual como objeto principal inserida em seu escopo.

No entanto, salvo algumas críticas em relação ao projeto, entende-se que a mediação é a mais aconselhada e justa em relação aos demais institutos apresentados anteriormente. Quando cada parte envolvida aprende a solucionar seu próprio conflito através da mediação, contribui com seu grão de areia para melhorar o oxigênio humano do qual nos nutrimos (LINCK, 1997, p.140-142). A natureza das relações humanas sempre foi baseada no conflito, não é de hoje que o ser humano almeja a dominação sobre seu semelhante muitas vezes utilizando-se da força para o alcance do poder. Entretanto, também não é de hoje que esses mesmos conflitos são sempre pacificados através do diálogo, muitas vezes sem qualquer intervenção de um terceiro, o que faz com que realmente seja alcançada a paz pela plenitude da vontade de cada um dos conflitantes.

Desse modo, quando ocorre o desequilíbrio de ideias entre as pessoas e o conflito surge, o ideal é que elas mesmas resolvam esses conflitos baseado em uma atitude de reflexão para angariar preceitos de compreensão, respeito ao próximo, confiança mútua, de modo que as mesmas partes envolvidas cheguem a conclusão de um consenso de forma colaborativa.

Na opinião de Gorczewski (2007, p.80) essa mútua colaboração para o alcance da solução do conflito, deve estar presente especialmente se estas pessoas convivem

juntas, pois no futuro se apoiarão uma na outra. Ainda para o referido autor, quando esta situação ocorre, a melhor solução está na mediação, que é um procedimento no qual um terceiro, neutro, que não tem poder sobre as partes, sem indicar qual deve ser o resultado, de maneira informal, facilita e ajuda a que as próprias partes encontrem sua solução, resolvendo seu conflito de forma aceitável.

Com base nessa premissa, reforça-se que a mediação é o método mais indicado principalmente nas questões que envolvam o tratamento de relações continuadas entre os conflitantes, uma vez que, se faz necessário estar presente a vontade de compor em virtude da convivência existente entre as partes, relacionamento este que não se dissipará para o futuro.

Portanto, diferentemente do que poderia trazer uma sentença judicial, a mediação traz em seu âmago a solução dada pelos próprios envolvidos, não havendo dessa forma vencido e vencedor, mas sim, vencedor e vencedor, sendo esta a base fundamental do sucesso para um ponto final ao litígio.

Oliveira Júnior, recorda que a mediação é uma solução não adversarial que possui como característica a voluntariedade, a rapidez, a economia, a informalidade, a autodeterminação e uma visão do futuro. Ainda o mesmo autor, cita como exemplo a quebra de uma vidraça de um vizinho por outro. Ao direito tradicional o que importa é indenizar o prejudicado, sem preocupar-se com os reais motivos e muito menos em resolver o problema ou se ficará ódio entre os envolvidos, enquanto que na mediação, o mediador, ante este ódio, reconhecerá dos pensamentos e das imagens que, consciente ou inconsciente, articulam esses sentimentos de raiva e agressividade, em um processo que deveria conduzir a substituição deles, ou seja, tratar-se-ia do restabelecimento de uma semiótica do diálogo, da linguagem como via de entendimento (OLIVEIRA JUNIOR, 1998, p.212).

A mediação tem como objetivo restaurar a comunicação entre as partes, a fim de que estas percebam por si mesmas qual é a melhor solução para ambas. Desse modo, trata-se de um procedimento que ao mesmo tempo em que resolve o litígio, restaura o relacionamento entre as partes e, principalmente, as educa para a resolução autônoma de seus litígios, sendo bastante democrático e fortalecedor da cidadania (SOUZA, 2009, p.67).

Nesse sentido surge como exemplo a aplicação destas reflexões a questão da mediação, como forma de aplicação e garantia da cidadania através da busca alternativa da resolução de conflitos.

Desse modo, é necessário mais do que reconhecer e admitir a mediação como forma concreta de tratamento efetivo de conflitos, pois é importante efetivar a dignidade de tais relações e a utilização de um meio alternativo e conciliatório como é a mediação que pretende a efetivar tal entendimento e garantir a paz social para os conflitos.

A mediação é uma das melhores fórmulas de superar o imaginário do normativismo jurídico, pois suas práticas educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a

tomar decisões sem a intervenção de terceiros, e sim, com a ajuda deste, o mediador (SPENGLER, 2013).

Segundo Warat (1998,p.9), o mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. O mediador tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território do qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). O mediador tem que tentar erotizar o conflito inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder.

Além do mais, a mediação consiste em um procedimento não adversarial, em que um terceiro, competente, capacitado, diligente, imparcial, denominado mediador, auxilia as partes a entenderem seus reais problemas. Note-se que o mediador nada decide, apenas estimula e viabiliza a comunicação entre os mediados na busca por melhores e mais criativas soluções, de modo a facilitar a celebração de um acordo mutuamente satisfatório (SALES, 2005, p.162).

Entre os benefícios da mediação, pode-se comparar com os demais meios de tratamento de conflito, a celeridade, a efetividade, redução de custo financeiro, igualdade de participação no processo de decisão, prevenção na formação e resolução de conflitos, entre outras vantagens.

Os acordos realizados através da mediação são evidentemente mais efetivos do que se compararmos com uma sentença advinda de um processo judicial. Isso se dá pelo fato de que neste meio alternativo o envolvimento das partes expressa à vontade por eles acordada sem a interferência de um terceiro, ou seja, não há a intervenção do Estado dizendo o Direito, que conseqüentemente traduz em um vencedor e um derrotado.

Logo, a construção livre do que cada um deseja para apaziguar o conflito, é a maior garantia de que a resolução buscada é satisfativa, pois do contrário, não haveria motivos para haver o consenso indesejado.

Ação comunicativa se dá a partir da prática do consenso, gerando compromissos, numa estrutura social complexa na qual a coerção, caracterizada pela possibilidade de sanção, já não serve mais como elemento condutor do agir social em relações conflituosas. Nestes termos, não obstante, a importância do direito enquanto elemento de promoção/manutenção da paz social, o consenso e a inclusão social surgem como alternativas no tratamento de controvérsias (SPENGLER, 2010, p.359).

A mediação introduz a cultura do diálogo, ressaltando a importância da comunicação, principalmente no que se refere aos conflitos familiares que transparecem sentimentos como hostilidade, vingança, depressão, ansiedade, arrependimento, dificultando esclarecer qualquer mal entendido entre as partes (SALES e VASCONCELOS, 2005, p.167).

Ainda, analisa-se a mediação como forma de recuperar a sensibilidade e atingir a simplicidade do conflito. Por isso Warat (2004) afirma “que a mediação aponta a sensibilidade, com a ajuda do mediador, procura que as partes deixem de sentir o

conflito a partir de seus egos, tentando com que as partes sintam o conflito tendo como base os sentimentos”.

A mediação pode ser vista como a melhor forma de realização da autonomia, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos, constituindo as práticas sociais de mediação em um mecanismo de exercício da cidadania, na medida em que educam e auxiliam as partes envolvidas no conflito a tomarem decisões, sem a interferência de terceiros que deliberem por elas (COLARES, 2005, p.101).

3 | A MEDIAÇÃO FRENTE A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE HABERMAS E O PANORAMA ATUAL DO SISTEMA JUDICIÁRIO

A boa administração do conflito, portanto, pressupõe a obtenção de um ambiente de comunicação pacífica entre as partes e a igualdade de condições de diálogo entre as mesmas. Nesse propósito, o êxito da tarefa do mediador está diretamente condicionado a sua aptidão de auxiliar imparcialmente o diálogo entre as partes de forma a diminuir a hostilidade, conduzindo-as a encontrarem suas próprias soluções para o conflito, cultivando, assim, a semente da prevenção de má administração de futuros litígios.

