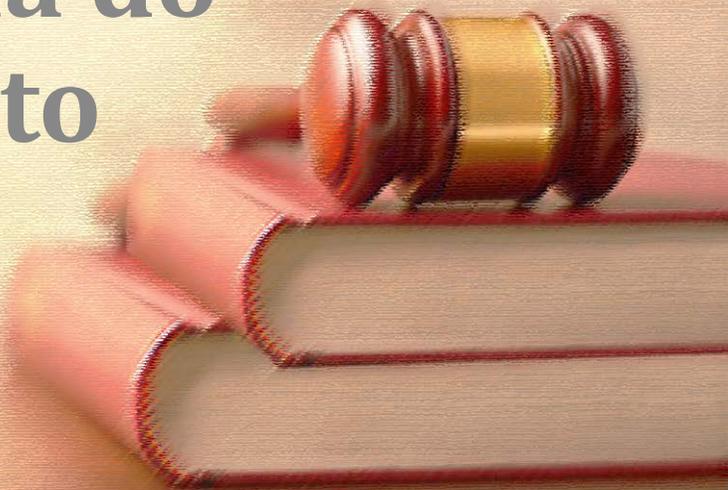


Organização
Lafayette Pozzoli
Luciano Braz da Silva
Melissa Zani Gimenez

Reflexões a partir da Filosofia do Direito

**ABORDAGENS
JUSFILOSÓFICAS
PARA O DIREITO
CONTEMPORÂNEO**

I Colóquio de Filosofia do
Direito do Univem



NAPEX 2019



CONSELHO EDITORIAL DA COLEÇÃO UNIVEM

- Prof. Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza (Unesp)
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (Univem / Uenp)
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves (Uenp)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (Uenp)
Prof. Dr. Ivanaldo Santos (Uern)
Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos (Univem)
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (Univem)
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé (Univem)
Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (Univem)
Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil (Univem / Uems)
Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba (Uenp)
Prof^a. Dra. Norma Sueli Padilha (Unisantos)
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior (Univem / Unicamp)
Prof^a. Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches (Univem)
Prof. Dr. Renato Bernardi (Uenp)
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (Univem)
Prof. Dr. Roberto Bueno (UnB)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Area Leão Júnior (Univem)
Prof^a. Dra. Thereza Christina Nahas (Faap)
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (Uenp)

ISBN 978-85-87937-28-5

UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

I Colóquio de Filosofia do UNIVEM

**ABORDAGENS JUSFILOSÓFICAS
PARA O DIREITO
CONTEMPORÂNEO**

Lafayette Pozzoli
Luciano Braz da Silva
Melissa Zani Gimenez
(Organizadores)

Marília-SP
2019

Copyright do texto - 2019 - Programa de Mestrado em Direito do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

Lafayette Pozzoli
Luciano Braz da Silva
Melissa Zani Gimenez
(Organizadores)

Reflexões a partir da Filosofia do Direito / Lafayette Pozzoli / Luciano
Braz da Silva, Melissa Zani Gimenez, organizadores. 1. ed.
Napex - Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão do Univem.
Marília, SP: UNIVEM.
Vários autores. Coleção Univem.

Bibliografia.

ISBN 978-85-87937-28-5

1. Filosofia do Direito
2. Teoria Geral do Direito
3. Direito
4. Princípio da Fraternidade

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Filosofia do Direito

Endereço

Av. Hygino Muzzi Filho, 529 .
Cx. Postal 2041, CEP 17.525-901. Tel: (14) 2105-0800. Marília – SP
Disponível em <http://www.univem.edu.br/cursos/index.php?curso=53&item=13>

Todos os direitos são reservados, ©UNIVEM. (copyright Univem)

Reprodução

Citação da fonte:

Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com citação expressa da fonte.

Responsabilidade: Os trabalhos expressam conceitos da responsabilidade de seus autores.

Livro editorado em Abril/2019.

Correção ortográfica e gramatical: Professora Sandra Regina Vieira dos Santos

SUMÁRIO

- 7 APRESENTAÇÃO
- 8 PREFÁCIO
- 11 SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS
Renato Bernardi e Ana Paula Meda
- 29 BIOPODER E BIOPOLÍTICA: UMA PERSPECTIVA ACERCA DO CONTROLE DA VIDA
Amerita de Lázara Menegucci Geronimo e Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã
- 46 A LUTA POR RECONHECIMENTO DA POLICIAL MILITAR MULHER: QUESTÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE FEMINISMO E GÊNERO
Franciely Aparecida Contrigiani e Geize do Prado Ferreira
- 60 A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
Thainan Carlos de Oliveira
- 75 ESTATUTO DO DESARMAMENTO: BUROCRATIZAÇÃO A FAVOR DA CRIMINALIDADE
André Lucas Fontana e Vinícius Silva Luiz
- 90 DA OMISSÃO ESTATAL FRENTE À TORTURA E A BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA NO SISTEMA PENAL CARCERÁRIO NO SÉCULO XXI: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB O ENFOQUE DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA
Bruna Zampieri Colpani e Raphaella Cinquetti Vilarrubia
- 116 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA
Lara Lorrany Pacheco dos Santos e Letícia Ribeiro de Moraes
- 138 PENA E JUSTIÇA: UM LIMITE ENTRE A VINGANÇA E A RESSOCIALIZAÇÃO
Isabella Gimenez Menin e Luciano Braz da Silva
- 161 O DIREITO EM SUA FUNÇÃO INTEGRADORA E A TEORIA DO DISCURSO: INTERSUBJETIVIDADE E REESTRUTURAÇÃO
Rafaela Carqueijeiro Moro

- 174 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
Flávia de Luca Oliveira
- 180 A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
Sarah Furtado Violante e José Eduardo Lourenço dos Santos
- 197 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E MILITARES – IGUALDADE DE DIREITOS?
Ana Carolina da Silva Degrava e Bruna de Paula Polanzan
- 213 ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
Cláudia Haas Amaral e Léia Fernanda de Souza Ritti
- 234 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Elídia Aparecida de Andrade Corrêa
- 259 A FALTA DE DIGNIDADE É A CAUSA DA SEGREGAÇÃO SOCIAL
Juliana Danelon Pova, Laila Martina de Paula Borges e Vitória Ribeiro da Silva
- 267 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
Roberto Carlos Ferreira Soares
- 290 HUMANIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SOCIOEDUCATIVO: A JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA NO ATO INFRAACIONAL A PARTIR DE IMPRESSÕES DA COMARCA DE JACAREZINHO/PR
Livia Carla Silva Rigão e Ana Paula Meda
- 310 DIGNIDADE TARDIA E EDUCAÇÃO DEFICITÁRIA: REFLEXÕES PARA RECONSTRUÇÃO DO SUJEITO
Vitoria Moinhos Coelho e Lara Pilla Soares

Apresentação

*E*ssa obra coletiva representa o fruto do trabalho desenvolvido no Colóquio de Filosofia do Direito, evento realizado junto ao Centro Universitário Eurípedes de Marília- UNIVEM, composto, em especial, de estudos, de investigações, de interpretações e de produções científicas relativas às pesquisas voltadas para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, com análise crítica referente aos conflitos humanos e às correntes filosóficas existentes para a solução das contingências sociais afastando o positivismo legalista como mecanismo único.

Outro aspecto significativo da obra concerne à diversidade dos temas discutidos, em suma, versando e estabelecendo familiaridade com o tema do evento. Assim, a obra vai além das considerações gerais sobre os direitos sociais, abordando temas variados e atuais de forte impacto, tais como moradia, biopoder, biopolítica, feminismo e gênero, Justiça restaurativa, desarmamento, teoria agnóstica da pena, princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, ressocialização, igualdade no mercado, imunidade tributária, reconstrução do ser sujeito, entre outros.

O I Colóquio de Filosofia do Direito do Univem ocorreu no Campus do Univem, nos dias 27 e 28 de outubro/2017, e foram apresentados trabalhos em 3 Grupos de Trabalho: Violência, Poder e Justiça - Direito: Dignidade Humana e Fraternidade - Ordenamento Jurídico e o mal-estar da política.

Nesse contexto, cabe destacar que, diante de tamanha diversidade teórica e metodológica dos trabalhos de pesquisa, esta leitura contribuirá para que o leitor encontre na presente obra uma variedade de informações, debates e estudos críticos a respeito de temas presentes na contemporaneidade e de suma importância para que a vida em sociedade seja mais equilibrada e justa, tornando-se um importante instrumento pedagógico para solver dúvidas, estimular outras leituras e o prosseguimento dos debates.

Marília, 14 de junho de 2018.

Lafayette Pozzoli
Luciano Braz da Silva
Melissa Zani Gimenez

Prefácio

Vivemos atualmente numa sociedade global em que as fronteiras têm sido cada vez mais relativizadas em alguns aspectos, mas, ao mesmo tempo, mais reforçadas em outros. Os paradoxos parecem se multiplicar na mesma velocidade das comunicações que são realizadas por meio das redes sociais e mídias digitais. O maior dos paradoxos, contudo, talvez esteja justamente neste ponto, já que a despeito da hiperconexão que o mundo atual propicia, o que se tem visto em escala global é o aumento de violência e desentendimentos, ou seja, mais comunicação não significa, necessariamente, melhor comunicação e, tampouco, melhor convivência.

Se o conflito é inerente à convivência humana, tem-se percebido que os conflitos têm aumentado em quantidade e, também, em complexidade. E isto não é somente reflexo das novas configurações que as relações sociais têm assumido numa sociedade cada vez mais digital, mas concerne a posturas exacerbadamente individualistas que têm levado a impasses, intolerância e desrespeito.

Este cenário pode ser encarado como o esgotamento do modo de vida que se inicia com o advento do Estado, em que este arvora-se como o detentor exclusivo do exercício da violência e, conseqüentemente, do direito. O sujeito de direito que aí se origina pauta sua vida e suas ações por direitos mínimos que lhe são tidos como inerentes e, assim, podem ser opostos a todos os demais e à sociedade como um todo. Um dos vários paradoxos que esta visão dos direitos humanos acarreta é que estes direitos começaram a ser reivindicados para proteger cada visão de mundo em suas particularidades, de modo que a vida em comum vem se tornando cada vez mais difícil.

Outro ponto importante de destacar no tocante às principais características que assumem os conflitos, hodiernamente, é o imediatismo. Ao passo em que o ser humano consome o mundo que habita e tudo o que nele se encontra, o homem é devorado pelo tempo, já que nunca consegue saciar seus desejos e, além do mais, tende a persegui-los com cada vez mais afimco e pressa. Um dos resultados disso é o aumento vertiginoso de males de ordem psíquica, como a depressão por exemplo.

Conforme falha a comunicação entre as pessoas, esvaziam-se o espaço público e a vida política e sobrecarrega-se o Judiciário. A comunicação aumenta

em quantidade e complexidade, mas não em qualidade, o que faz com que os conflitos sejam levados a um terceiro para que este os resolva, e aqui o foco não está nas peculiaridades do conflito e muito menos nas partes, em suas histórias, valores e interesses que ultrapassam o caso levado a juízo, mas, muitas vezes, nas suas verdadeiras motivações.

A isto se soma os graves problemas de morosidade e lentidão que assolam os tribunais brasileiros, que combinados com as falhas na formação jurídica levam ora a um apego excessivo às formalidades e à lei que acabam por propiciar decisões que ofendem direitos e garantias constitucionais, ora ao seu contrário, isto é, desrespeito excessivo à legislação - geralmente com apelo a algum princípio - que tem levado a níveis cada vez mais perigosos de ativismo judicial, contribuindo para solapar as estruturas do direito e, conseqüentemente, gerar injustiças ou incertezas que minam a credibilidade do judiciário.

Percebe-se o crescimento no mundo todo, e mais recentemente em nosso país, da busca e valorização de formas alternativas de solução de conflitos, tanto no intuito de desafogar o Poder Judiciário quanto ao de se chegar a melhores soluções com menor custo e menor dispêndio de tempo. Arbitragem, conciliação e mediação vêm ganhando cada vez mais espaço, e precisam ser pensadas para além do pragmatismo que impera em todos os setores atualmente. É preciso que as formas alternativas de solução de conflitos sejam compreendidas em seus pormenores, pois, do contrário, elas podem acabar sequestradas como meras técnicas, instrumentalizadas por interesses escusos ou pessoas incapacitadas, o que pode ocasionar resultados inadequados à medida que não surte os efeitos desejados e, ainda, obstrui o seu desenvolvimento. Esta é uma questão que demanda mudanças de paradigmas e, infelizmente, ainda caminha lentamente em nosso país.

Pensar estas questões foi um dos pontos principais do colóquio que deu origem à presente obra, tornando-a tão fundamental quanto a iniciativa de se trazer para a formação jurídica as discussões pertinentes a estes temas, especialmente desde um cunho filosófico, que propicia, ao mesmo tempo, melhor compreensão das formas alternativas de solução de conflito quanto do próprio direito enquanto fenômeno complexo que é.

São Paulo, 10 de julho de 2018.

Joaquim Eduardo Pereira. Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Mediador privado. Advogado.