Embora não haja forma pré-determinada de procedimento, mostra-se conveniente que logo no início das atividades o mediador, através de uma linguagem simples e direta, esclareça as partes que ali deverá ser realizado um trabalho cooperativo, pois exige o respeito mútuo e a escuta daquilo que cada um pretende expor sobre o conflito.

Normalmente, a comunicação entre as partes e com o mediador dá-se por meio de fala, cabendo a este último estimular uma escuta de forma ativa, ou seja a capacidade daquele que está recebendo a informação de escutar a mensagem inteira, garantindo que o sujeito que está falando expresse plenamente seu pensamento, suas intenções e sentimentos. Com esse propósito, percebe-se que a questão abordada por Habermas no que tange do falante ao ouvinte e vice-versa, está integralmente aplicada aqui.

Assim a comunicação distorcida para Habermas (2002, p. 56) é nítida como uma patologia da comunicação, que está concebida como sendo o resultado da confusão entre ações orientadas ao entendimento mútuo e ações orientadas ao sucesso dos interesses privados do agente. Habermas explica a ação social por meio de uma pragmática formal, que analisa tipos puros de interação mediada pela linguagem, para mostrar como ações sociais que incorporam tipos diferentes de conhecimento são suscetíveis a processos de racionalização.

Na arte da mediação a pergunta aberta consiste numa técnica que estimula a interação dos envolvidos e a reflexão sobre o conflito, sem que ocorra um direcionamento por parte do mediador. Nesse contexto, a teoria da ação comunicativa

de Habermas – *theorie des kommunikativen Handelns*, mais especificamente sua teoria sobre a ética discursiva – constitui um instrumento adequado à mediação, haja vista que propõe um novo mecanismo para a aquisição de verdade, no qual os integrantes do grupo social sejam protagonistas de um processo comunicativo baseado na argumentação racional e que tem por finalidade obter o entendimento por meio da cooperação, com base no melhor argumento, sem qualquer recurso à coação ou a outra forma de manipulação, assim tornando seus participantes mais conscientes e responsáveis por suas ações.

Assim a responsabilização do sujeito por suas ações decorre da necessidade de o mesmo avaliar previamente as consequências de seus atos, sempre levando em consideração valores, normas, bem como as sanções vigentes na sociedade. Dessa forma a ética discursiva de Habermas é uma teoria fundada na intersubjetividade discursiva, a qual procura adotar essencialmente a linguagem como elemento integrador das perspectivas filosóficas, sociológicas bem como psicológicas, possibilitando a interação dessas três dimensões para a compreensão da moral e da ética no que tange aos conflitos sociais.

Na teoria da ação comunicativa, Habermas procede à distinção entre a ação instrumental, forma de ação técnica que aplica racionalmente os meios para a obtenção de fins, e a ação.

A ferramenta da mediação mostra-se propícia para a prática da ação comunicativa de Habermas, pois sua essência consiste em garantir às partes envolvidas no litígio a mais ampla oportunidade do uso da linguagem (argumentação racional) na expressão daquilo que envolve o conflito em si, com isso objetivando se possível, alcançar através da conscientização dos sujeitos que ali operam a melhor solução do impasse, conforme o entendimento dos interessados.

Portanto, entende-se que a Mediação apresenta-se como um método por meio do qual uma terceira pessoa, imparcial, mas com certas habilidades, auxilia as partes a ampliarem a comunicação por meio de uma maior compreensão das raízes dos conflitos que se apresentam, comunicando-se através da conversação e da linguagem, sendo o acordo um dos pontos a que se pode chegar à mediação.

A mediação funciona como “meio consensual de solução de conflitos, no qual as partes envolvidas com o auxílio de um mediador, terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes para facilitar o diálogo, decidem a controvérsia.”

No tocante à mediação essa ainda pode ser vista como espécie do gênero justiça consensual, e que pode ser definida como uma forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação da coerção da sanção legal.

Com relação ao procedimento da mediação, Osvaldo Alfredo Gozáini menciona:

Queda en claro que el rol del mediador consiste em acercar a las partes, y no en resolver el conflicto cual si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable. El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes

descubram los verdaderos temas involucrados em la disputa o las resuelvan por si mismas (GOZAÍNÍ, 1995,p.85) .

A mediação, diante da complexidade social atual, é uma das melhores fórmulas de superar o imaginário do normativismo jurídico. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que proporcionam a educação, facilitam e ajudam a produzir e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de um terceiro imparcial, o que para a resolução dos conflitos familiares deve ser utilizado de forma a efetivar a resolução dos litígios.

Luis Alberto Warat comenta que:

O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. O mediador tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território do qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). O mediador tem que tentar erotizar o conflito inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder (WARAT, 1998, p.14).

Nesse sentido entende-se que:

Na atualidade a mediação começa a ser um mecanismo mais comum nos programas de resolução alternativa das disputas, uma opção democrática e pedagógica para a intervenção de terceiros nos conflitos. Mas para entender bem a mediação é preciso elaborar uma clara compreensão do que entende por conflito. Qualquer teoria da mediação resta inadequada e insuficiente se não tem por base uma explícita teoria do conflito (SALES, 2003, p.56).

Tal processo dá-se com a mediação de uma terceira pessoa que auxilia os sujeitos envolvidos na resolução dos problemas, que ocorre com a interferência em uma negociação ou conflito que procura ajudar as partes envolvidas a chegarem de forma voluntária a um acordo (MOORE, 1998, p.28).

A mediação é um processo que se evidencia por ser diferenciado, principalmente no que se refere aos procedimentos e à efetividade daqueles conflitos que são atendidos pelo Poder Jurisdicional. Dessa forma, as diferenças dizem respeito desde a linguagem utilizada, a busca da verdade, até a discussão do tempo de alcance da tutela esperada, da satisfação e da paz social. Nesse sentido importante salientar que:

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de um mediador. Esta asignación no delega derecho alguno, el que em definitiva los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando em poder de ellas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan (GOZAÍNÍ, 1995, p. 86).

Dessa forma, a teoria da ação comunicativa é orientada à busca do entendimento, compreendendo como entendimento um mecanismo de coordenação de ações,

no qual o interlocutor procura um meio de argumentação racional, convencendo e afirmando a veracidade das declarações do raciocínio do sujeito em prova.

Entende Jürgen Habermas que os participantes de processo comunicativo possuem a possibilidade de aceitar ou não as afirmações de um interlocutor, mas quando ocorre a não aceitação das afirmações do outro sujeito, ou seja quando um ou mais dos participantes questionam a fala do locutor, surge um impasse e a ação comunicativa é interrompida, conforme exposto anteriormente.

Sobre a ética discursiva de Habermas assevera Bárbara Freitag (1992, p.264) que ele procura resgatar os espaços de liberdade do indivíduo, dos grupos sociais e das instituições especializadas na busca da verdade da fundamentação racional e da negociação da nova organização societária, redimensionando (politicamente) as perspectivas de evolução das sociedades contemporâneas para o futuro. Nesse esforço, simultaneamente filosófico e sociopolítico, procuram recuperar o projeto iluminista da emancipação do homem e da humanidade, calcando o velho projeto, ainda não realizado, em novas bases: a razão comunicativa.

Loureiro (p. 1988, p. 67) trabalha essa ideia dos meios alternativos como auxiliares do Poder Judiciário que é tida como de fundamental opção diante dos embates complexos atuais e da necessidade de maior efetividade e eficácia na resolução dos conflitos. Nesse aspecto:

O judiciário como peça essencial do sistema de regulação social. É por essa razão que os governos procuram aperfeiçoar o tratamento judiciário dos conflitos pela reativação dos instrumentos alternativos de solução de conflitos no seio de sua Justiça. A tendência é, portanto, de fortalecimento do judiciário e não de diminuição de sua competência.

Nesse sentido, verifica-se que concomitantemente ao monopólio jurisdicional é necessário e recomendável o incentivo aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, sem a necessidade de afastamento do monopólio da atividade jurisdicional, desprestigiá-lo ou criticá-lo para valorizar as soluções alternativas (BACCELLAR, 1999, p. 125).