Artigos

SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIÇÃO EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

BERNARDI, Renato¹

MEDA, Ana Paula²

RESUMO

Os conflitos fundiários urbanos são uma realidade constante nas cidades brasileiras. Por envolverem muitos direitos como, por exemplo, o direito à moradia, à propriedade, à cidade e à posse, seu tratamento e resolução mostram-se complexos e, por isso, necessitam de novas maneiras para serem tratados. Para tanto, objetiva-se apresentar que é possível a aplicação da técnica da mediação em conflitos fundiários urbanos como novo paradigma ao tratamento desenvolvido no Poder Judiciário, em uma verdadeira proposta de humanização do conflito. Utiliza-se neste sentido o método dedutivo com as técnicas de pesquisa indireta bibliográfica e documental. A mediação em conflitos fundiários urbanos é uma real possibilidade na conjuntura brasileira, essencialmente, pela especificidade do tema ter sido objeto da Resolução nº. 87/2009 do Conselho das Cidades que recomenda ao Ministério das Cidades a instituição da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. O emprego da mediação oportuniza uma interação dialógica entre os diversos atores envolvidos na situação conflituosa e, permite àqueles que não tiveram anterior possibilidade de fala na gestão democrática urbana, serem ouvidos mesmo que no processo judicial por meio da mediação.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação; diálogo; disputa pela posse e propriedade da terra urbana; direito de propriedade; direito à posse.

¹Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE e Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor efetivo dos cursos de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado - e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador do TCC no CCSA-UENP, campus de Jacarezinho, Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica no CCSA-UENP, campus de Jacarezinho. Coordenador do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu - Especialização - do PROJURIS/FIO. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994.

²Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho (2011-2015). É mestranda em Ciência Jurídica pela mesma instituição. Atua como advogada no Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NED-DIJ) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP. Integrante dos Grupos de Pesquisa "A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana - INTERVEPES".

INTRODUÇÃO

A vida urbana tem adquirido cada vez mais destaque no desenvolvimento humano. As cidades, então, concentram um grande número de pessoas e a existência de conflitos não é uma novidade. Porém, diante das desigualdades sociais presentes no Brasil, acentuam-se os conflitos fundiários pela posse e propriedade da terra urbana que acabam por existir em virtude do exercício do direito à moradia de pessoas com pouca renda ou grupos sociais vulneráveis.

Com isso, justifica-se a escolha do tema por se compreender que a complexidade dos conflitos fundiários urbanos exige uma nova maneira de tratá-los, incluindo assim a mediação como novo paradigma de resolução para controvérsias dessa natureza. A contemporaneidade da cultura da paz em associação a conflitos pela terra mostram-se, também, socialmente relevantes, pois seu conhecimento e aprimoramento influirão diretamente na vida das pessoas que vivenciam tal situação.

Diante disso a problemática que se busca responder é por qual razão é preferível, sempre que possível, adotar a mediação ao invés de aguardar uma decisão judicial monocrática que, por vezes, tende a dar preferência a um direito em detrimento do outro, não realizando um diálogo inerente entre os direitos à propriedade, à moradia, à cidade e à posse.

Objetiva-se, dessa forma, com a construção de um aporte teórico iniciado pela análise da função social da propriedade urbana, seguido de uma visão crítica da segurança jurídica da posse no Brasil, expor a possibilidade do uso da mediação em conflitos fundiários urbanos com fundamentação na Resolução nº. 87/2009 do Conselho das Cidades que recomenda a instituição da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos.

Enfim, a pesquisa está desenvolvida com base no método dedutivo ao se iniciar por premissas gerais que, no afunilamento da discussão, resultam na absorção de uma premissa menor, dita específica, que intenta responder à problemática anteriormente formulada. Como técnicas de pesquisa utilizam-se a pesquisa indireta bibliográfica e a pesquisa indireta documental.

1 UMA ABORDAGEM SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Moradia e propriedade não são direitos antagônicos, que se anulam ou possam ser simplesmente concebidos como inimigos de coexistência a causar uma dualidade bem-mal ou mal-bem, respectivamente.

O fato é que a questão fundiária no Brasil envolve esses direitos de maneira simultânea, crescendo-se também o direito de posse e o direito à cidade, dentre outros em caráter de transversalidade. Assim, a terra, a moradia e a cidade, por mais estranho que denote, possuem uma dialética natural.

O direito à moradia está previsto na norma do artigo 6º da Constituição Federal de 1988³ e, diante de um prisma humanístico, é adotado neste estudo o conceito de moradia adequada⁴ disposto no Comentário Geral nº 4 sobre o Direito à Moradia Adequada do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em interpretação ao artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵; já o direito de propriedade encontra-se na norma do artigo 5º, *caput*⁶, bem como no incisos XXII e XXIII do mesmo artigo, de modo que o primeiro observa a garantia do direito de propriedade, enquanto o segundo restringe sua anterior absoluteza como direito individual.

³ 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. (grifo nosso)

⁴ O conteúdo do direito à moradia adequada é composto por sete elementos, consistentes na segurança jurídica da posse, a disponibilidade de infraestrutura e serviços, gastos suportáveis com a morada, habitabilidade, acessibilidade, localização e adequação cultural.

⁵ Artigo 11. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso)

⁶ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo nosso)

No mesmo sentido, as normas dos artigos 182⁷ e 183⁸ da Constituição também consolidam diretrizes voltadas para o desenvolvimento das funções sociais das cidades em prol do bem-estar de seus habitantes, bem como da usucapião urbana a incluir sob amplitude de análise o direito de propriedade restrito a uma função social.

Ainda assim, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 igualmente aplica a função social da propriedade em diversos dispositivos legais, como, por exemplo, nas alíneas a e e, constantes no inciso VI do artigo 2º ao observar, respectivamente, que a ordenação e controle do uso do solo busca evitar “a utilização inadequada de imóveis urbanos;” e “a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização.”

Há, assim, o entrecruzamento de direitos fundamentais envolvidos em uma trama urbana de luta pelo espaço e pela consolidação da igualdade material de toda pessoa ter um local digno para exercer sua moradia. Com isso, a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade vêm mostrar que o direito de propriedade não se fixa como uma prioridade individual, mas social, de cunho coletivo.

Desse modo, é necessário “um conhecimento profundo do sentido de propriedade, não apenas em acepção jurídica, mas também do fundamento societal, a fim de, inclusive, melhor aproveitar a possibilidade aberta do texto constitucional para a mudança social” (MELO, 2012, p. 71).

Contudo, percebe-se que não há como morar sem possuir, mas há como morar sem ser proprietário, da mesma forma como o proprietário pode não morar, porém, enquanto dono ele possui relação com a terra urbana e com a cidade na qual sua propriedade integra. O morador muitas vezes não é o legítimo proprietário, contudo, em nivelamento idêntico, possui o direito à moradia, de posse e à cidade, na esteira da proporção do direito à propriedade.

Essas ponderações apontam para uma convergência lógica inicial: não

⁷ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

⁸ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

há que se falar na hierarquia entre tais direitos diante da técnica jurídica, visto que o direito de propriedade ainda que originado e considerado absoluto por longos anos, não mais possui essa característica.

A partir dessa nova significação ou, no entendimento de Andrade (2014, p. 105) da função social como “releitura” da propriedade, tentar-se-á estabelecer um diálogo entre os direitos e o próprio Direito em análise aos números oriundos da atuação do Poder Judiciário.

Mas para isso não se pode pretender o isolamento dos direitos da realidade em que eles existem, pois, como aponta Bertolt Brecht *apud* David Harvey (2013, s.p.), faz-se necessária “a compreensão do caso particular e a compreensão do conjunto, apenas lições da realidade podem nos ensinar como transformar a realidade.”

Diante do complexo entendimento entre as incompatibilidades e intersecções do estado fático vivo e das letras estáticas da lei, busca-se uma abordagem contextualizada que permita o desenvolvimento de um “pensamento multidimensional”⁹, ou seja, não estanque em núcleos fracionados do saber com a proposta de “enfrentar o emaranhado (o jogo infinito das inter-retroalimentações), a solidariedade dos fenômenos entre eles, a bruma, a incerteza, a contradição.” (MORIN, 2015, p. 14) como forma de alçar diferentes perspectivas para a renovação do conhecimento.

Embora tenha sido afirmado que a moradia e a propriedade são direitos iguais sem disposição hierárquica, não há como desconsiderar que o contexto histórico mundial da propriedade a tenha sagrado como representação de poder e *status* social. Até hoje essa consagração é reconhecida nas decisões judiciais:

alguns valores e algumas normas são historicamente mais forte que outros. Por exemplo, é muito difícil encontrar decisões judiciais que deem prevalência ao direito de moradia quando em colisão com o direito de propriedade, e ambos os direitos são direitos fundamentais igualmente constitucionalizados. (MASTRODI, 2014, p. 589)

⁹ O pensamento multidimensional faz referência à ideia do pensamento complexo desenvolvida por Edgar Morin. De acordo com o autor um objeto de estudo não pode ser fragmentado de seu contexto, de seu arcabouço anterior e do que pode vir a ser (2015, p. 7).

O direito de propriedade está incutido na noção de poder sobre a terra e as pessoas que nela estavam sem contar a simbologia do mérito difundido no trabalho e em conquistas progressivas que fazem parte da glória comum para alcançar o “direito de propriedade” que enseje o exercício do morar.

No propósito deste estudo observa-se que “questões de justiça são indissociáveis de concepções divergentes de honra e virtude, orgulho e reconhecimento. Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas.” (SANDEL, 2012, p. 322-323).

Referida linha de pensamento é corroborada por Libório (2016, p.110) ao apresentar suas conclusões sobre o direito urbanístico em juízo, especificamente ao estudar acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ele expõe que

Nos casos de conflito entre direitos, incluindo direitos fundamentais como direito à moradia e meio ambiente, ou ainda direito à moradia e direito à propriedade, observamos que a argumentação jurídica sobre a prevalência de um direito sobre o outro é mais recorrente do que a ponderação entre os direitos envolvidos;

Diante dessa constatação é notável a prevalência de um direito sobre o outro culmina na anulação daquele historicamente mais fraco sob o tom de uma argumentação jurídica consolidada na tradição da força.

De acordo com Lombardi (2014, p.87) em interpretação aos ensinamentos de Frederico Antonio Veigas de Lima, o que é social (coletivo) é anterior ao homem (indivíduo) ao passo que o des,envolvimento e fortalecimento do homem enquanto indivíduo se deu pela existência do coletivo, logo o aprimoramento do indivíduo não ocorre simplesmente de sua existência, mas vincula-se a uma pré-existência do social.

Em razão de uma pré-existência do social, a propriedade não mais se reveste de características sólidas e absolutas como o individualismo e o patrimonialismo, dando abertura a um reconhecimento coletivo que exige, legalmente, o cumprimento da função social da propriedade.

No entanto, conforme se verá no próximo capítulo, o direito de posse, vital para a sagração da usucapião e, conseqüentemente, para a consolidação do direito à moradia dos assentados irregularmente, é violado no Brasil como

um “direito menor” ao direito de propriedade, ainda que sua função social não estivesse em cumprimento.

2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA DA POSSE NO BRASIL

Como apontado anteriormente, as diretrizes da política urbana brasileira, balizadas pelo Estatuto da Cidade, apontam para o cumprimento da função social da propriedade e das cidades em comunhão à efetividade do direito à moradia adequada para a consolidação de cidades mais humanas e sustentáveis.

Observou-se, igualmente, que esta pesquisa adota o conceito de moradia adequada, cuja conceituação engloba sete elementos e, como primeiro deles, contém a segurança jurídica da posse, objeto deste capítulo. Ressalta-se que não há um elemento mais importante que o outro, mas que diante da temática adotada escolheu-se tratar com mais profundidade da segurança jurídica da posse.

Destarte, tem-se a *segurança jurídica da posse* como elemento essencial para que se estabeleça uma morada, já que a partir do momento em que se mora em algum lugar, seja qual for o tipo de moradia, esse ambiente deve ser protegido com legitimidade jurídica, o que significa dizer que

“Todas as pessoas têm o direito de morar sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas. As formas de se garantir essa segurança da posse são diversas e variam de acordo com o sistema jurídico e a cultura de cada país, região, cidade ou povo;” (CARVALHO; RIBEIRO; RODRIGUES, 2016, p. 77).

No tom de tal abordagem, como exemplo de segurança jurídica da posse, observe-se o entendimento de Raquel Rolnik (2015, p. 175) sobre a compreensão de legalidade e ilegalidade nos assentamentos populares em meio a uma desmistificação da ilegitimidade construída por intermédio da ocupação territorial:

Ao tratar dos assentamentos populares das cidades ao redor do mundo, a categoria “ilegal” não deve – e não pode – ser absolutizada. Em vários casos, a maioria dos habitantes vive em sistemas

de posse que podem ser considerados paralegais, semilegais ou quase legais, tolerados ou legitimados por leis costumeiras ou pelo simples uso ou tradição, reconhecidos ou simplesmente ignorados pelas autoridades.

Em primeiro lugar, a formação desses bairros não tem necessariamente origem numa violação da lei. Quando os futuros moradores ocupam uma terra vazia, sem consentimento de seu proprietário, estão, em princípio, violando a lei e podem estar sujeitos a punições legais por isso. Entretanto, em muitos casos, a terra pode não ter “proprietário” formal ou, ainda, ser objeto de disputa entre vários postulantes. Assim, mesmo numa situação que parece, a princípio, claramente configurada como ilegal, a presença dos ocupantes pode não ser imediatamente contestada, levando muitas vezes à consolidação da ocupação.