A mediação é um ponto essencial na busca da concretização da ação comunicativa, na busca da solução alternativa dentro da aplicação da tutela jurisdicional, através da cooperação entre as partes, mas também de forma extrajudicial. Desse ângulo, os envolvidos procuram restabelecer a comunicação rompida através do diálogo e encaram o conflito pelo lado positivo, ou seja, como algo comum e necessário na vida do ser humano em sociedade.

Warat (2001, p.58) explica que o processo e o procedimento de mediação são de autocomposição, na medida em que são as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo recompondo, através de uma mirada interior, os ingredientes (afetivos jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente. O processo de mediação é um modelo de autocomposição assistida ou

terceirizada, exigindo, pois, a presença de um terceiro imparcial que auxilie as partes em seu processo de assumir os riscos de sua autodecisão transformadora do conflito.

A partir do que se oportunizou observar da Teoria do Agir comunicativo e a necessidade de celeridade dos procedimentos que buscam o Judiciário a Mediação se apresenta como um instrumento apto a angariar o conceito trazido de comunicação e aplicar ao contexto social, garantindo a possibilidade de maiores possibilidades de composição e solução dos conflitos tutelados junto às jurisdições competentes.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou analisar a mediação como política pública de inclusão social no tratamento de conflitos, uma vez que o Poder Judiciário não está mais conseguindo abarcar todas as demandas, que a ele chega. Diante da atual situação conflituosa em que se encontra o Poder Judiciário, a sociedade precisa-se de instrumentos mais eficazes de administração dos litígios, que possam garantir a todos o direito a ter direitos, o direito de decidir seus problemas. Assim, encontra-se na prática da mediação propiciar uma justiça mais humana, atuando como ferramenta para exercício de uma efetiva democracia.

Não existe na mediação a ideia de vencedor, tendo em vista que as partes não se encontram em posição contrárias, mas sim colaboram comunicativamente através da linguagem, para encontrar uma solução favorável para se amparar e chegar ao consenso. Por tratar de um instrumento consensual e pacífico de resolução de controvérsias é que se compreende a importância da comunicação entre elas para que se alcance a paz.

A mediação, entretanto, é mais indicada e funciona de forma eficaz para solucionar divergências nas quais existia uma relação entre os envolvidos, pois permite a retomada do meio de comunicação entre as partes, com direitos de participação mútua na busca pelo entendimento.

Dessa forma, após analisar a questão da jurisdição em si e seus aspectos, bem como a questão da boa-fé e má-fé das partes, e da aplicação da teoria do agir comunicativo de Habermas, observa-se que a mediação, tanto diante do plano judicial quanto extrajudicial, é medida que pode, indubitavelmente, garantir a efetividade da tutela jurisdicional e a resolução de inúmeros conflitos advindos da modernidade e da complexidade social.

Portanto, deve-se dar ênfase na comunicação e conscientização da importância do ganho que a conversação e o entendimento podem proporcionar em termos de amenização e da garantia da paz social, o que no enfoque deste estudo pode demonstrar grandes avanços no âmbito da efetividade da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Mario de; ALMEIDA, María Alba Aiello de. **La experiencia de la mediacion**. Buenos Aires: 1996.
- BACCELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. **Revista de processo**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 122-134, jul. / set. 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Tupinambá Pinto de Azevedo. **Revista do Ministério Público**, v. 1, n. 18, 1985.
- COLARES, Elizabeth Fialho. **Mediação de conflitos um mecanismo de acesso à justiça**. In: SALES, Lília Maia de Moraes. A cidadania em debate. Mediação de conflitos. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FREITAG, Barbara. **Itinerário de Antígona – a questão da moralidade**. Campinas: Parirus, 1992.
- GORCZEWSKI, Clovis. **Jurisdição paraestatal**: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. **Formas Alternativas para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Delpalma, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrascendentalizada**. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- LINCK, Delfina. **El Valor de la Mediación**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. **A mediação como forma de alternativa de solução de conflitos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n. 751, maio 1988.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ArTmed, 1998.
- OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, n.1, p. 127-132, 1999.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (de). **Mediação, novos direitos e integração**. In Mercosul no Cenário Internacional. Curitiba: Juruá, 1998.
- OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito a razoável duração do processo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, 2003-2004.
- PANTOJA, Fernanda Medina. Da mediação incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008.

SALES, Lília Maia de Morais. **A família e os conflitos familiares** – a mediação como alternativa. Revista Pensar. Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 55-59. Fev. 2003.

SALES, Lília Maia de Morais (Org.). **Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade: a Cidadania em Debate**. Autores Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda, et. al. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Morais; VASCONCELHOS, Mônica Carvalho. O processo de mediação familiar. In: **Estudos sobre a efetivação do Direito na atualidade: a cidadania em debate**. Fortaleza: UNIFOR, 2005.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Trad. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in) eficiência face à conflituosidade social**. IN: Rogério Gesta Leal; Jorge Renato dos Reis. (Org.). Direitos sociais & políticas públicas. 1ª ed, v. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

TRENTIN, Sandro Seixas; DUTRA, Taise Rabelo; ULHMANN, Sheila Marione. Da Mediação Incidental. In: SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação: política pública para um acesso à justiça eficaz**. Editorial Acadêmica Espanhola, 2012.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça de forma célere como garantia de concretização da cidadania. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 73. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7191>. Acesso em: 10 março.2016.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Santa Catarina: AIMED, 1998.

_____, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

UMA OUTRA GLOBALIZAÇÃO: SOBERANIA CONDICIONADA DOS ESTADOS-NAÇÃO, CORROSÃO DA DEMOCRACIA, EXAUSTÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS E ESVAZIAMENTO DE DIREITOS

Alex Maciel de Oliveira

Aluno do Mestrado em Direito Negocial da
Universidade Estadual de Londrina.

Campo Grande - MS

RESUMO: Um traço essencial da globalização é seu caráter contraditório, pois ao mesmo tempo em que permite incríveis avanços em várias áreas - econômica, científica, social, etc. - também rompe com modelos postos. Sob o prisma das rupturas, a integração dos mercados de capitais permite que forças financeiras ingiram na política interna de nações pobres e imponham, como condição de investimento, a adoção de agendas ultraliberais que anulem o Estado-providência, concedam isenções fiscais, reduzam políticas assistenciais e esgotem direitos, e outros. Os efeitos desse processo se materializam no abatimento da soberania nacional dos Estados, no esvaziamento de direitos e desestabilização da ordem democrática. Além disso, o surgimento caótico de novos fenômenos sociais, excitados pela mundialização, tem causado o exaurimento e o descrédito social dos sistemas legais tradicionais, quando estes, ao tentar regular tais fenômenos, mostram-se obsoletos e limitados. Então, o artigo visa analisar a relação entre a globalização e as citadas rupturas. O método adotado é descritivo e exploratório quanto ao objetivo, qualitativo quanto à abordagem e

bibliográfico quanto ao procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Estado-nação. Soberania. Democracia. Direitos.

ANOTHER GLOBALIZATION: CONDITIONED
NATION-STATE SOVEREIGNTY,
CORROSION OF DEMOCRACY,
EXHAUSTION OF LEGAL SYSTEMS AND
DECREASE OF RIGHTS

ABSTRACT: An essential feature of globalization is its contradictory character, since at the same time it allows incredible advances in various areas - economic, social, scientific, etc. - also breaks with models put. In the light of disruptions, the integration of capital markets allows economic forces to engage the domestic politics of vulnerable nations and impose, as a condition for investment, the adoption of ultraliberal agendas that nullify the welfare state, improve competitive conditions, reduce taxes, exhaust rights, etc. The effects of this process materialize in the weakening of state sovereignty, the depletion of rights and the destabilization of the democratic order. Moreover, the chaotic emergence of new phenomena, excited by globalization, has caused the exhaustion of traditional legal systems. Showing these obsolete and limited, when trying to regulate these facts, they suffer social discredit and, in response, there is an intense legislative production, which

causes disfigurement and swelling in these ordinances. This paper aims to analyze the relationship between globalization and the aforementioned ruptures. The method used is descriptive and exploratory as to the objective, qualitative as the approach and bibliographic as the procedure.