Em breve análise capta-se que a segurança jurídica da posse existe em todos os contextos de moradia, mesmo que de início haja uma aparência de violação da lei, a consolidação da situação “ilegal” no tempo a torna legítima, posteriormente, diante do cenário jurídico com o cabimento de institutos e instrumentos de proteção. A posse, portanto, é um direito a ser resguardado assim como o direito de propriedade, por exemplo.

Mas a problemática da instabilidade possessória, ainda no entendimento de Rolnik (2015, p. 148-149), é agravada por contextos sociais, políticos e econômicos, uma vez que não se trata de uma opção pelas pessoas que são atingidas por essa situação, sua característica é a involuntariedade vivenciadas através de remoções forçadas:

Uma crise global de insegurança da posse marca a experiência de vida de milhões de habitantes do planeta. São indivíduos e famílias que tiveram suas vidas hipotecadas ou que perderam a possibilidade de permanecer nos bairros onde viviam, em função dos *booms* de preços nos mercados internacionais [...]. Além disso, milhões de pessoas foram removidas à força do local onde viviam, deslocadas por meio da usurpação de terras (*landgrabbing*), e em função de grandes projetos de infraestrutura e renovação urbana, desastres naturais e conflitos armados

A segurança jurídica da posse é redimensionada na mesma intensidade em que disputas de interesses e poderes utilizam a terra como fonte de

manipulação e mercadoria para o caos. Não se trata apenas de julgar ilegítima ou insegura suas permanências em determinada localidade, o remover ou a necessidade de partir significam o desenraizar de identidades construídas *no e com* o ambiente de morada, isso implica um pertencimento à comunidade, ao bairro, à escola em que se frequenta, à praça em que se brinca.

Mais do que partir, o indivíduo involuntariamente retirante deixa ou perde no ambiente antes lhe pertencido um pouco de si. A ruína da casa é a destruição do lar, um desmoronamento do ser.

A título de exemplo, veja-se a notícia de reintegração de posse cumprida na cidade de Campinas, no Estado de São Paulo, cuja matéria online oriunda do site da Prefeitura de Campinas intitula “Justiça promove reintegração de posse de terreno na Vila Vitória”, em 13 de julho do ano de 2017.

Da narrativa consta que a Polícia Militar cumpriu uma determinação da Justiça para reintegração de posse de um terreno particular situado na Chácara Parque Aeroporto, região da Vila Vitória, Distrito do Campo Grande. Salienta-se na notícia que a propriedade da área é do Sindicato dos Trabalhadores na Construção Civil, tendo sido ocupada no dia 31 de maio de 2016 com, aproximadamente, 120 famílias, as quais fizeram demarcações no terreno com arames, lonas, madeiras, não persistindo construções de alvenaria.

Há menção de que as famílias ocupantes se mobilizaram em face da entrada da Polícia Militar e da Prefeitura, contudo, “por volta das 7h, os policiais começaram a fazer a varredura da área para posterior entrada das máquinas e caminhões.” (*online*, 2017), diante de situações como essa, o coordenador do Grupo de Contenção a Ocupações Irregulares afirmou que

Nossas equipes estão mantendo uma fiscalização intensa e a atual administração não vai mesmo permitir parcelamento irregular de solo no município e também nenhum tipo de adensamento. Quem usar deste artifício vai perder tempo e dinheiro porque vamos agir com rigor. (*online*, 2017)

Na complementação de tal fala o secretário de Habitação e presidente da Cohab-Campinas, de acordo com a reportagem “também reforça o aviso”

As pessoas precisam entender que existe uma legislação e que estamos fazendo de tudo para proporcionar moradia digna às pessoas.

Temos os programas habitacionais vigentes, programa de lotes urbanizados, estamos avançando bastante no Programa de Regularização Fundiária, além de outras ferramentas para ajudar no que for preciso. Agora, estamos cumprindo uma determinação do prefeito Jonas Donizette: ocupação ilegal ou parcelamento irregular de solo nós não vamos permitir de maneira nenhuma. (*online*, 2017)

A matéria igualmente menciona que a operação contou com a atuação conjunta da Secretaria de Assistência Social, Guarda Municipal, Corpo de Bombeiros, Sanasa, CPFL, Samu, Emdec, Conselho Tutelar, Centro de Controle de Zoonoses, Sehab e Cohab.

Também é ressaltado que a limpeza do terreno foi iniciada após a desocupação das famílias que voltaram para suas casas ou foram para casas de parentes, de maneira que houve a disponibilização de contêineres no terreno para que as famílias guardassem seus pertences, entretanto, nenhuma a fez. As pessoas que não possuíam cadastro para moradia popular tiveram orientação para realizá-lo na sede da Cohab-Campinas e apenas um casal de irmãos foi encaminhado ao Samim (Serviço de Apoio ao Migrante, Itinerante e Mendicante).

Essa reportagem da Prefeitura de Campinas pode ser complementada com notícias de jornais ao trazerem outras informações que ajudam a entender o contexto do assentamento. A primeira delas é que a ocupação do terreno em Vila Vitória que sofreu reintegração de posse é denominada como ocupação Nelson Mandela, apresentando um caráter de identidade com causa implicada pelo morar.

Nesse viés, a matéria online da revista *Isto é* com título “Famílias protestam contra reintegração de posse em Campinas (SP)”, aponta, ainda, que o terreno estava abandonado há 40 anos, conforme informação dos ocupantes e contava com 600 famílias. Dentre os moradores estavam 282 crianças, 28 gestantes e 24 idosos, de acordo com nota da comunidade em página da rede social Facebook.

Como exemplificação real do primeiro elemento do direito à moradia adequada, a segurança jurídica da posse pode ser assimilada como pressuposto do direito de morar, de acordo com o contexto em que ocorre. Em virtude disso sua aniquilação como intentada na cidade de Campinas demonstra um direito possessório a ser eliminado, ainda que o direito à segurança da posse

seja direito posto assim como o direito de propriedade.

No Brasil, não se indeniza a posse, apenas a propriedade e as eventuais benfeitorias. O direito de morar ainda não é ressarcível em caso de perda, lesão ou ameaça, ou seja, a indenização ao direito de morar não é apreciada pelo Poder Público. **Assim, embora o Estado reconheça como válida a norma que define a moradia como direito fundamental, esse mesmo Estado não reconhece o direito à moradia adequada no caso de famílias desalojadas, que ficam sem moradia e sem qualquer ressarcimento por tal perda, ainda que essa perda possa ser perfeitamente representada em termos monetários de modo a ser definido algum valor a título indenizatório.** O fato de morar tem sido considerado irrelevante para fins de indenização, deixando-se claro que a moradia não é encarada como direito fundamental, fazendo-se letra morta da disposição constitucional que inclui a moradia entre os direitos fundamentais. (MASTRODI; ALVES, 2017, p.31, grifo nosso)

A moradia, enquanto direito intrinsecamente relacionado à vida humana digna não deve ser interpretada como mera moeda de troca, com quantificação criada para fins negociais que não atendam sua finalidade. Porém, constitucionalmente considerada como direito fundamental, em caso de violação, mostra-se indispensável seu reparo que, neste caso, passa a ser monetário já que não há como “quantificar” uma noção de lar e identidade. Então, a base para fixação de uma indenização é orientada por aspectos materiais.

Vê-se notória a fragilidade da segurança jurídica da posse enquanto elemento necessário para o exercício do direito à moradia. Com isso, passa-se a tratar dos conflitos fundiários urbanos, visto que se formam a partir de uma relação multidimensional de direitos como a propriedade, a posse, a moradia e o direito à cidade.

3 SOBRE A MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

A concepção contemporânea de propriedade outrora observada está consubstanciada em uma “limitação” ou “releitura” do direito de propriedade que deve atender a uma função social, seja ela urbana ou rural. Conquanto seja

uma norma constitucional que atribui à propriedade uma perspectiva coletiva voltada para o ideário social de concretização do direito à moradia, persistem divergências quanto à utilização da terra nas cidades.

Essas desarmonias constantemente aparecem nos noticiários televisivos e nos jornais impressos como ocupações informais para fins de moradia em terrenos urbanos alheios, em situação de abandono, há tempos em desuso. Após a ocupação, o proprietário legítimo-formal busca a reintegração de sua posse em detrimento do direito à moradia dos “invasores”, ainda que o terreno objeto da contradição tenha estado, até então, sem cumprir sua função social.

Destarte, em virtude de tais nuances foi estabelecida uma definição por meio do artigo 3º da Resolução Recomendada nº. 87 de 8 de dezembro de 2009, advinda do Conselho das Cidades, sobre o que são conflitos fundiários urbanos, que integra uma recomendação ao Ministério das Cidades para instituição da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos¹⁰.

Veja-se, ao menos na interpretação desta pesquisa, que a definição adotada já compreende os conflitos fundiários urbanos em uma dimensão coletiva com a exploração dos termos “famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis” e “garantia do direito humano à moradia e à cidade”. Diante disso, não se percebe necessário o acréscimo do termo “coletivo” à terminologia conflitos fundiários urbanos já que sua definição é suficiente nesse sentido.

Mas não se impede o reforço de que o presente trabalho volta-se para o estudo de assentamentos irregulares, muitas vezes formados por várias famílias que se reúnem na ocupação de um terreno cuja propriedade não lhes pertence, no intuito de exercerem o direito à moradia e à cidade.

O Brasil, diante da extrema desigualdade social que assola a população, é cenário de inúmeros conflitos sobre a posse e a propriedade da terra urbana, visto que o alto custo de vida nas cidades dificulta o exercício pleno dos direitos sociais, dentre eles o direito fundamental e humano à moradia adequada/digna.

¹⁰ I. conflito fundiário urbano: disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade.

Nessa toada, segundo estatísticas da Fundação João Pinheiro (2016, p. 29) em 2013 o déficit habitacional estimado no Brasil era de 5,846 milhões de domicílios, ao passo que 5,010 milhões (85,7%) localizavam-se em zonas urbanas. Em 2014, há um aumento de domicílios em déficit habitacional correspondente ao montante de 6,068 milhões de unidades e, especificamente, no que condiz ao déficit habitacional urbano no ano de 2014, houve uma ampliação para 87,6% (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 29).

Os mencionados dados refletem uma estrutura fundiária urbana que promove um déficit habitacional aterrador para o desenvolvimento da vida nas cidades. Logo, a existência de conflitos que disputam a terra urbana não é uma realidade que nasceu por acaso, mas oriunda de reflexos da desigualdade. Por isso é preciso falar sobre os conflitos fundiários urbanos, desde seus protagonistas, ocupantes e proprietários, bem como outros personagens que influem para sua existência e possível resolução (MINNICELLI, 2016, p. 34).

Nas palavras de Teixeira e Silva (2015, p. 128), a concentração da propriedade privada urbana somada aos seus desdobramentos e à contribuição do Estado em manter tal sistemática em meio às múltiplas violações de direitos acarretados, coaduna para a intitulação dos chamados conflitos fundiários urbanos. Sua acepção envolve, então, uma trama de direitos com diversos atores desde ocupantes, proprietário, Poder Público, em alguns casos o Poder Judiciário, entre outros que podem estar envolvidos a depender da peculiaridade concreta.

Todavia, a insegurança jurídica da posse, já apresentada no segundo capítulo deste estudo, demonstra uma dificuldade dialógica entre esses personagens, sendo que sua incidência tende a culminar em remoções forçadas “[...] de populações que ocupam determinada área (pública ou privada), através de atos do poder público (da Administração Pública, em geral), atendendo, não raro, a interesses econômicos específicos de grupos privados, em detrimento de políticas sociais universais” (TEIXEIRA; SILVA, 2015, p. 129).

Não é só por meio de atos do Poder Público que as remoções forçadas são concretizadas, mas também por decisões judiciais, afinal, como aponta Piovan (2015, p.119), ao analisar a atuação do Judiciário em processos de reintegração de posse no centro da cidade de São Paulo:

A maneira com que o **Poder Judiciário tem enfrentado os conflitos envolvidos nas ações de reintegração de posse tem potencial de retroalimentá-los**, ou seja, um processo de reintegração

de posse que é resolvido de modo a não considerar a violação do direito à moradia dos réus proporciona sua retirada do imóvel ocupado de maneira inconsequente, expondo os ocupantes à necessidade de realizar nova ocupação para escapar da iminente situação de rua, o que farão de maneira dispersa, disseminada. Além disso, **como o Poder Judiciário também não se preocupa em incentivar os proprietários e possuidores a fazer com que seus imóveis cumpram sua função social, acaba permitindo que sejam realizadas estratégias de especulação imobiliária que aumentam o déficit de moradia.** (grifo nosso)

Diante do ciclo vicioso criado pelo Poder Judiciário através de decisões judiciais monocráticas, nas quais não há a preocupação, por um lado, do direito à moradia e, por outro, do cumprimento da função social da propriedade, propõe-se uma metodologia de tratamento voltada para a mediação como meio consensual.

Assim, a mediação em conflitos fundiários urbanos está igualmente prevista no artigo 3º, inciso III da resolução nº. 87/2009 ao conceituá-la como o “processo envolvendo as partes afetadas pelo conflito, instituições e órgãos públicos e entidades da sociedade civil vinculados ao tema, que busca a garantia do direito à moradia digna e adequada e impeça a violação dos direitos humanos”.