KEYWORDS: Globalization. Nation-state. Sovereignty. Democracy. Rights.

1 | INTRODUÇÃO

A relevância da globalização se evidencia pela assimilação de que mesmo sendo um fenômeno inacabado, em poucas décadas ressignificou, de modo global, várias áreas da vida humana - econômica, jurídica, política, etc. Por isso, se mostra um complexo fenômeno, pelo seu caráter multifacetado e polissêmico.

As acepções mais usadas para defini-la remetem às noções de redução de tempo-espço, relativização de fronteiras, fluxo de dados, comércio global, inovações tecnológicas, multiculturalismo, etc. Porém, além dessas noções, ela ainda pode ser entendida como sinônimo de contradição, pois simultaneamente em que possibilita vários avanços à humanidade também causa tensões e crises.

Ao passo que encurta distâncias, corrói soberanias; ao favorecer alguns grupos sociais, aumenta a concentração de riquezas; na medida em que propicia avanços tecnológicos, excita o uso da mão de obra escrava para suprir a lógica do consumo. É nessa ordem de contradições que os reflexos da mundialização têm representado uma ameaça à soberania dos Estados, à ordem democrática, à coesão dos ordenamentos jurídicos e aos direitos fundamentais.

Quanto à corrosão da soberania estatal, à desestabilização democrática e à redução de direitos, a integração dos mercados globais possibilita que forças financeiras adentrem em economias frágeis e imponham, como condição de investimento, a adoção de políticas liberais, que a reduzam o Estado-garantia, esgotem direitos sociais, concedam isenções fiscais, etc. Sem poder se opor à tais forças, os governantes gozam de uma autonomia decisória só aparente, pois as suas decisões estão condicionadas aos interesses desses organismos, o que gera uma crise de legitimidade e fere de morte a ordem democrática.

Já sobre sistemas jurídicos tradicionais, a globalização redefine axiomas legais já sedimentados nesses sistemas - como as noções de trabalho, empresa, direitos, etc. - e, ainda, excita a eclosão alucinada de novos fenômenos sociais.

Esses sistemas se mostram obsoletos ao tentar solucionar questões que surgem desses fatos. E, quando isso ocorre, as instituições jurídicas passam a perder legitimidade ante a comunidade, que começa a não mais enxergá-las como aptas a solucionar suas lides, surgindo, mais tarde, polos alternativos de jurisdição. Ocorre, portanto, um abafamento sistêmico das instituições públicas em razão da incompatibilidade de sua atuação com as novas práticas impostas pela globalização.

Como resposta à sociedade, o Direito atua em várias frentes: os Tribunais

formam uma vasta jurisprudência sobre novos temas; os teóricos produzem mais e mais obras; o legislativo edita leis imprecisas e em cizânia com os princípios do sistema, causando uma desfiguração e exaustão dos sistemas jurídicos.

Então, o artigo visa entender como os reflexos da globalização atuam na corrosão da soberania dos Estado, no desequilíbrio da ordem democrática, na redução de direitos e na exaustão dos sistemas legais. Para atender ao objetivo geral da investigação, o método adotado é descritivo e exploratório quanto ao objetivo, qualitativo quanto a abordagem e bibliográfico quanto ao procedimento.

2 | SOBERANIA FORMAL DO ESTADO-NAÇÃO, EXAUSTÃO DE DIREITOS E CRISE DA DEMOCRACIA NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

A consolidação do Estado moderno não se dá de modo linear e tranquilo. Ao contrário, ao longo dos séculos o fenômeno é marcado por avanços e atrasos, rupturas e crises. Ao estudar sua evolução achamos pontos comuns de tensões em suas bases político-jurídicas e, ainda, fenômenos sociais de várias épocas que ameaçaram sua estabilidade. Mas, o modo como a globalização rearranjou as bases do Estado nas últimas décadas tem chamado atenção. A questão é tão séria que alguns teóricos já põem em xeque o futuro do modelo atual de Estado.

Sobre os reflexos da globalização, Ulrich Beck adverte que ela traz novos riscos sociais globais, ideia que ele abrevia no termo sociedade de risco, ao dizer que “o desenvolvimento tecnológico da sociedade contemporânea demonstra uma nova dinâmica política que autoameaça a civilização” (BECK, 2010).

Embora a globalização esteja inacabada, não deve ser desdenhada, pois tem se mostrado um poderoso fenômeno na formatação da sociedade à nível global. Especificamente quanto ao Estado, ela tem exercido tanta pressão sobre ele, que tem alterado suas bases primárias. Nesse viés, de todos os elementos do Estado, aquele que parece ser o mais relativizado pela mundialização é, em primeiro plano, sua soberania e, conseqüentemente, sua autonomia decisória.

Havendo usualmente na ordem internacional o respeito à soberania, as tomadas de decisões nas relações internacionais quase sempre fluíram de fora para dentro, cabendo uma decisão só a nação a qual interessava. Isto é, ações externas dentro de países soberanos sempre foram mecanismos secundários no plano global, sendo a hipótese reservada só à órgãos supranacionais legítimos e para solução de casos excepcionais, tais como fatos envolvendo vários países, guerras, crimes contra a humanidade, crises humanitárias, etc. (MELLO, 2000).

Contudo, mesmo nesses casos, sempre houve precisão de prévia decisão da sociedade internacional sobre a possibilidade, ou não, da ingerência externa, em respeito aos costumes, princípios e regras do Direito Internacional. Também, quase sempre em que ocorreram, foram usados como última medida, ou seja, após já

haverem se desenrolado negociações ou terem sido adotadas meios que não foram eficazes, como, por exemplo embargos e sanções econômicas.

Porém, a intensificação da globalização, mormente nas últimas décadas, tem alterado profundamente tal realidade, vez que novas forças têm desgastado muito os alicerces elementares do Estado, dinâmica na qual há perda, sobretudo, de sua soberania e autonomia quanto questões internas de interesse nacional.

Num mundo super transnacionalizado, o palco das relações internacionais é altamente cambiável. Um dos atributos do processo trazido pela globalização é a rearranjo da dinâmica do cenário global, criando um novo quadro de atores, que não mais se equivale aquele usualmente conhecido, a saber: Estado-nação, Organismos Internacionais e indivíduos (RESTREPO VELEZ, 2013).

Nesse sentido, essas forças fazem emergir um novo sistema de tomadas de decisões global. Esse aparato de poder não reconhece leis que não tenham sido por ele criadas e que não sigam a lógica do lucro. Assim, ele se autorregula e autodisciplina, evidenciando-se como um sistema autocrático e autoritário, que não considera qualquer possibilidade de discussão sobre suas ações em âmbito democrático e representativo, pois isso representaria entraves às suas ações.

Esses agentes, num momento inicial, passam a atuar ao lado dos Estados e, pouco a pouco, começam a ingerir em decisões sobre questões internas que possam, de algum modo, prejudicar seus negócios; uma vez que o país invadido, pela sua fraqueza econômica, não pode se opor à estas intromissões, passam a ser, mais e mais, pressionados a atender várias outras exigências; no fim desse injusto embate, essas forças acabam suprimindo a soberania e o poder decisório dessas nações, que acabam por ceder às pressões externas.

Sendo esse novo aparelho decisório formado por empresas que detêm grande parte do mercado global e sozinhas somam a economia de vários países, Estados de baixo poder econômico, que não possuem poder de barganha, são obrigados à adotarem políticas públicas que vão ao encontro de um modelo ultraliberal transnacional, tais como abertura do mercado, redução de políticas assistenciais, privatizações, anulação do Estado-garantia, reformas trabalhistas, tributárias e previdenciárias, melhoria nas condições de concorrência para bens e produtos importados, isenções fiscais, etc. (BRESSER PEREIRA, 1998).

Nesse cenário, as nações afetadas não deixam de ser soberanas, pois a completa falta de soberania traria o fim de sua própria existência e ruiria com a estrutura de poder posta, que mantêm o *status quo* das forças dentro dos países. Ao contrário, para que a dinâmica se mantenha é preciso que os Estados sob ingerência se conservem soberanos e os seus governantes estejam formalmente no poder, porém as escolhas do país não mais seguirão a lógica do bem comum, e sim do quanto essas forças lucrarão com a extração de recursos naturais, quais isenções fiscais serão dadas às suas empresas ou quais de seus produtos serão importados e alocados no mercado nacional com um preço competitivo, etc.

Porém, a corrosão poder decisório dos Estados nem sempre ocorre de modo apática. Os Estados podem se opor a intromissão do mercado e não ceder às exigências. Mas, a atitude é combatida por embargos econômicos e pressões externas, que se materializam pela saída em massa de empresas de um mesmo grupo do país, em corte de relações comerciais, demissões em larga escala, etc.

Em países de economias primária tais ações causam crises econômicas graves, abalo nas estruturas sociais, isolamento econômico internacional e até embaraços diplomáticos, fatos que farão com que, cedo ou tarde, os governantes novos repensem e cedam às exigências. Assim, quanto maior a força econômica de uma nação - tecnologia, investimento em capitais, aliados financeiros, etc. - maior será a sua capacidade para se opor à tais agentes e, logo, mais protegida estará a sua soberania de tais práticas (STREECK, 2002).

Em razão da disparidade no acúmulo de rendas, natural do liberalismo, a maioria da riqueza está sob o domínio de grupos empresariais. O fato é agravado pela transnacionalização do capital. O efeito é a incapacidade dos países pobres em resistir às demandas liberais e à agenda econômica imposta pela economia, não podendo adotar políticas em desacordo com os interesses do mercado.

Sobre a conjuntura trazida pela globalização, Octávio Ianni explica que:

[...] as corporações transnacionais pressionam Estados nacionais a promoverem reformas políticas, econômicas e socioculturais, envolvendo amplamente instituições jurídico-políticas destinadas a favorecer a dinâmica das forças produtivas e relações capitalistas de produção. [...] São diversas, diferentes e insistentes as pressões externas e internas destinadas a provocar a reestruturação do Estado. Trata-se de promover a desestatização e desregulação da economia nacional; simultaneamente, promover a privatização de empresas produtivas estatais e dos sistemas de saúde, educação e previdência. Além disso, abrem-se os mercados [...]. Muitas conquistas sociais de diferentes categorias operárias e outros assalariados já foram ou estão sendo redefinidas, reduzidas ou eliminadas [...] (IANNI, 1999, p. 13)

Em síntese, a ação dos setores econômicos nos Estados-nação gera uma gradual corrosão em suas soberanias, elemento outrora visto como essencial à definição de um Estado. Trata-se, como visto, não de sua aniquilação total, mas de mero jogo de aparências, no qual resta a esses países apenas uma soberania formal e aparente, pois no plano fático as decisões dos governos, desde o início, são condicionadas às regras infligidas pelo mercado (RAPOPORT, 1997). Trata-se, então, de um novo tipo de soberania estatal, residual e mitigada, denotando-se como um restrito conjunto de decisões políticas que restam aos governantes que, em regra, têm caráter meramente burocrático e simbólico, pois as decisões que, de fato, impactariam a vida da população já foram tomadas pelo mercado.

Subsidiariamente, mas de igual acuidade, há ainda a desestabilização das instituições democráticas nacionais, que deveriam tomar suas decisões visando o interesse coletivo, mas que têm o seu caráter solidário e participativo altamente mitigado. Tais instituições continuam formalmente democráticas, pois obedecem a

requisitos legais - eleições periódicas, direito à voto, etc. -, mas materialmente a sua atuação depende da chancela de grupos financeiros, dinâmica que alarga ainda mais o fosso entre o aparelho democrático e o social (BALLESTRIN, 2018).

As instituições internas dos Estados se mostram fracas e falhas diante do fenômeno. O Poder Legislativo deveria controlar e fiscalizar as medidas tomadas pelo Executivo, pois na maioria dos sistemas democráticos as decisões deste precisam da chancela do Legislativo para serem efetivadas. A articulação de tais grupos, porém, tem sido tanta que têm adentrado dentro dos Congressos locais. Eles financiam a entrada de membros nas Casas Legislativas, e vez que contam com um bom número de políticos adeptos aos seus interesses, criam uma forte base, que lutará pela aprovação de leis que garantam seus interesses no país.

De igual maneira, o Judiciário também deveria coibir tais práticas. Neste Poder, o subsídio de Juízes, Promotores e outros membros da Justiça não é, em regra, tão comum como no Legislativo, mas quanto mais frágil for uma economia, mais ameaçada estão suas entidades democráticas. Em países pobres, em que há altos níveis de corrupção neste Poder, tais ações são mais incisivas e diretas.

Já em democracias mais sólidas o modo de atuação é um pouco diferente, mas igualmente eficaz. É sabido que grandes empresas contam com corpos de advogados e assistência legal da mais alta qualidade. Assim, valendo-se desses serviços, exploram a fragilidade e morosidade das justiças nacionais, que, como todo sistema legal, têm brechas e lacunas. Então, através de recursos e medidas protelatórias de todos os tipos, uma ação judicial que possa prejudicar as suas atividades acaba se arrastando por anos sem resolução, dando tempo hábil para que tais grupos lucrem o máximo em seus negócios, sem serem incomodados.

Seguindo tal estratégia, mesmo que sofram decisões judiciais adversas, quando as sentenças são enfim prolatadas, os grupos, as vezes, nem mais estão no país. Ou, se uma decisão sair a tempo de atrapalhar seus negócios, retomam as práticas por outra empresa. O ciclo perdura até que lucrem o máximo, ficando a corrosão de suas instituições e os prejuízos financeiros para o país violado.

Sobre a crise democrática causada pelo mercado, Faria aponta que:

Estruturas administrativas, políticas, jurídicas do Estado - deixam de ser um locus natural de direção e deliberação e imposição de comportamentos, limitando-se a atuar como mecanismos de coordenação, adequação de interesses. São mecanismos cada vez mais delimitados pelos imperativos dos sistemas produtivos [...]. Longe de representarem um critério orientador para decisões do Estado-nação e para sua produção legislativa, esses imperativos são princípios normativos destinados a estabelecer limitações as intervenções governamentais reguladoras [...] (FARIA, 2004, p. 12).

Após a constatação de que a autonomia do Executivo tem sido, mais e mais, limitada, e que os Poderes Legislativo e Judiciário não cumprem seu papel de fiscalizar as decisões tomadas em prol de ganhos financeiros privados em detrimento

do interesse nacional, torna-se pertinente a pergunta: se as decisões impostas pelas forças econômica não se submetem ao debate democrático e ao crivo das instituições públicas, teriam legitimidade, nos planos da democracia e da soberania, para guiar os rumos político, econômicos e jurídicos de um país?

Habermas mostrou apreensão em como a globalização afeta a aptidão de uma nação na autocondução e legitimidade democráticas. Para ele, “quando são destruídos os pressupostos sociais de uma participação ampla, mesmo decisões democráticas formalmente corretas perdem sua confiança” (HABERMAS, 2001).

Ante à realidade trazida pela globalização, aclara-se a erosão da estrutura clássica do Estado, fundada na soberania, democracia e tutela de direitos, a qual é excitada por um mercado global que desconhece fronteiras e nega ao Estado a exclusividade do poder decisório, atuando paralelamente a ele, como se fosse um agente legítimo para tomada decisões que afetam as nações internamente.

Assim, a figura do Estado-nação não desaparece, porém alguns de seus princípios-base sofrem um forte esvaziamento. Não estamos prevendo o fim do Estado e o início de uma ordem global empresarial, mas, talvez, precisemos nos indagar se não estamos diante da reestruturação do Estado como conhecemos, ou, se não estamos diante do surgimento de um novo modelo de Estado.