A partir disso, fala-se da instituição da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos com a fixação de princípios, diretrizes, ações de monitoramento, prevenção e mediação de conflitos, conforme dispõe o artigo primeiro da Resolução nº 87/2009. O artigo 4º da citada Resolução, com isso, descreve os princípios que norteiam essa Política¹¹.

Nesta ótica, crê-se que a mediação enquanto “intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca

¹¹ Art. 4º. Na criação e implementação da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos devem ser observados os seguintes princípios: I – a garantia do direito à moradia digna e adequada e à cidade; II – o cumprimento da função social da propriedade e da cidade; III – a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; IV – a garantia do acesso à terra urbanizada e bem localizada para a população de baixa renda e grupos sociais vulneráveis; V – a garantia da segurança da posse para as famílias de baixa renda e grupos sociais vulneráveis; VI – a responsabilidade do Estado na estruturação e implementação da política de prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos nas esferas federal, estadual e municipal; VII – a prevalência da paz e soluções pacíficas para situações de conflitos fundiários urbanos; VIII – a participação popular e gestão democrática das cidades; IX – a garantia do acesso às informações acerca dos conflitos fundiários urbanos.

de uma solução pelas próprias partes” (SOUZA, 2012, p. 55) é aplicável e pode propiciar a obtenção de resoluções mais adequadas em disputas pela posse e propriedade da terra urbana.

Fundamenta-se que a mediação, por sua natureza consensual, é capaz de dar “voz ativa” às demandas sociais periféricas que não se fazem ouvir em instituições formais, seja na Administração Pública ou no Poder Judiciário, ao passo que sempre devem se sujeitar aos seus atos e decisões:

A presente medida importa em uma ruptura de paradigma, pois permite a estes atores sociais um sentimento de apropriação de seus direitos, em contraposição ao sistema impositivo da Justiça formal e possibilita a efetiva participação no processo político de construção de instrumentos de ajustamento destes conflitos, fator que confere identidade e responsabilidade pelo modelo de regulamentação das decisões comuns. (FERREIRA, 2016, p. 756)

Com isso, Fonseca e Lima (2016, p. 217) ao empregarem os conhecimentos de Fernanda Lima, idealizadora da mediação construtivista, propõem que sua utilização é orientada por uma metodologia de humanização para resposta conflituosa, traduzida como “auxílio” aos mediados de vislumbrarem uma “nova estrada”, crescendo-se como um “plus” à conceituação tradicional de mediação, para além da facilitação de um diálogo saudável com o alcance de um acordo produtivo:

o emprego da mediação permite uma preocupação com o destino dos ocupantes que visa priorizar a efetividade do direito à moradia, fato este que o processo judicial não consegue alcançar ou não está preparado para fazê-lo, pois em toda vez escolhe um direito em detrimento do outro. (MEDA, 2015, p. 109)

Mas ainda que não seja possível aferir na prática a concretização de uma mediação construtivista, tendo em conta que as próprias sessões de mediação clássica, no âmbito do processo judicial, já têm dificuldades claras, como, por exemplo, as mencionadas por Filpo (2016), quais sejam, o tempo de duração da audiência, o volume de trabalho, as metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre outras, seu incentivo e aplicação como novo paradigma a ser seguido mostram-se necessários diante da complexidade das controvérsias que chegam ao Poder Judiciário. Entretanto, ainda persiste a indagação: mas por que empregar a mediação em conflitos fundiários urbanos? Por mais

que redundem problemas práticos quanto à aplicação da mediação, entende-se que ela oportuniza um canal de fala àqueles que, por vezes, não puderam ser ouvidos e restaram oprimidos em suas realidades. Trata-se, também, de dar um caráter mais democrático a uma demanda social outrora negligenciada por políticas públicas que deveriam ser universais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O emprego da mediação em conflitos fundiários urbanos viabiliza uma possível resolução consensual via construção dialógica dos atores sociais envolvidos na controvérsia, o que inclui proprietários e moradores, bem como o Poder Público e as instituições que se fizerem necessárias, pois uma solução pensada e conjuntamente articulada tende a apresentar-se mais adequada do que uma decisão judicial monocrática.

Acredita-se que, dessa maneira, o direito à segurança jurídica da posse pode ter uma maior proteção no sentido de buscar um acordo que não determine ou destrua, de imediato, as moradias das pessoas que ocupam o terreno objeto da lide levada às portas do Poder Judiciário. Sem contar que a mediação proporciona um caráter mais legítimo e democrático a uma demanda social já descuidada de políticas públicas universais.

Nesse viés, a Resolução nº. 87/2009 é um documento importante na definição formal do que consiste um conflito fundiário urbano e para recomendar ao Ministério das Cidades a instituição da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos, observando-se a criação e o firmamento de uma cultura da paz como um “caminho melhor” na resolução de um contexto conflituoso com vistas à participação das partes.

Portanto, a política urbana brasileira ao prezar pelo cumprimento da função social da propriedade, das cidades e a efetividade do direito à moradia adequada apresenta a imprescindível solidificação de um diálogo entre direitos, necessário para o aprimoramento e para um desenvolvimento materialmente mais igual nas cidades. Desse modo, o surgimento de um conflito fundiário urbano é o rompimento desse diálogo que, por sua vez, poderá ser resgatado com a metodologia da mediação mesmo que no processo judicial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. **O princípio da função social da propriedade urbana**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set 2017.

_____. **Decreto nº. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 11 set 2017.

CARVALHO, Claudio; RIBEIRO, Guilherme; RODRIGUES, Raoni. **Em busca da cidade: a luta pela moradia adequada como força motriz da reforma urbana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERREIRA, Antonio Rafael Marchezan. Mediação como prática de transformação dos conflitos fundiários urbanos. In: SAULE JUNIOR, Nelson; FROTA, Henrique Botelho. (orgs.). **Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico**. Direito urbanístico e justiça urbana: cidade, democracia e inclusão social. 739-762 p., 2016.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial: discursos e práticas**. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016.

FONSECA, Bruno Cesar; LIMA, Renata Dias de Araujo. Mediação construtivista nos conflitos fundiários urbanos. In: **Anais do XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba**. BELLINETTI, Luiz Fernando; SILVA, Leonardo Rabelo de Matos; GAGLIETTI, Mauro José. (coord.). Formas Consensuais de Resolução de Conflitos I. 208-228 p., Florianópolis/SC, 2016.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatísticas e Informações. **Déficit habitacional no Brasil 2013-2104**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/informativos-cei-eventuais/634-deficit-habitacional-06-09-2016/file>. Acesso em: 17 fev 2017.

HARVEY, David. A liberdade da cidade. In: **Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2013.

ISTOÉ. Geral. 28/03/2017. **Famílias protestam contra reintegração de posse em Campinas (SP)**. Disponível em: <http://istoe.com.br/familias-protestam-contraintegracao-de-posse-em-campinas-sp/>. Acesso em: 23 ago. 2017.

LIBÓRIO, Daniela Campos [et. al.](org.). **Direito urbanístico em juízo: estudo de acórdãos do**

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, IBDU, 2016.

MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. **Revista Direito GV**, São Paulo, 10(2), p.577-596, jul-dez, 2014.

_____; ALVES, Ederson dos Santos. A segurança jurídica da posse como pressuposto do direito fundamental à moradia. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 09, nº. 1, p. 27-49, 2017.

MEDA, Ana Paula. **A efetividade do direito fundamental social à moradia nos conflitos fundiários urbanos**: uma análise por meio da mediação como alternativa dos tribunais multipartas. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 123 p., 2015.

MELO, Tarso de. **Direito e ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade rural. 2ªed. São Paulo: Outras Expressões, Dobra Editorial, 2012.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Conselho das Cidades. **Resolução recomendada nº 87, de 8 de dezembro de 2009**. Disponível em <http://www.cdes.org.br/pdf/resolucao_87_2009.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2015.

MINNICELLI, João Luiz Portolan Galvão. **Conflitos fundiários urbanos coletivos e justiça**. 2016. 357f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Centro de Ciências Exatas, Ambientais e de Tecnologias, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2016.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução: Eliane Lisboa. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

PIOVAN, Ana Carolina Cinoca. Acesso à justiça e direito à moradia: uma crítica à atuação do judiciário nos processos de reintegração de posse no centro da cidade de São Paulo. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v.2, n.2, p. 106-120, jul./dez. 2015. PREFEITURA DE CAMPINAS. **Justiça promove reintegração de posse de terreno na Vila Vitória**. 13/07/2017. Disponível em: <<http://www.campinas.sp.gov.br/noticias-integra.php?id=32108>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa? Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEIXEIRA, Alessandra; SILVA, Eliane Alves da. Conflitos fundiários urbanos e sistemas de justiça: judicialização da política ou politização da justiça? **Mediações**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 124-144, jul./dez. 2016.

BIOPODER E BIOPOLÍTICA: UMA PERSPECTIVA ACERCA DO CONTROLE DA VIDA

*Amerita de Lázara Menegucci Geronimo¹
Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã²*

RESUMO

O Biopoder e a Biopolítica são formas de controle sobre a vida por meio do poder disciplinar e regulamentações e mecanismos que pairam sobre os indivíduos e a sociedade. Assim, busca-se demonstrar como as formas de poder se permeiam na sociedade atual e quais os efeitos produzidos. Por meio de revisão bibliográfica, com o uso do método hipotético-dedutivo, questionam-se as implicações do poder na sociedade e seu respectivo controle sobre a vida, inclusive determinando taxas de natalidade e mortalidade. Conclui-se que o biopoder e a biopolítica sempre foram instrumento do soberano para o controle do indivíduo e da espécie. Assim, tanto o indivíduo quanto a sociedade, estão assujeitados ao controle disciplinar e regulamentador.

PALAVRAS-CHAVE

Biopoder; Biopolítica; Controle; Vida; Disciplina.

¹ Graduanda em Direito no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Bolsista PROUNI. Pesquisadora no Programa Iniciação Científica, de 2016 a 2017. Bolsista Programa IBERO-AMERICANAS SANTANDER, Ed. 2017/2018. E-mail: me.menegucci@hotmail.com.

² Mestranda em Direito na área de concentração: Teoria do Direito e do Estado (2016) - atuando na área de pesquisa: construção do saber jurídico: Bolsista CAPES - Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM/Marília. Ênfase em Direito Constitucional e Civil, ampliando e aplicando investigações acadêmicas em Biodireito e Biotecnologia em relação aos Direitos Fundamentais. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM (2015) - pesquisadora no Programa Iniciação Científica, de 2011 a 2015. Bolsista Programa IBERO-AMERICANAS SANTANDER, Ed. 2012/2013 - Intercâmbio na Universidade de Granada (Espanha). E-mail: bruna.guesso@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A necessidade de controlar a vida urge em decorrência do desenvolvimento humano e do progresso científico. Nessa esteira, o Biopoder e a Biopolítica, em prol do poder idealizado e constituído no capital, surgem como formas de controle da vida humana por meio do domínio das condições biológicas.

Desse modo, as taxas de natalidade e mortalidade são determinadas pelo sistema imposto pelo Biopoder e pela Biopolítica, que buscam apenas promover e centralizar os mecanismos de soberania e retenção de poder.

Com efeito, levando-se em conta que os mecanismos do poder disciplinar e regulamentador estão inseridos no contexto atual, como instrumento do soberano para o controle do indivíduo e da espécie, denota-se a importância de proteger o indivíduo frente a tais estruturas.

Assim sendo, a discussão proposta mostra-se relevante e justifica-se em virtude da necessidade da efetiva proteção do indivíduo, em especial, diante da possibilidade de eventual violação de seus direitos e submissão às regras do soberano a ponto de gerar violações aos seus próprios direitos fundamentais.

Dessa forma, o escopo da abordagem é analisar, por meio de revisões bibliográficas, por meio do método hipotético-dedutivo, o conceito de biopoder e biopolítica, a fim de estabelecer critérios para demonstrar o controle sobre a vida humana.

Para tanto, como alicerce e referencial teórico, enfrentar-se-ão as dimensões do biopoder e da biopolítica, em especial no que se refere ao biopoder na atualidade e a correlação às dimensões de direitos fundamentais, conforme passa analisar nos próximos tópicos, abordando a discussão aqui proposta.

1. BIOPODER E A BIOPOLÍTICA

O controle sobre a vida surgiu em decorrência das necessidades humanas, que buscam a perpetuação da espécie, o prolongamento da vida e, até mesmo, a imortalidade. O ser humano sente a necessidade de criar, manipular e decidir sobre sua própria vida, buscando o domínio sobre si mesmo e sobre as demais espécies do planeta.

Nessa perspectiva, a vida e a morte estão inseridas num contexto de

dominação, essa necessidade de dominar advém do homem há muito tempo, desde os primórdios da vida humana. Assim, na busca pelo domínio e controle da vida, encontram-se inseridas as dimensões e preceitos do biopoder e da biopolítica.

No biopoder, a população é tanto alvo como instrumento em uma relação de poder, o que permite o controle de populações, sendo utilizado na regulação do corpo. Assim, o biopoder se ocupa da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade, dos costumes, etc., na medida em que essas questões se tornaram preocupações políticas (FERNANDES; RESMINI, 2016, p. 1).