3 | O DIREITO E OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DIANTE DOS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO

Em 2018, uma notícia chocou o mundo: um carro da empresa americana Uber atropelou e matou uma mulher nos EUA. Porém, ao contrário dos acidentes de trânsito usuais, o carro que causou o acidente era um tipo autônomo, guiado por câmeras e sinais de GPS. O caso ganhou moderada repercussão na mídia.

Podemos extrair duas reflexões desse triste evento: talvez, a relação entre homem e tecnologia não se dê de modo tão calmo como previmos e, ainda, como as leis têm se mostrado frágeis diante da eclosão caótica de novos e complexos fenômenos sociais numa sociedade globalizada e altamente tecnológica.

Investigações policiais apontaram falhas no *software* da direção, que não freou o carro. O caso se arrastaria por anos nas cortes norte-americanas até que se desse um desfecho. Mas, a família da vítima e a empresa fizeram um acordo para evitar um prélio judicial. Embora este caso não vá a julgamento, a tecnologia continuará evoluindo e casos análogos surgirão no futuro. Se isso ocorrer, estará o Direito pronto para enfrentar o problema e a dar uma resposta à sociedade?

Imaginemos que o caso tivesse sido levado à Justiça americana. Nesse caso, por se tratar da primeira morte envolvendo tais circunstâncias, sua solução dependeria de forte exercício de interpretações extensivas e principiológicas por parte dos juristas locais, para subsumir o fato ainda não tipificado às leis pátrias.

É verdade que em países com um sistema legal oriundo do *commom law*, como os EUA, o uso da interpretação, princípios e jurisprudência minimizaria a falta de positivação. Mas, só uma minoria dos sistemas legais tem as suas bases no direito costumeiro. Logo, a prática não pode ser levada como regra. A maioria dos ordenamentos tem origem no direito romano-germânico e, para que haja a subsunção do direito ao fato concreto, precisam de uma mínima produção legal.

Ainda é verdade que mesmo nos sistemas romano-germânicos, havendo lacuna, obscuridade ou omissão sobre um fato, é possível o uso de técnicas para saná-los - interpretação, analogia e princípios gerais. Mas, o uso de tais métodos é restrito, não sendo aplicáveis a toda e qualquer hipótese.

A suposição proposta é pertinente, pois clareia a complexa dinâmica que envolve o surgimento de novos fenômenos e a dificuldade do Direito em regulá-los. A acuidade da reflexão se mostra, ainda, na verificação de que na ocorrência de caso análogo, na maioria dos sistemas legais, haveria um vazio sobre o tema. Nesse viés, embora a lei norte-americana tenha sido pioneira ao disciplinar como os testes de carros autônomos deveriam ser feitos, esta previsão foi insuficiente, pois apesar desta tecnologia ser uma realidade distante, já produziu efeitos mais complexos do que os positivados, exigindo da legislação nacional a sua previsão.

É aqui que mora o cerne da questão. As novas tecnológicas pipocam num ritmo veloz, exigindo disciplina legal antes mesmo de trazerem efeitos no mundo fático. Nessa injusta dinâmica, ou a lei teria que prever quais tecnologias seriam criadas e quais efeitos produziriam, ou, tentar regular seus efeitos o mais rápido possível, quando surgissem. O Direito tem tentado executar a última opção. Mas, a escolha tem causado um processo de exaustão nos sistemas legais.

Ante as incertezas encaradas pelo Direito, deveriam ser apreensões de todos nós as seguintes questões: as estruturas dos sistemas legais suportarão uma demanda jurisdicional e normativa tão pesada? Os ordenamentos sofrerão uma reestruturação, para se adequar às exigências impostas pela globalização? Antemão, alertamos que em razão do caráter inacabado da globalização não é possível responder a tais perguntas. Mas, desde já, nota-se a crescente pressão que o fenômeno tem exercido sobre os ordenamentos, levando-os aos limites de sua operacionalidade e causando uma gradual debilidade de suas instituições.

A constrição infligida pela globalização sobre os aparelhos legais pode ser vista sob vários enfoques. Porém, sem a pretensão de exaurir o tema, trataremos dos reflexos que têm trazido os piores efeitos aos sistemas legais. Nesse viés, o efeito precípuo é a dificuldade da lei em acompanhar o ritmo veloz do surgimento de novos fenômenos sociais e de discipliná-los. Este óbice se mostra mais grave ainda quando acarreta o esgotamento estrutural dos aparelhos legais nacionais.

Porém, não se trata do tempo natural que o Direito precisa para assimilar o nascimento de um fato social até positivá-lo - condição intrínseca ao Direito (REALE, 2002). O problema vai além, e resulta da limitação imposta pelo incrível volume de

novos tipos de relações sociais que surgem com a globalização.

No ciclo contínuo de positivamente de práticas sociais acolhidas, ou não, numa sociedade, a lei não acompanhará o ritmo em que os fatos sociais surgem, nem suas complexidades. O Direito não chegará à uma fórmula capaz de regular todas as complexas relações existentes numa comunidade. Do fato, aclara-se a falibilidade inata da lei ante a compreensão e disciplina dos organismos sociais.

Embora a lei não possa regular todos os fatos sociais, para que o Estado assegure a coesão social e a ordem jurídica colocada, necessariamente, deverá dar a sociedade respostas, pelo menos, à maioria das questões levadas à sua apreciação, através da atividade jurisdicional de seus órgãos. Isso é necessário para que a crença social na existência de um sistema de justiça continue firme.

Portanto, para que as leis exerçam a sua função de aparelhamento social, embora não possam disciplinar todos os fatos sociais, nunca poderão deixar de ser a fonte precípua de jurisdição, devendo positivar um mínimo de práticas, para que mantenham a sociedade coesa. Por isso que historicamente há uma busca do Estado em tentar manter o maior controle possível sobre os seus cidadãos. O que mudará, no tempo e espaço, é a intensidade e modo como tal ingerência ocorre, a depender da solidez das instituições internas de cada Estado.

Porém, essa conjuntura ganha novos contornos quando os fatos sociais surgem de modo tão rápido e desordenado que os métodos de controle e coesão social usuais não mais se mostram eficazes (GIDDENS, 1991). É esse panorama caótico que a globalização tem imposto aos sistemas jurídicos, pois ao alterar o modo como a sociedade se relaciona com o mundo fático, fortemente, provoca uma redefinição das estruturas sociais e, logo, do papel do Direito (FARIA, 2004).

Sendo usualmente as relações sociais disciplinadas por normas ligadas à uma ideia de domesticidade, coube ao Direito reger mormente práticas inseridas num território. Embora o *direito das gentes* exista desde antes da concepção do Estado, teve um papel subsidiário. Com a globalização, o caráter interno das leis continua, mas é diminuído, pois elas passam a regular fenômenos internacionais também, que desconhecem fronteiras e soberanias. Então, a globalização além de modificar o modo como as relações sociais ocorrem, ainda sobrecarrega os aparelhos legais, pois expande os limites de atuação das leis e redefine máximas legais já firmadas, como as ideias de trabalho, território, povo, etc. (IANNI, 1999).

Nesse viés, vários axiomas fixos são ressignificados pela mundialização: a soberania é relativizada; fronteiras são reorganizadas, redefinidas e reduzidas; surgem novos tipos de fatos sociais, que migram de meios físicos para virtuais; novas relações mercantis são efetivadas; novas tecnologias são criadas; antigas relações trabalhistas dão lugar à novas dinâmicas laborais; as noções de tempo e espaço são reinterpretadas em escala mundial, entre outras (SANTOS, 2001).

Nesse curso de redefinições, o Direito se vê diante de muitas perguntas e poucas respostas. Uma vez que tantas noções são alteradas várias atualizações legais são

necessárias. Porém, nem sempre isso ocorre. E, vez que as lides que envolvem essas novas noções não são respondidas de pronto, seja pela falta de posituação, pela ausência de jurisprudência ou pelo tempo que exigem, o Direito sofre uma crise de legitimidade social em suas instituições (BITTAR, 2009).