Nessa dimensão, denota-se que Foucault (1987), em seu livro *Vigiar e Punir* (1987) trata de heterotopias, ou seja, do outro, do diferente, este outro, este diferente, das pessoas deixadas de lado pela sociedade, como o velho, o doente, o criminoso. Foucault, em sua microfísica do poder, ensina que até o séc. XVIII, existia o macropoder, representado pelo Rei, pelo absolutismo, e, a partir do séc. XVIII, da Revolução Francesa, do Iluminismo, e com o fim absolutismo, portanto, com o fim desse macropoder, surgiram os micropoderes, cuja prática é menos visível, porém, mais racionalizáveis e, portanto, mais eficazes (FOUCAULT, 1987, p. 8-34).

A microfísica do poder significa afirmar que o poder não vem só do Estado, desse modo, os micropoderes acabam criando normas, que acabam sendo internalizáveis pelos sujeitos e geram, assim, uma espécie de disciplina social, em que os valores são consagrados historicamente em função de interesses. Isto posto, pode-se dizer que não há valores absolutos, eternos, todos os valores acabam sendo construídos historicamente a partir de interesses de quem detém esse poder, o poder dessa forma produz os saberes, as verdades e os discursos (FOUCAULT, 1987, p. 8-34).

Nessa seara, vale destacar que Foucault mostra três estágios do binômio vigiar e punir, a saber: Suplício, Punição e Disciplina. O suplício era um castigo público com o fim de demonstrar o poder, atingindo não só o corpo, mas a alma. A punição (pena) detinha uma função de retribuição, devendo-se retribuir o mal causado, porém, com o surgimento do humanismo e do iluminismo e a defesa da ressocialização, a pena passa a ter uma finalidade social, de ressocializar o criminoso (FOUCAULT, 1987, p. 8-151).

A disciplina seria tornar os corpos dóceis pelo adestramento que é representado pela figura do panóptico por uma prisão, onde há uma torre central e, em torno dessa torre, há as celas com os prisioneiros, os quais não têm acesso ao guarda que está na torre, mas o guarda que está na torre pode ter acesso à visão dos prisioneiros que estão nas celas; assim, os detentos não sabem se estão sendo vigiados ou não, mas acreditam que podem estar sendo vigiados. É justamente essa ideia de disciplina, de vigilância, presente no conceito panóptico. Portanto, para Foucault, quem possui o poder procura transformar o homem em objeto útil e dócil (FOUCAULT, 1987, p. 161-250).

De acordo com as palavras de Foucault:

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores. [...] Por isso, Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo (FOUCAULT, 1987, p. 224-225).

Com isso, Foucault mostra a ideia de disciplina de hoje, pois, a princípio, a ideia de disciplina foi pensada nas prisões, porém, hoje pode-se pensar esse cenário nas fábricas e em outros lugares, além disso, se pensar no dia a dia, as câmeras podem ser vistas como a ideia do panóptico, a de sempre estar sendo vigiado, como uma sociedade disciplinar.

Assim, o biopoder, com o auxílio dos avanços tecnológicos, procura controlar e modificar os diversos processos relacionados à vida. Com isso, constata-se que o biopoder é fundamental ao capitalismo por garantir os processos econômicos, controlando os corpos humanos. O controle da normalização disciplinar se volta à materialidade dos corpos pela organicidade das insti-

tuições, enquanto, no biopoder, a normalização é direcionada aos processos da vida e ao controle das condutas.

A sociedade da Era Moderna é uma sociedade controlada pelo biopoder e pela biopolítica, como forma de controle social. Trata-se de uma maneira de atuação do biopoder, que pode influir em diferentes campos e momentos do mundo atual, e que se fundamenta em dados estatísticos que elencarão os normais e os que devem ser excluídos. Deve ocorrer um controle sobre a vida e sua manutenção, com privilégio do grupo em detrimento dos que não se enquadram nele (SANTOS, 2016, 87-114).

Aqueles que estão fora do mercado de trabalho e de consumo geram um grande número de classes sem qualquer tipo de poder aquisitivo, as subclasses (ou os inimigos). Quem se sobressai são aqueles com maior qualificação e poder econômico, aqueles que o poder fará viver.

O controle social se dá diminuindo ou até excluindo direitos dos menos favorecidos. Isso não coloca fim em suas vidas de forma direta, mas os deixa morrer na forma de omissão. Dessa forma, umas das formas de se exercer o biopoder são as cidades modernas, pois, dentro da visão de controle, a arquitetura se volta a possibilitar a vigilância.

As câmeras de vigilância (forma de controle) permitem diferenciar as classes e áreas “perigosas” das “não perigosas”, por exemplo, multidão concentrada em determinados locais controlados, como por exemplos as comunidades, os condomínios fechados, *Shopping Center*, dentre outros. Os avanços tecnológicos associados ao meio ambiente *Internet* permitem ao capital controlar as redes sociais, controlar previamente os acessos e demais informações. A *Internet* é mais um mecanismo à disposição do biopoder, pois possibilita um controle à distância, com os arquivos de dados acessados, informações e localização obtidas. O Estado utiliza seu poder da forma que convém: controle, identificação e exclusão (SANTOS, 2016, 87-114).

Os avanços tecnológicos permitem uma vigilância ainda maior das pessoas e multidões, coletando os mais diversos dados de forma a se tornar ainda mais efetiva, fácil e barata. Os endereços eletrônicos são trocados ou comercializados a fim de direcionar o mercado em busca do consumidor que mais lhe interessa.

Isso ocorre por meio do controle daquilo que se acessa no mundo vir-

tual, sendo esse mais um meio para que o capital se reproduza além das fronteiras físicas (SANTOS, 2016, 87-114).

Nesse sentido, quando se destaca a ideia de disciplina e de sociedade disciplinar, remete-se ao biopoder e biopolítica.

O biopoder foi enfrentado por Foucault, em um livro dedicado à história da sexualidade, denominado *La volonté du savoir*, publicado em 1976, nomeadamente no capítulo intitulado “Direito de morte e poder sobre a vida”.

Nesse capítulo, Foucault afirma que um dos privilégios do poder soberano era o direito de decidir sobre a vida e a morte. Essa era a forma jurídica do poder soberano: “o direito de um governante de confiscar as coisas, o tempo, os corpos, e em última instância a vida dos sujeitos”. Destaca-se, nesse ínterim, que o modelo de poder era codificado e generalizado na filosofia política clássica da época; esse modelo continuou fundamentalmente inalterado até quando a “cabeça do rei” foi transferida do soberano para o Estado (RABINOW; ROSE, 2006, p. 27).

Porém, argumentava Foucault, desde a era clássica que a dedução havia se tornado meramente um elemento em uma variedade de mecanismos atuando para gerar, incitar, reforçar, controlar, monitorar, otimizar e organizar as forças sob ela. Ao passo que as guerras externas eram mais sangrentas que nunca, e os regimes implementaram o holocausto sobre suas próprias populações, Foucault não considerava que estas guerras eram declaradas em nome do soberano, mas em nome da existência de todos (RABINOW; ROSE, 2006, p. 27).

Destarte, as populações eram movidas com a finalidade do massacre total com fundamento das necessidades da vida e da sobrevivência.

Conforme preceituam Rabinow e Rose (2006, p. 28):

O poder, afirma Foucault, está situado e exercido ao nível da vida. No entanto, ele propôs um modelo mais simples e um diagrama bipolar – agora familiar – do poder sobre a vida. Nesse diagrama, um pólo do biopoder foca em uma anatomopolítica do corpo humano, buscando maximizar suas forças e integrá-lo em sistemas eficientes. O segundo pólo consiste em controles reguladores, uma

biopolítica da população, enfocando nas espécies do corpo, o corpo imbuído com os mecanismos da vida: nascimento, morbidade, mortalidade, longevidade, etc. Ele afirma que essa tecnologia bipolar, que começa a ser desenvolvida no século XII, busca investir na vida em todas as suas dimensões. E, no século XIX, afirma Foucault, estes dois pólos foram unificados dentro de uma série de grandes tecnologias de poder, das quais a sexualidade era apenas uma. Estabelecendo-se de tal maneira, novos tipos de disputa política puderam emergir, nos quais a vida como um objeto político se voltava contra os controles exercidos sobre ela, em nome das reivindicações de um direito à vida, ao próprio corpo, à saúde, à satisfação das necessidades.

Com efeito, nesse aspecto geral, o conceito de biopoder “serve para trazer à tona um campo composto por tentativas mais ou menos racionalizadas de intervir sobre as características vitais da existência humana”. Assim, “as características vitais dos seres humanos, seres vivos que nascem, crescem, habitam um corpo que pode ser treinado e aumentado, e por fim adoecem e morrem”. Logo, “as características vitais das coletividades ou populações são compostas de tais seres vivos”, o denomina-se pelo termo biopolítica, este que engloba “todas as estratégias específicas e contestações sobre as problematizações da vitalidade humana coletiva, morbidade e mortalidade, sobre as formas de conhecimento, regimes de autoridade e práticas de intervenção que são desejáveis, legítimas e eficazes”. (RABINOW; ROSE, 2006, p. 28-29).

Dessa forma, biopoder para Foucault pode ser visto como um aperfeiçoamento do poder disciplinar, em que o biológico reflete no jurídico. Tem-se uma estatização do biológico, as características biológicas passam a interessar ao poder, à política. Esse poder não se dirige ao ser individual, com fins disciplinares, e sim sobre o homem como massa da população, intervindo sobre os processos e ciclos biológicos, da natalidade à mortalidade, controlando, normatizando e regulamentando (SANTOS, 2016, 87-114).

Portanto, o biopoder é uma forma de controle social que assume a direção da vida dos indivíduos, desde antes de seu nascimento até a sua morte. É um poder sobre a vida, é um poder de docilização sobre os corpos, os quais ele controla e disciplina.

Em contrapartida, a biopolítica é a gestão da vida que não incide sobre

os indivíduos, sobre os corpos, mas sobre a população, sobre a espécie. Essas são formas de relação de poder que existe na sociedade atual.

A sociedade contemporânea tem, segundo Foucault, uma estrutura de poder muito diferente daquela que imperou em tempos mais remotos, que se utilizava fundamentalmente da disciplina (como força e imposição) sobre o corpo individual. Hoje, a organização da vida social incide sobre “corpos em multidão”, denominada por Foucault biopolítica – ou seja, a força que regula populações. Atualmente, as duas formas de poder unem-se, mas de maneira muito sutil. Por um lado, há o poder disciplinar, em que existe a sujeição do corpo às forças que impõem uma relação de docilidade e utilidade por outro, existe o exercício do poder sobre as populações com sua variante de regularidades e discursos que lhe dão forma e legitimidade. O aparato científico e a norma acabam sendo os instrumentos mais efetivos de gestão e controle das populações (MENDES et al, 2015, p. 688).

Em vista disso, é importante destacar que:

[...] em todos os processos nos quais se exerce o biopoder há, concomitantemente, a produção do saber. Assim, a Biologia, a Matemática, a Economia, entre outros campos do conhecimento, são fundamentais quando se precisa de dados demográficos, informações sobre endemias, políticas de natalidade, por exemplo. O biopoder traz, ainda, a criação de novos mecanismos de controle e novas instituições, tais como a seguridade social, os órgãos reguladores, a poupança, e assim por diante. As políticas sociais de desenvolvimento também são meios de exercer o biopoder e a biopolítica. Elas justificam a ação do sistema capitalista, pois o neoliberalismo tem como base uma biopolítica (MENDES et al, 2015, p. 688).

Desse modo, a disciplina é sobre os corpos e regulamentações sobre a população, entendida como ser vivo com vida própria. A população não é um aglomerado de pessoas, não é agrupamento, é pensada como ser vivo, ou seja, esse agrupamento de pessoas deve ser pensado dentro da sua vida, da manutenção da vida em combate as doenças, controle da natalidade, casamentos, migrações, mortalidade, dentre outros.

Isto posto, é o Poder Público que exerce o controle de mecanismos e cálculos do biopoder, como por exemplo pelo Poder de Polícia que é, de forma didática, o poder de cuidar da sociedade, pois, por ser uma vertente do Direito Público, é por meio dele que o Estado executa de controle de disciplinariedade e regulamentação. No Brasil, esse instituto é tratado pelo doutrinador Hely Lopes Meirelles como sendo “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (2016, p. 152).

Nessa seara, no Código Tributário Nacional brasileiro, traz em seu art. 78 o conceito adotado pelo ordenamento jurídico sobre o poder de polícia, delimitando seu objeto e expansão, no qual:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1966).

Destarte, a nível mundial, existem o controle e o exercício do Biopoder, pois o controle de massas, sobre a população e os corpos de forma individual, compreende todas as sociedades e mecanismos de poder público, adotando, assim, biopolíticas que regulamentam a vida em sociedade da forma como o biopoder objetiva adestrá-la. Consoante Foucault (1988, p. 135) *apud* Hardt e Negri (2001, p. 41), sobre o poder de polícia, espécie do Poder Público supracitado, tem-se que:

A “polícia” aparece com como uma administração que encabeça o Estado, juntamente com o Judiciário, o exército e o erário. Certo. Mas na realidade, abrange tudo. Diz Turquet: “Ela se ramifica por todas as circunstâncias da vida do povo, por tudo que o povo faz ou empreende. Seu campo de ação inclui o judiciário, as finanças e o exército. A polícia inclui tudo.