Ao ter suas falhas exibidas por essas novas realidades, os sistemas legais tradicionais, formados por estruturas de trabalho que atendem à lógica social de décadas atrás, sofrem um descrédito social, não sendo mais vistos como aptos pela comunidade para resolução de suas lides. Habermas chama o fato de “crise de legitimação do Direito”, pois, para ele, o Direito só se legitima na medida que há o reconhecimento social da autoridade da qual emana (HABERMAS, 1997).

Ao perder força no meio social, o Direito pode passar a dividir seu espaço jurisdicional com polos de poder alternativos, criados por setores privados. Esses meios alternativos têm uma estrutura complexa, especializada e apta a decidir lides oriundas dos novos fenômenos globalizatórios de forma barata, eficiente, ágil e com maior previsibilidade de decisões que atendam interesses financeiros.

Sobre o tema leciona José Eduardo Faria:

Outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições judiciais diz respeito à incompatibilidade entre seu perfil arquitetônico e a já mencionada complexidade da sociedade contemporânea. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas (FARIA, 2004, p. 05).

Porém, o Estado não assiste ao abatimento sistêmico de suas instituições inerte. Como a sua estabilidade depende do monopólio da força e de ser a fonte precípua de Direito, tentará minimizar os reflexos do processo. Como revide à perda de lidimidade e ao surgimento de polos de poder paralelos, que ameaçam sua supremacia, novas áreas do Direito são criadas, os juristas são pressionados a se especializarem em áreas que vão ao encontro das tendências globais e se distanciam de sistemas legais usuais, novos temas são investigados, os tribunais são forçados a jurisprudencializar questões nebulosas, entre outra medidas.

Nota-se também uma desenfreada produção legal do aparelho estatal, na qual, mais e mais, são produzidas leis esparsas e de baixa incidência social. A complicação dos fenômenos globais, exige noções especializadas daqueles que os positivarão. E, sendo temas muito distantes daqueles tratados nas casas de leis e, às vezes, só para suprir anseios de grupos específicos, as leis são criadas em cizânia com os princípios do ordenamento, com imprecisões, conflitam entre si, trazem inseguranças e tiram a efetividade do ordenamento (FARIA, 2004).

Como efeito desta dinâmica, há a desfiguração e inchaço na estrutura dos sistemas legais. Como a produção legislativa cavalara tenta dar uma resposta ao vazio

existente sobre certos temas em detrimento da aplicabilidade e perfeição técnica, nem sempre há a preocupação por parte do legislador em criar leis que respeitem a estrutura principiológica e o sistema lógico do sistema que integram.

Sobre o problema enfrentado pelos ordenamentos leciona José E. Faria:

No entanto, como o Estado não pode deixá-los sem algum tipo de controle, se vê obrigado a editar normas ad hoc para casos altamente específicos e singulares. E quanto mais sua produção normativa caminha nessa linha, aumentando o número de textos legais com um potencial de aplicação bastante circunscrito no tempo e no espaço, mais o direito positivo vai se expandindo de maneira confusa e desordenada. [...] o direito positivo já não conta mais com uma hierarquia de normas e leis minimamente articulada e com princípios integradores compatíveis entre si. Deste modo, face à sua pretensão de abarcar uma intrincada e contraditória pluralidade de interesses, disciplinar comportamentos altamente particularísticos e balizar a ação de uma enorme multiplicidade de operadores e atores jurídicos, ela acaba perdendo sua organicidade programática, sua racionalidade sistêmica [...] toda sua potencial efetividade (FARIA, 2004, p. 08).

Embora tais tentativas, num primeiro plano, pareçam revidar o desgaste sofrido pelos ordenamentos ante as pressões impostas pela globalização, elas têm se mostrado ineficazes e confusas, atuando de modo contrário ao esperado, pois potencializam o receio social e a exaustão das instituições jurídicas. Nesse viés, a globalização atua por várias frentes na desestabilização dos sistemas legais. Ao passo em que excita o surgimento de novos fenômenos sociais, impõe também aos corpos legais um ritmo instantâneo de positivação, julgamento e jurisprudencialização daqueles. Ao tentar regular tais novos fatos, as armações jurídicas são tão exigidas, que sofrem um processo de exaurimento.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, se aclara quão poderosa é a globalização e o quanto os seus reflexos têm exercido intenso aperto sobre as estruturas estatais, jurídicas e sociais. No cerne do problema estão, de um lado, os sistemas legais nacionais, que são levados à uma exaustão sistêmica ao tentarem amenizar o vazio jurídico existente em relação aos novos e complexos fenômenos sociais trazidas pela mundialização. De outro, a globalização também propicia o surgimento de novos polos de poder paralelos, os quais, através de forte ingerência política, passam a ameaçar a soberania, os direitos e a democracia dos Estados-nação.

A globalização é um fato do qual não podemos surgir. Por ainda ser um fenômeno inacabado, poderá ganhar mais força nas próximas décadas e, logo, continuar conduzindo, até com maior veemência, um processo de decomposição dos pilares do Estado e de suas instituições sociais, até que outro fenômeno a substitua. Portanto, aos estudiosos cabe a correta assimilação da atual dinâmica de corrosão dos modelos postos, para se determinar quais serão os resultados desse processo e

dos respectivos danos que poderão incidir sobre a sociedade.

Nesse viés, evidencia-se a urgência da criação de mecanismos eficazes na proteção da soberania, coesão dos ordenamentos jurídicos, tutela de direitos e salvaguarda das instituições democráticas. Pragmaticamente, o caminho que parece ser mais o promissor para este fim é o da cooperação internacional e da transnacionalidade, a ser instrumentalizada pela adoção de novas formas de governanças globais, que criem espaços transnacionais democráticos, atuem na busca do bem global e, por fim, que sirvam como unidades de coalizão e órgãos de garantia das instituições estatais e sociais ante as forças econômicas.

Essa proposta há muito já vem sendo delineada e defendida por vários teóricos, porém o seu caráter aparentemente utópico parece ser um dificultador de sua implementação. Para além do plano somente teórico, embora a proposta exija certa maturidade global, consciência coletiva e, também, um esforço mútuo do cenário internacional, ela se prestaria muito bem ao fim proposto.

Primeiramente, uma vez que vários países se unissem na forma de blocos regionais ou de órgãos supranacionais, através de deliberações sobre interesses comuns e demandas partilhadas, teriam um maior poder de negociação ante as imposições e intromissões das forças globais. Nesse viés, muitas poderiam ser as formas usadas para a execução desse modelo, a saber: acordos multilaterais, rodadas econômicas, conferências; enfim, muitas são as possibilidades.

Igualmente, a cooperação poderia ser transferida também para o campo normativo. Assim, as nações que tivessem em seu ordenamento uma produção normativa avançada e uma sólida jurisprudência sobre certo tema, que em outras legislações tenha se mostrado problemático e ainda não tenha sido pacificado, poderiam conduzir reuniões entre os órgãos desses Estados, para difundir sua experiência e os resultados alcançados. Essa simples medida, que demanda só um exercício de Direito comparado e o diálogo, pouparia grande esforço de uma produção normativa futura. O modelo alienígena apenas seria implementado se estivesse em plena harmonia com ordenamento jurídico recepcionador.

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana. **O debate pós-democrático no século XXI**. Revista Sul-Americana de Ciência Política, Pelotas, v. 4, n. 2, p. 149-164, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/view/14824/9146>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós modernidade e reflexões frankfurtianas**. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Lua Nova, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/>

S0102-64451998000300004>. Acesso em: 05 jul. 2019.