Por conseguinte, o fato de a vida ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder, Foucault discorre que com o biopoder há o apoderamento dos corpos pelo poder estatal, que aplica mecanismos de disciplina e de regulamentação, nos quais são utilizadas as mais diversas técnicas para a conquista da submissão e subordinação dos corpos individuais e das populações, alongando a vida, a potencializando forças e a sacando de forma mais conveniente.

No clássico entendimento de Biopoder, o Soberano, que é o Estado, grande e absoluto, exercia seu poder por meio do “fazer morrer e deixar viver”, agora, com os avanços tecnológicos e modernização do poder de controle sobre a sociedade, consoante Foucault (2005, p. 294):

Eis que aparece agora com essa tecnologia do poder sobre a “população” enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de “fazer viver”. A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer.

E então, a partir disso, o Estado começa a interferir na maneira de viver, manipulando como se deve viver e o quanto se deve viver, justamente por meio dos mecanismos de disciplina e dos mecanismos regulamentadores. Assim, Foucault (2005, p. 295, 296) analisa que:

Agora que o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no “como” da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências, daí por diante a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder.

Não sendo mais a morte o objeto principal do soberano, passa-se a ter um controle e um saber-poder sobre a vida propriamente dita. Agora, o Soberano preza pelo:

Poder biológico-estatal que se remete a uma escala não individualizante, mas à “espécie”, à “multiplicidade”, à “massa global” e, assim, ocupa-se do nascimento, da morte, da produção, da doença do homem como espécie (ESTEVES, 2017, p. 08).

Contudo, os mecanismos de disciplina e regulamentadores caminham juntos. Tem-se como exemplo disso a questão da sexualidade como objeto de controle, tanto sobre o homem-corpo (o corpo individual), como homem-espécie (a população), que é regulamentada por meio das biopolíticas (controle disciplinar e normativo). Sobre isso, Foucault discorre que “a sexualidade está exatamente na encruzilhada do corpo e da população. Portanto, ela depende da disciplina, mas depende também da regulamentação” (FOUCAULT, 2005, p. 300). Assim, os mecanismos visam evitar a indisciplina sexual, por exemplo, instruindo e doutrinando a população a não contrair doenças sexualmente transmissíveis, com o objetivo de ter uma sociedade saudável, nesses termos.

2. BIOPODER E BIOPOLÍTICA NA ÓPTICA DE GIORGIO AGAMBEN

Nessa seara, Giorgio Agamben, um político-filósofo que, decorrente das ideias centrais foucaultianas, também analisa a crescente implicação da vida natural do homem nos cálculos e mecanismos do poder. Agamben utiliza os termos biopoder e biopolítica como uma das discussões centrais em suas respectivas análises críticas da política contemporânea, sob a perspectiva de como influem na instituição normativa e na esfera governamental.

Contudo, de acordo com Rabinow e Rose (2006, p. 33), sustenta Agamben “que todo poder repousa em última instância sobre a capacidade de um de tomar a vida do outro – é um poder sobre a vida, fundamentado na possibilidade de reforço da morte”, segundo o qual, Agamben “caracteriza este poder por referência à metáfora obscura do *homo sacer* – a enigmática figura na lei romana cujos crimes tornaram seu sacrifício impossível, mas que poderia ser morto impunemente”. Assim, esta figura, que é reduzida do *bios*, que significa dizer “o modo de vida próprio a um indivíduo ou grupo em uma comunidade política”, e do *zōe* trazendo a ideia de “vida natural, nua”, Agamben sugere que “o nascimento do biopoder na modernidade marca o ponto no qual a vida biológica dos sujeitos entra na política e pertence inteiramente ao Estado”.

O biopoder, portanto, é exercido por quem detém a soberania, e, sobretudo, o exercício pleno do poder do soberano é concretizado pelo fato de que as biopolíticas restringem a vida à sua precariedade e vulnerabilidade, isto é, reduz o ser humano à sua vida nua, ao *homo sacer*.

Segundo Agamben (2002, p. 149), na biopolítica moderna, soberano é aquele que “decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal. A vida, que, com as declarações dos direitos, tinha sido investida como tal do princípio de soberania, torna-se agora ela mesma o local de uma decisão soberana”.

Dessa forma, a biopolítica para Agamben é o entrelaçamento de quatro institutos, quais sejam: o poder soberano, a vida nua (*homo sacer*), estado de exceção e campo de concentração.

Como poder soberano, Agamben (2007, p. 19; 91) se baseou na definição schmittiana de soberania, na qual, “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. Assim sendo, “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera”.

Nessa lógica, o soberano tem o poder de se declarar fora da lei e, concomitantemente, estipula que nenhuma pessoa pode ficar fora do ordenamento, executando o que quer, de forma imperiosa, arbitrária e, simplesmente, se abstendo do que não quer. Traduz Agamben (2007, p. 23) esse paradoxo quando há a imposição do “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei”.

Por esse ângulo, o soberano traça o limite entre a vida protegida e a vida exposta à morte, além disso a inclui e exclui, simultaneamente, da esfera jurídica na qual o regime biopolítico pode garantir tanto o incentivo quanto o massacre da vida, mediante as mais alternadas possibilidades, como exposição à morte pela falta de segurança, a exclusão da vida pública e política, ensejando ao exercício político, pelo desprezo e negação do Estado ao indivíduo, repulsão, entre outras.

A respeito da vida nua, a detenção da vida humana é feita pelo soberano, que transforma o homem em *homo sacer*, tornando-o essencialmente matável, exatamente como ocorria nas culturas antigas de sacrifício humano. A etimologia da palavra *sacer* está no sentido de ser uma vida matável, sagrada, apta a ser entregue a sacrifícios. O soberano, então, decide sobre a vida, controlando o ser humano por meio do biopoder, tonando-o absolutamente e impunemente matável. Logo, “não se poderia dizer de modo mais claro que o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade” (AGAMBEN, 2007, p. 96).

Com o homem tendo sua vida reduzida à precariedade natural, sem amparo, fica fácil inclui-lo na gestão do poder, o que possibilita a instauração do regime jurídico da exceção, em que a lei, criada para proteger o indivíduo, é continuamente quebrada, porque a vida do sujeito é sem valor, é nua, deixa-o à mercê do biopoder e esvaziado de sua proteção jurídica.

Ademais, o estado de exceção é uma espécie de exclusão, e uma das formas de efetivação do biopoder. Consoante Agamben (2007, p. 25, grifo nosso) é:

Um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção, não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão.* Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (ex-capere) e não simplesmente excluída.

Evidentemente, o estado de exceção é o resultado da suspensão do ordenamento jurídico por ordem do soberano. Quando “a norma se aplica à exceção, desaplicando-se, dela se retirando, por ato do soberano” (AGAMBEN, 2007, p. 25) significa dizer que o fato de a norma trazer em seu texto expresso como “exceto, salvo se, salvo disposto ao contrário” são exemplos de estado de exceção, pois a própria norma se exclui naquela determinada situação. Logo, “a exceção é [...] uma exclusão inclusiva (que serve, isto é, para incluir o que é expulso)” (AGAMBEN, 2007, p. 29).

Portanto, para o mesmo autor “aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído, vem a ser incluído na forma de exceção” (AGAMBEN, 2007, p. 32). De forma objetiva, o poder do soberano tem um fundamento de formalidade simétrica, no qual:

O soberano decide sobre o estado de exceção, como e quando a normalidade volta a vigorar para o restabelecimento da ordem em meio à situação de exceção, além de determinar a atuação das instituições. Ele detém o poder da decisão última de suspender a aplicação da lei e de determinar o retorno ao estado normal (ESTEVÃO, 2016, p. 04).

Enquanto o estado de exceção é resultado da suspensão provisória do ordenamento jurídico por ordem do soberano até que ele reestabeleça a normalidade do estado ordinário, o campo de concentração, quarto e último instituto da biopolítica, exercida pelo soberano por meio do biopoder, diz respeito à vigência da exceção de forma definitiva, ou seja, a exceção transforma-se em regra, na medida em que, segundo Agamben (2007, p. 25), “o campo é espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra”. O autor dispõe ainda que:

Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação factícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal (AGAMBEN, 2007, p. 25).

Assim,

Na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente (AGAMBEN, 2007, p. 177).

A exemplificação desse instituto na concepção de Agamben se dá “nos campos de concentração, campos de trabalho e campos da morte do nazismo: os Estados soberanos dependem de sua habilidade de criar estados de exceção”, de acordo com Rabinow e Rose (2006, p. 33) “tais estados poderiam ser excepcionais, mas ainda assim são imanentes à própria modernidade; um quarto espaço acrescentado ao do Estado, da nação e da terra, no qual os habitantes são expropriados de tudo”, restando tão somente “a sua vida nua, que é colocada nas mãos do poder sem apelação”.

Assim:

O poder para comandar sob ameaça da morte é exercido pelos Estados e seus subordinados em múltiplas instâncias, em formas micro e em relações geopolíticas. No entanto, isto não demonstra que esta forma de poder – comandos reforçados pela ameaça em última instância da morte – é a garantia ou o princípio subjacente de todas as formas de biopoder nas sociedades liberais contemporâneas (RABINOW; ROSE, 2006, p. 33-34).

Consoante Rabinow e Rose (2006, p. 33-34) “o Holocausto é indubitavelmente uma configuração que o biopoder moderno pode adquirir. Os racismos permitem ao poder subdividir uma população em subespécies, para designá-las em termos de um substrato biológico”, de modo que “para iniciar e sustentar um conjunto de relações dinâmicas nas quais a exclusão, o encarceramento ou a morte daqueles que são inferiores pode ser vista como algo que tornará a vida em geral mais saudável e mais pura”. Portanto, o campo de concentração é o espaço de politização da vida, enquanto nua, entregue ao sacrifício. É a perpetuação do estado de exceção e a normalização da ausência do ordenamento jurídico na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, o biopoder, executado mediante todos os institutos que compõem a biopolítica, sempre foi instrumento do soberano para o controle do homem como indivíduo e espécie. Desde os primórdios da sociedade em que o soberano determinava quem seria o homem a ser sacrificado, o *homo sacer*, seu poder sobre a morte traduz as guerras realizadas para obter a terra do inimigo e garantir sua existência em determinado local.

Posteriormente, passa-se a potencializar a vida com a administração dos corpos e a gestão calculista da vida, exemplo-mor da investidura sobre a vida foi o Estado Nazista que, por meio de mecanismos de disciplina, nunca vistos antes com tanta potestade, regulamentou-se rigorosamente aos processos biológicos, precisamente a procriação e a hereditariedade, tendo como escopo promover a vida valiosa denominada “raça pura” e exterminar as ameaças, quais sejam, pessoas portadoras de deficiência e as demais etnias, aniquilando-as de forma a “fazer viver e deixar morrer”.

Hodiernamente, o biopoder está cada vez mais hostil, pois o soberano, ao longo de todos esses séculos de controle, teve êxito em alienar perfeitamente e sujeitar o homem à vida nua, resignado a uma vida adestrada e plenamente subordinada.

Num espaço onde a exceção se tornou a regra, Agamben, por fim, observa que não mais se deve espantar com políticas que impõem fenômenos como o totalitarismo, campos de extermínio, campos de concentração, campos

de refugiados, ou mesmo com as comunidades que servem como depósito de cadáveres-vivos à espera do abate, prisões secretas, dentre outros; isso porque, hoje, o estado de exceção atingiu seu máximo de repercussão e perpetuação na sociedade pós-moderna.

Por fim, uns dos exemplos mais difusos do biopoder são os direitos humanos fundamentais. Essas garantias teriam que efetivar a proteção do homem contra o poder do soberano. Ao invés disso, pela manipulação e subordinação que o biopoder resulta, essas garantias fazem com que o homem se condicione ao poder estatal, ficando dependente e tornando-se prisioneiro das biopolíticas.

Em conclusão, tanto o homem, como destinatário singular do poder público soberano, quanto à sociedade, como destinatária universal, estão assujeitados ao controle disciplinar e regulamentar, estando confinados àquele, pois, o biopoder está, paulatinamente, mais influente e dominante na vida do ser humano, a ponto de, no futuro – próximo – a humanidade entrar em colapso pela sujeição a um poder sem limites.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 2ª reimpressão. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG; 2007.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Disponível em: <<http://petdireito.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/05/AGAMBEN-G.-Homo-Sacer-o-poder-soberano-e-a-vida-nua.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.

ARÁN, Márcia; PEIXOTO JR., Carlos Augusto. **Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade**. Revista Saúde Pública. 2007. Disponível em: <<http://www.sr2.uerj.br/sr2/coep/artigo%20marcia%20aran.pdf>> Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Lei Nº 5.172, De 25 De Outubro De 1966. Ementa: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Biopoder, Biopolíticas e Biodireito**. Sumário de Ensino. 2016.

ESTEVES, Anderson Alves. **Biopolítica Segundo Foucault e Agamben**. *Academos: Revista eletrônica da FIA*. Disponível em: <<http://files.francisco-assis.webnode.com/200001913-9b9c19cfc3/BIOPOL%C3%8DTICA%20SEGUNDO%20FOUCAULT%20E%20AGAMBEN.pdf>> Acesso em: 30 set. 2017.

FERNANDES, Danie; RESMINI, Gabriela. **Biopolítica**, 2016. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/espaco/biopolitica.html>>. Acesso em: 25 set. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. 1ª ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes; 2005.

_____. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 1987. Disponível em: <http://escolanomade.org/wp-content/downloads/foucault_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro – Editora Record, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. José Emmanuel Burle Filho. 42ª ed. Atualizado até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25883212/2016---direito-administrativo-brasileiro---hely-lobes-meirelles>>. Acesso em: 30 set. 2016.

MENDES, Luciano; et al. Tecnologias Sociais, Biopolíticas e Biopoder: Reflexões Críticas. **Cad. EBAPE.BR**, v. 13, nº 4, Artigo 2, Rio de Janeiro, Out./Dez. 2015. 2015, p. 687-700. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v13n4/1679-3951-cebape-13-04-00687.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. **Revista de Ciências Sociais**, nº. 24, abr. 200, p. 27-57. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/politicaetrabalho/article/view/6600/4156>>. Acesso em: 25 set. 2017.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. O surgimento do biopoder, os avanços tecnológicos e o controle social. **Revista Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 25. p. 87-1, 2016. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/618/pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

A LUTA POR RECONHECIMENTO DA POLICIAL MILITAR MULHER: QUESTÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE FEMINISMO E GÊNERO

*Franciely Aparecida Contrigiani*¹
*Geize do Prado Ferreira*²

RESUMO

Observamos que houve um grande aumento da violência voltada para as questões de gênero, principalmente, contra a mulher, e, neste trabalho, será possível analisar a história por trás dos gêneros. O indivíduo tem desde os tempos remotos um papel pré-estabelecido na sociedade: o homem com sua finalidade de provedor e a mulher com a de procriação e cuidadora do lar. Porém, a partir da Primeira Guerra Mundial, as coisas começaram a mudar e grandes conquistas começaram a surgir com a mulher ganhando força, ao adentrar no mercado de trabalho. A partir daí, o feminismo começou a se mostrar com as mulheres, por meio dos movimentos sociais, em busca de seus direitos, ao voto, e outras reivindicações. Ao longo dos anos foram tomando cada vez mais espaço na sociedade e, hoje, elas continuam a lutar por mais direitos, mais espaços, como na carreira militar, debate que será proposto ao longo do texto. Há muito ainda a ser percorrido, muitas que seguem esse estilo de vida tem de deixar suas vontades humanas, pois possuem a necessidade de lutar para igualar-se aos homens ou até mesmo mostrar que são melhores para atingir a carreira desejada, haja vista que o preconceito do dia a dia permanece arraigado.

PALAVRAS-CHAVE

Feminismo; Gênero; Policial Militar; Lutas; Reconhecimento.

¹ Atualmente graduanda em Direito pela Faculdade Cidade Verde (FCV). Integrante do Grupo de Estudos Schmittianos, vinculado à Rede Internacional de Estudos Schmittianos (RIES/FCV). Integrante do Grupo de Estudos de Direito e Literatura (FCV). francielycontregini@gmail.com.

² Atualmente graduanda em Psicologia pela Faculdade Metropolitana de Maringá (UNIFAMMA). geizeprado@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A luta das mulheres pelo reconhecimento de direitos dentro da sociedade vem de tempos imemoriáveis e perdura até os dias atuais, não se esgota, mas se encontra em constante evolução. Numa época em que era de competência das mulheres apenas assuntos estritamente femininos e dos homens assuntos de altíssima importância, tanto no que dizia respeito a assuntos particulares como também assuntos públicos e coletivos, se fazia difícil falar em igualdade.

Foi com a Primeira Guerra Mundial que as mulheres começaram a ganhar força e espaço dentro da sociedade, podemos considerar esta como um marco inicial na história das mulheres, assim como a Revolução Industrial, pois foi nessa época que as mulheres passaram a sair de casa e ingressar no ambiente de trabalho, a fim de substituir os homens que eram convocados a ir à guerra a serviço do Estado. Findando esse período, não contentes com a situação que se encontravam, muitas mulheres se rebelaram e foram à luta por reconhecimento de direitos a igualdade e liberdade. Uma das conquistas principais foi o direito ao voto, logo após esta surgiram diversas outras, tais como o direito a decidir sobre o próprio corpo, com os métodos contraceptivos e direitos trabalhistas, ao passo que não se contentaram a voltar à vida privada após conhecer a pública.

A conquista do direito de voto foi, por muitas décadas, o ponto focal do movimento de mulheres. Da metade do século XIX até as primeiras décadas do século XX, o sufrágismo foi a face pública das reivindicações feministas. O acesso à franquia eleitoral representava o reconhecimento, pela sociedade e pelo Estado, de que as mulheres tinham condições iguais às dos homens para gerir a vida coletiva e também que elas possuíam visões do mundo e interesses próprios, irredutíveis aos de seus familiares. Afinal, um dos argumentos centrais para a exclusão política delas era que seus interesses já seriam protegidos pelo voto dos maridos ou dos pais. (BIROLI; MIGUEL, 2014, p. 93).

Certo seria falar que hoje essa realidade mudou – se verdade fosse. De certa forma ela evoluiu, pois agora, após muitas lutas – árduas – as mulheres conquistaram grande espaço na sociedade, mas não totalmente. Podem agora

decidir sobre seu corpo, sobre suas paixões, possuem a liberdade de escolha sobre o trabalho e a função que desejam nele desempenhar e também a liberdade de poder escolher não trabalhar, mas ainda elas têm de enfrentar os preconceitos que pairam sobre essas escolhas.

Através deste trabalho buscar-se-á analisar de forma introdutória – sem a pretensão de esgotar o assunto e com intuito de futuramente nele se aprofundar – as questões de gênero dentro das corporações policiais, oriundas do movimento feminista. É inegável que a presença de mulheres dentro de corporações policiais teve um aumento ao longo dos anos, mas, infelizmente, a incidência ainda é menor do que a de homens, um fato que não ocorre apenas no Brasil.

Por meio de uma análise hermenêutica e psicossocial, pretende-se analisar questões acerca do convívio destas mulheres dentro das corporações policiais, se há desvios de funções decorrentes do preconceito de gênero que acarreta o aparecimento de violência a fim de se construir uma investigação que tem por objetivo a análise destas e outras questões ligadas ao feminismo e ao debate de gênero e suas significações nas lutas por reconhecimento de direitos que se faz muito forte nos dias de hoje.

Acerca do exposto, pode-se compreender a Psicologia como sendo uma ferramenta fundamental para fazer parte deste processo de investigação, levantando questões sobre o sofrimento psíquico que a profissão de policial pode gerar em uma pessoa, bem como a forma como uma policial mulher nos dias de hoje consegue lidar com seus distintos papéis, tais como os de mãe, esposa e profissional. O Direito, nesse caso em questão, também se mostra de suma importância a fim de encontrar soluções que melhor atendam às necessidades das mulheres em face das injustiças sofridas em seu ambiente de trabalho, assim como no ambiente particular.

MARCO INICIAL DO FEMINISMO E SUA EVOLUÇÃO

Na década de sessenta e setenta tivemos um marco nos acontecimentos políticos de nossa história com o surgimento do movimento conhecido como *feminismo*, sendo este, um movimento social, filosófico e político que luta por igualdade de gêneros e a libertação de padrões opressores construídos pelo sistema patriarcal. Conforme Lia Zanotta Machado, em Introdução crítica ao

direito das mulheres da Série o direito achado na rua (2011), em 1960, o feminismo surge, num primeiro momento, nos Estados Unidos com a movimentação feminista de libertação das mulheres e, em 1970, na França, com ênfase da liberdade sexual e denúncia do controle sobre o corpo e sexo feminino pelos homens.

Já, no Brasil, o feminismo surgiu em 1970, com a reivindicação da politização do privado e também aliado aos movimentos sociais da época em defesa da democracia e contra a ditadura e desigualdades sociais, pois as mulheres da época se preocupavam com seus direitos individuais e com os direitos dos demais cidadãos, porque sabiam que para uma sociedade funcionar por completo e a seu favor, todos, sem distinção, deveriam viver igualmente livres, sem restrição a nenhum direito.

Em tempos anteriores, falando sobre os séculos XIX e primeira metade do século XX, na Europa nos Estados Unidos e no Brasil, as movimentações feministas tiveram como foco o acesso à esfera pública, ou seja, ao trabalho, à educação, às diferentes profissões e ao mundo da política ao passo que reivindicam o direito de votar e serem votadas, participarem ativamente da política. As reivindicações desta época vinculam-se às novas, formando um elo indissolúvel para a luta feminista, pois “se as movimentações feministas diferenciaram-se no tempo por darem mais ênfase à esfera pública ou privada, hoje, reconhece-se que todas as demandas estão intimamente entranhadas.” (APOSTOVOLA; FONSECA; JUNIOR, 2011, p.78).

Ainda conforme Lia Zanotta Machado, em 1975, houve o primeiro ato público do feminismo no Brasil com o Seminário sobre o Papel e o Comportamento da Mulher na Sociedade Brasileira, realizado no Rio de Janeiro. Em 1979, questões sobre o feminicídio começam a ser levantadas e a violência passa a ser, mais fortemente, denunciada. Em 1980, trava-se a luta pela descriminalização do aborto, fato que perdura até os dias de hoje em discussão, não havendo ainda um entendimento pacífico sobre ele. Já, em 1990, os movimentos feministas buscaram se organizar em Organizações Não governamentais, a fim de obter recursos para objetivar projetos referidos à elaboração e ao acompanhamento das políticas públicas.

O feminismo, ao contrário do que se pode imaginar, não é um movimento que prega a dominação das mulheres sobre os homens, pelo contrário, ele busca a igualdade e o fim da dominação de um gênero sobre outro. Em razão

de uma falha de lógica, é comum o indivíduo achar que as pessoas devam ser contra uma coisa para ser a favor de outra, neste caso, “contra” os homens para ser “a favor” das mulheres, acontece que não é bem assim, o feminismo não luta contra os homens, mas contra o machismo, que é o comportamento expressado por meio de opiniões e atitudes de um indivíduo, seja ele homem ou mulher, pois elas podem ser reprodutoras inconscientes desse comportamento, que recusa a igualdade de direitos e deveres entre os gêneros e, por meio de um pensamento de sistema hierárquico, colocam o homem numa posição de superioridade e a mulher numa posição de inferioridade dentro da sociedade. Ressalta-se que este é um comportamento cultural, podendo sofrer variações de uma sociedade para outra.

O feminismo não tem nada a ver com o fato de ser feminina e nem como dever ser, já que ser feminina é algo muito abstrato que foge de padrões e segue a concepção de cada pessoa. Assim, vemos que o fato de ser feminina entra em confronto com a questão de “sexo e gênero”. Sobre isso, Judith Butler (2013, p. 31), parafraseando Simone de Beauvoir, afirma que, “ninguém nasce mulher, mas torna-se mulher”, e ser feminina não é algo exclusivo de um único gênero, mas uma construção social que estabelece padrões fixos a serem seguidos, que impõe que toda mulher tem o dever de ser feminina.

Desse modo, levando-se em consideração especial a reflexão de Judith Butler acerca do tema, bem como a análise de outros autores, é possível compreender que o *feminismo* tem a ver com liberdade, que vai além de uma simples liberdade de expressão, ligando-se ao fato de que todos nós podemos viver e ser, sem ninguém se interferir na forma de como devemos nos portar, vestir e o que devemos dizer ou fazer com nossos corpos. Além disso, outro fator importante é que desde o aparecimento do feminismo até os dias atuais muitas coisas mudaram, inclusive o próprio feminismo.

O feminismo não é – e não deve ser – um movimento único e engessado, mas está em constante transformação e evolução. Há vários feminismos, como o feminismo das donas de casa, o feminismo das mulheres trabalhadoras – que será analisado no decorrer do texto, em especial as trabalhadoras policiais militares – o feminismo das mulheres que fazem funk, o feminismo das profissionais do sexo, o feminismo lésbico, o feminismo com os homens, entre muitos outros, e é essa pluralidade do feminismo que o torna cada vez mais forte. De

acordo com Márcia Tiburi (2015, p. 18), “um feminismo que seja contra a pluralidade dos feminismos é um feminismo que precisa de auto crítica porque ele está errando na base fundamental do que significa falar em nome da diferença das mulheres na ordem da cultura”, dessa forma, considera-se o feminismo como uma luta por reconhecimento e garantia de direitos.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A CONDIÇÃO DA MULHER TRABALHADORA HOJE

A luta das mulheres na década de setenta e as conquistas alcançadas no decorrer da história ensejou espaço em nossa sociedade para o surgimento de novos temas relevantes, tais como as questões de gênero que vieram à tona entre as décadas de 1980 e 1990, dessa forma, este pode ser considerado um assunto inacabado e merecedor de espaço para discussões, a fim de se chegar, o mais próximo possível, de soluções para os problemas sociais que nos impedem de avançar politicamente, enquanto seres humanos, rumo a uma sociedade de menos opressora e mais libertária.

Engana-se quem pensa que falar sobre gênero é falar única e exclusivamente das mulheres, pois este, além de direcionar estudos sobre as mulheres, em particular, abre espaço para estudos sobre os homens, uma vez que não há como se falar da normatização criada para definir o que é ser Mulher, sem falar do que é ser Homem em uma sociedade marcadamente masculina pautada sobre uma estrutura de poder hierárquico e patriarcal.