CASTRO, Carol. **Carro semiautônomo da Uber atropela e mata mulher no Arizona**. Super Interessante. São Paulo, 19 mar. 2018. Caderno tecnologia. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/tecnologia/carro-semiautonomo-da-uber-atropela-e-mata-mulher-no-arizona/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Trad. de Carlo Caccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HABBERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IANNI, Octávio. **O estado-nação na época da globalização**. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 105-117, jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/view/1904>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAPOPORT, Mario. **Os estados nacionais frente à globalização**. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, vol. 40, n. 02, p. 165-171, jul./dez. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291997000200008>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTREPO VELEZ, Juan Camilo. **La globalización en las relaciones internacionales: Actores internacionales y sistema internacional contemporâneo**. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. vol. 43, n.119, p. 625-654, Ene./Jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n119/v43n119a05.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. São Paulo: Ed. RECORD, 2001.

STREECK, Wolfgang. **As crises do capitalismo democrático**. Trad. de Alexandre Morales. *Novos Estudos*, São Paulo, n.92, pp.35-56, 2002. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002012000100004>>. Acesso em 08 jul. 2019.

SOBRE O ORGANIZADOR

Pedro Fauth Manhães Miranda - Doutorando em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR, 2019-). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG, 2012-2014). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL, 2003-2007), e em Ciência Política, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER, 2015-2018). Graduando em Licenciatura em Sociologia, pela Universidade Paulista (UNIP, 2018-). Professor de Direito, Sociologia e disciplinas afins, atualmente nas instituições Sociedade Educativa e Cultural Amélia (SECAL) e Instituto de Filosofia e Teologia Mater Ecclesiae (IFITEME). Advogado inscrito na OAB/PR, sob o nº 48.361. Possui interesse na pesquisa dos seguintes temas: democracia, direitos humanos, estado democrático de direito, participação social e efetivação de políticas públicas, sempre por meio da interdisciplinaridade entre as Ciências Sociais e a Jurídica. Pode ser contatado pelo seguinte e-mail: pedromiranda.adv@gmail.com

ÍNDICE REMISSIVO

A

Abandono afetivo 31, 32, 33, 128, 129, 133, 134, 135, 136

Adoção 12, 14, 24, 29, 46, 48, 131, 132, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 188, 204, 206, 207, 226, 228, 359, 363, 364, 404, 405, 415

Afeto 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 113, 115, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 136, 142, 207, 228, 239, 358, 360

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 1, 202

Autoritarismo 1, 5, 7, 8, 10, 11, 53, 268

C

Condução coercitiva 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10

Constitucionalismo 22, 203, 381, 382, 383, 385, 386, 388, 390

Criminologia 12, 13, 15, 19, 20, 21, 80, 81, 84, 86, 87, 88, 89, 231, 244, 245, 246

Cumprimento de sentença 101, 177, 178, 179, 180, 181

D

Democracia 10, 13, 17, 110, 111, 118, 233, 268, 305, 306, 307, 310, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 367, 368, 390, 397, 401, 404, 406, 410, 414, 416, 417

Direitos fundamentais 3, 8, 9, 16, 37, 93, 94, 105, 107, 121, 122, 123, 127, 133, 148, 150, 155, 162, 165, 203, 228, 229, 231, 256, 257, 261, 264, 268, 320, 322, 325, 357, 370, 371, 374, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 390, 391, 402, 405

Direitos humanos 3, 57, 60, 67, 68, 72, 73, 78, 93, 104, 105, 106, 122, 128, 132, 189, 228, 231, 233, 256, 257, 271, 272, 273, 274, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 285, 301, 320, 322, 323, 324, 328, 341, 343, 357, 361, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 388, 389, 390, 397, 402, 417

Drogas 61, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 192, 193, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 252

E

Educação 31, 33, 91, 94, 95, 107, 120, 135, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 168, 172, 254, 271, 274, 277, 279, 280, 281, 282, 287, 300, 311, 318, 319, 320, 344, 361, 376, 384, 399, 408

Eficácia 14, 68, 69, 74, 75, 77, 78, 113, 122, 123, 165, 179, 180, 181, 223, 224, 230, 306, 369, 375, 379, 384, 391, 393, 400

Empoderamento 74, 244, 245, 246, 343, 347, 359

Encarceramento 8, 87, 234, 235, 236, 241, 243

Estado democrático de direito 4, 27, 44, 53, 99, 109, 110, 111, 117, 256, 261, 269, 358, 381, 383, 387, 417

Estatuto da criança e do adolescente 151, 153, 155, 158, 167, 170, 176

Execução penal 91, 92, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 107, 108, 301

Extradicação 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 83

F

Família 14, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 59, 94, 95, 96, 100, 110, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 155, 156, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 236, 237, 241, 264, 265, 281, 318, 331, 332, 333, 335, 336, 337, 358, 359, 360, 367, 368, 376, 378, 384, 403, 410

G

Gênero 72, 75, 203, 206, 215, 217, 218, 221, 222, 223, 225, 230, 233, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 343, 344, 354, 355, 357, 358, 360, 362, 364, 365, 366, 367, 368, 398

I

Imputabilidade 283, 296, 297, 298, 299
Inconstitucionalidade 5, 44, 91, 92, 95, 97, 98, 104, 138, 143, 144, 146, 147, 149, 181, 202, 209
Infância 94, 171, 172, 240, 311, 333, 361, 363
Interdisciplinaridade 271, 274, 334, 417
Internet 2, 7, 14, 58, 116, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 224

J

Jurisdição 47, 49, 61, 77, 100, 110, 111, 112, 113, 114, 118, 119, 386, 390, 392, 401, 402, 403, 405, 412

L

Lava-jato 11, 165
Liberalismo 111, 385, 408

M

Maria da penha 68, 69, 74, 75, 78, 209, 227, 229, 230
Mediação 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 136, 313, 326, 331, 332, 334, 335, 336, 339, 341, 342, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403
Meio-ambiente 110
Mercosul 56, 57, 62, 63, 65, 66, 67, 387, 402
Modernidade 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 28, 85, 115, 124, 140, 141, 149, 197, 198, 209, 268, 370, 377, 401, 415, 416
Mulher 24, 27, 30, 34, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 92, 96, 107, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 138, 139, 140, 145, 146, 147, 148, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 217, 218, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 265, 266, 273, 316, 317, 343, 344, 348, 349, 351, 353, 354, 355, 358, 359, 363, 364, 365, 368, 410, 416

N

Nulidade 2, 9, 48, 259, 293

P

Personalidade 25, 26, 35, 130, 133, 134, 242, 266, 267, 288, 291, 311, 355

Política 5, 10, 11, 18, 22, 25, 60, 62, 72, 82, 83, 86, 88, 89, 111, 117, 118, 189, 212, 217, 219, 220, 222, 248, 249, 253, 254, 256, 264, 274, 285, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 317, 318, 319, 321, 322, 324, 343, 371, 372, 377, 378, 380, 383, 385, 388, 390, 401, 403, 404, 405, 406, 414, 415, 416, 417

Presunção de inocência 2, 6, 9, 10, 44, 46, 183, 184, 189, 190, 192, 194, 195, 266

Prisão 8, 45, 62, 66, 82, 85, 97, 165, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 245, 362

Privacidade 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 256, 394

Processo civil 7, 9, 43, 44, 45, 101, 109, 110, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 226, 329

Processo penal 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 36, 37, 38, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 100, 103, 107, 195, 255, 256, 258, 260, 261, 262, 266, 268, 269

Psicologia 25, 156, 175, 246, 282, 325, 326, 327, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 338, 339, 340, 341, 342

Publicidade 114, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 351, 352, 354, 355

R

Refugiados 324, 369, 370, 375, 376, 377, 378, 379, 380

Relação de trabalho 105

Responsabilidade civil 31, 32, 33, 128, 129, 133, 134, 135, 136

T

Tráfico 61, 73, 74, 83, 85, 88, 192, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246

V

Verdade real 36, 37, 38, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 256, 257, 259, 261, 394

Violência 3, 9, 18, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 84, 85, 87, 88, 108, 216, 217, 222, 223, 225, 227, 228, 229, 230, 233, 234, 240, 244, 245, 246, 261, 273, 281, 335, 336, 337, 338, 341, 359