O patriarcado é um sistema cultural, político e econômico que arbitrariamente constrói e valoriza desigualmente os sexos, definindo-os como ‘mulheres/femininos/domináveis’ e ‘homens/masculinos/dominadores’, a partir de uma visualização dos órgãos genitais (pênis e vagina). Essa construção desigual organiza socialmente, polariza, naturaliza e hierarquiza os corpos e as subjetividades, de maneira arbitrária, inclusive usando discursos científicos evolucionistas para consolidar a naturalização da desigualdade dos sexos, dos papéis sexuais e sociais. (APOSTOVOLA; FONSECA; JUNIOR, 2011, p.186).

De acordo com Cappelle e Mello (2010) o índice de violência em nosso

país vem aumentando consideravelmente a cada dia que passa e voltando-se para as questões de gênero, vemos que esse índice aumenta ainda mais quando a violência é contra a mulher. Nos dias de hoje, grande parte da sociedade sustenta que as desigualdades de gênero já foram suprimidas com o passar dos anos, não há mais distinção entre o sexo masculino e feminino no que diz respeito ao âmbito social, entretanto esta afirmação se mostra contraditória, o que nos permite questionar que se de fato a igualdade existe, porque ainda há tanta discriminação contra a mulher em determinadas profissões?

A questão de gênero para Butler (2013) é uma construção cultural que obriga o indivíduo a viver um papel pré-estabelecido na sociedade, em que, segundo Amorós (1995), a desigualdade entre homens e mulheres é a chave da discriminação sexista e a origem de toda violência de gênero. Ser Homem ou ser Mulher, sendo significados culturais, não deveria usar como critérios de justificação conceitos biológicos para estabelecer padrões sociais fixos a serem seguidos que idealizam um modelo de sociedade, o qual impõe que as mulheres devem ser femininas, submissas e fiéis aos maridos e filhos, e os homens devem ser fortes, viris e protetores de suas esposas e filhos, pois, ao passo que estes padrões são quebrados, isso acaba por gerar relações de violência, tendo em vista que o equilíbrio de poder almejado nem sempre é atingido.

[...] as relações de poder estão presentes em todas as relações sociais e interpessoais, entre Estado/indivíduo, pais/filhos, patrão/empregado, professor/aluno, homem/mulher etc. No âmbito familiar, nas microrelações, o poder não só existe como geralmente é exercido pelo gênero masculino devido à tradição patriarcal de nossa sociedade. E, para se manter na posição de dominador do poder, da vontade e do desejo, articula estratégias nem sempre pacíficas, gerando, assim, relações violentas de gênero. (PRIORI, 2007, p. 27).

Atualmente encontra-se presente – e se faz importante – o debate de gênero dentro das discussões feministas, tendo em vista que esta surgiu a partir das discriminações e humilhações que as mulheres sofriam por conta do sistema patriarcal que perdurou durante muitos séculos em nossa sociedade, sendo este um sistema em que o homem, como marido, vem a ser o chefe da casa com todos os direitos concentrados sob seu poder, enquanto à mulher

cabia apenas o papel de procriar, cuidar da casa, obedecer e zelar pela moral e bons costumes. Como aponta Toledo (1985), “Vivemos em uma sociedade de estrutura patriarcal, que consciente ou inconscientemente tem sido concebida à imagem da família burguesa – o homem como provedor e a mulher devendo permanecer em casa.” (TOLEDO ET AL, 1985, p.9).

Neste modelo, existia comportamento machista, mesmo assim muitas mulheres sentiam-se felizes – ou aparentavam felicidade –, pois se consideravam amadas e respeitadas – ou idealizavam serem –, já outras se revoltaram indo contra este modelo, lutando por seus direitos de igualdade, tendo em vista que “a ideia de “diferença dos sexos” serve, de fato, para regular, domesticar, ordenar a conduta, o comportamento, os limites impostos às mulheres nas formações sociais patriarcais.” (APOSTOVOLA; FONSECA; JUNIOR, 2011, p. 85).

Por questões culturais, o sexo masculino, ainda hoje, tem predominância em nossa sociedade, Cappelle e Mello (2010) apontam que a mulher começou a ganhar força a partir da Primeira Guerra Mundial, quando elas passaram a realizar o trabalho dos homens quando estes iam para a guerra a serviço do Estado, foram também reconhecidas durante a revolução industrial, momento em que a mão de obra feminina era importantíssima. A entrada da mulher no mercado de trabalho pode ser considerada um marco inicial, pois elas começaram a se organizar em movimentos em busca de seus direitos, tais como o voto, o trabalho, os métodos contraceptivos, entre outras reivindicações. Esses movimentos surgiram graças a atitudes de rebeldia das insubmissas que começaram a travar lutas em diversas partes do mundo.

Foi a partir destes movimentos que surgiu então o Feminismo, um movimento que vem acontecendo no Brasil – ainda recente – e no mundo de forma autônoma e institucionalizada, trazendo com ele resultados positivos. Os órgãos instituídos pelos poderes públicos como a Delegacia da Mulher nasceu por conta de movimentos organizados em busca de respeito e da não discriminação, assim como aparatos jurídicos para a proteção da mulher, tais como a Lei nº 11.340/2006, conhecida também como Lei Maria da Penha.

Conforme Danielle Martins Silva em Introdução crítica ao direito das mulheres da Série o direito achado na rua (2011), a primeira delegacia da mulher foi criada no estado de São Paulo em 1985 e a Lei Maria da Penha é uma lei de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher que re-

apresenta um instrumento de reação estatal institucionalizada que envolve a Polícia, o Ministério Público, o Judiciário e o Poder Executivo, além disso reconhece as especificidades da questão da violência contra as mulheres praticadas no âmbito doméstico. Estas são conquistas que somente se fizeram possíveis por conta de nossa Constituição Federal de 1988, que consolidou a igualdade entre homens e mulheres, bem como uma série de direitos individuais e sociais a serem usufruídos por ambos os sexos.

É fundamental que o tema da violência contra a mulher ocupe o espaço do poder e da lei, para que o Estado (oferecendo instrumentais para o enfrentamento a este flagelo) e a sociedade (zelando pela aplicabilidade, efetividade e amplo alcance dos instrumentais oferecidos) sejam partes responsáveis pelo tratamento da questão. (APOSTOVOLA; FONSECA; JUNIOR, 2011, p. 174).

Hoje no Brasil a mulher já é bem aceita em muitos cargos, um exemplo a ser citado é a profissão de secretária, que é, nos dias atuais, de predominância do sexo feminino, mas até a década de 50 era exercida pelo sexo masculino. Azevedo e Costa (2004) confirmam que só após as duas grandes guerras mundiais que começou o engessamento da mulher nesta área, mais uma vez por falta da mão de obra masculina. Vale destacar que a secretaria, hoje, dentro das empresas, assume um papel importante, é um cargo de confiança que presta assessoria à presidência e auxilia no gerenciamento da empresa.

De acordo com uma matéria feita pela Federação dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado do Paraná, FETROPAR (2017) mais uma profissão que a mulher teve inserção é a de motorista. Sempre ouviram aquela frase “Mulher no volante, perigo constante”, mas não é isso que está ocorrendo, pois muitas empresas vêm apostando fortemente na mulher para esta profissão, por conta de elas serem mais cuidadosas e pacientes. O presidente do Sintrol, João Batista da Silva, considera a inserção das mulheres no transporte urbano e rodoviário como um avanço social. “Mulheres motoristas marcam um processo de democratização da profissão. Demonstra que, para trabalhar na área que sonha, basta ter dedicação e correr atrás. Não há mais empecilhos de gênero para quem ama o volante”, afirma.

QUESTÕES INERENTES À POLICIAL MILITAR MULHER E LEI Nº 7.289/84

Com todos esses avanços infelizmente ainda existem profissões nas quais não houve grande progresso da figura feminina, como a profissão de Policial Militar, Cappelle e Mello (2010) buscaram estudar a relação de gênero e poder, e foi a campo, na Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) lugar que socialmente é visto como de predominância masculina, onde as mulheres passaram a ser aceitas, mas isso não quer dizer que elas não encontram dificuldades, pois todos os dias elas têm que lidar com inúmeros obstáculos tanto na inserção quanto na ascensão – as que desejam ocupar cargos operacionais terão muitos obstáculos a vencer –, pois no contexto geral a maioria é aceita para cargos de rotinas administrativas e relações públicas, atividades que muitas vezes fogem da formação que foi recebida.

É observado por Ichikawa e Santos (2000) que a mulher sofre inúmeras pressões em variados cargos e sempre está envolvida no processo de competição, está a todo o momento tendo que comprovar sua capacidade, sendo, muitas vezes, obrigadas a deixar de lado suas vontades humanas, como por exemplo, a de apostar em uma maternidade, por se fazer preciso mostrar que é melhor que o homem ou pelo menos a ele se igualar para ser aceita na carreira desejada.

Analisando uma entrevista publicada em uma rede social³, podemos compreender como é realmente o dia a dia de uma Policial Militar, vemos que para desempenhar esse papel, requer muita força de vontade e dedicação, pois neste ambiente, que até outrora era marcadamente masculino, elas precisam se fazer fortes para lutar e enfrentar toda e qualquer dificuldade que aparecer durante a caminhada até a ascensão na função almejada. Não podemos negar que ainda há preconceitos, mas muitas barreiras foram quebradas e elas agora são bem aceitas no meio Militar.

Essa classe trabalhadora é responsável pela ordem pública e segurança interna do Distrito Federal por ser considerada força auxiliar reserva do Estado, em vista disso e em virtude de sua natureza e organização, policiais milita-

³ Mulheres da PM de Marília contam suas histórias. Portal Visão Notícias, 8. Mar. 2016, 8'44". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=R1c0JTaYm-0>>. Acesso em: 20. Set. 2017.

res formam uma categoria especial de servidores públicos do Distrito Federal. Há para essa classe um estatuto próprio o Estatuto dos Policiais-Militares – Lei nº 7.289, de 18 de dezembro de 1984 instituída por João Figueiredo – que, conforme Art. 1º regula a situação, obrigação, deveres, direitos e prerrogativas dos Policiais-Militares da Polícia Militar do Distrito Federal e é em seus Arts. 2º e 3º que se faz possível constatar a definição do que vem a ser Policial Militar e as situações que eles podem vir a se encontrar, quais sejam,

§ 1º - Os policiais-militares encontram-se em uma das seguintes situações: **I - na ativa:** a) os de carreira; b) os incluídos na Polícia Militar, voluntariamente, durante os prazos a que se obriguem a servir; c) os componentes da reserva remunerada da Polícia Militar, convocados ou designados para o serviço ativo; e d) os alunos de órgãos de formação de policiais-militares; **II - na inatividade:** a) os da reserva remunerada, percebendo remuneração do Distrito Federal e sujeitos à prestação de serviço na ativa, mediante convocação; e b) os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores, estiverem dispensados, definitivamente da prestação de serviço na ativa, continuando, entretanto, a perceber remuneração do Distrito Federal.

O Capítulo II desse estatuto trata Do Ingresso na Polícia Militar que conforme Art. 10 dar-se-á mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, observadas as condições prescritas neste Estatuto, em leis e em regulamentos da Corporação. O Art. 11 dispõe sobre a Matrícula nos cursos de formação dos estabelecimentos de ensino da Polícia Militar em que se devem cumprir as condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual e psicológica, altura, sexo, capacidade física, saúde, idoneidade moral, obrigações eleitorais, aprovação em testes toxicológicos e suas obrigações para com o serviço militar, além de ser exigida a apresentação, conforme o edital do concurso, de diploma de conclusão de ensino superior, reconhecido pelos sistemas de ensino federal, estadual ou do Distrito Federal, mas em alguns estados não há essa exigência, como é o caso do Paraná.

A idade mínima para a matrícula é de dezoito anos e máxima de trinta e cinco, para o ingresso nos quadros que exigem formação superior com titulação específica e de trinta para os demais quadros, não se aplicando limite má-

ximo aos policiais militares da ativa da Corporação (§1º, Art. 11). São, também, estabelecidos limites de altura para a matrícula, quais sejam com os pés nus e a cabeça descoberta, de um metro e sessenta e cinco centímetros para homens e um metro e sessenta centímetros para mulheres (§2º, Art. 11).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa pesquisa foi possível compreender que ainda há muito que lutar e muito que vencer, pois a violência de gênero contra a mulher se faz presente em nosso meio e se mostra nas pequenas atitudes do dia a dia. Os anos se passaram e o feminismo se fortaleceu fazendo das mulheres seres insubmissos, destemidos e detentores de direitos adquiridos por meio de árduas lutas por elas travadas. Teve como marco principal, a Primeira Guerra Mundial, que foi quando a mulher começou a ganhar força ao ingressar no ambiente de trabalho a fim de substituir os homens que iam para a guerra a serviço do Estado. Outro marco importante foi a Revolução Industrial, quando a mão de obra feminina foi importantíssima.

Hoje elas não são apenas mulheres, esposas, mães e donas de casa, mas são verdadeiras guerreiras. São mulheres que, se preciso for – e um dia foi –, saem às ruas gritando por justiça e não mais deixam passar direitos despercebidos. Elas conquistaram espaço por meio de movimentos sociais e continuam a conquistar, não deixam que as diminuam e as oprimam por meio de rudes palavras e atos que a elas são dirigidos no decorrer dos dias.

A presença da Policial Militar Mulher, que foi objeto do nosso trabalho, dentro das corporações policiais teve um aumento ao longo do tempo, mas ainda é menor em relação ao homem e quando, nessa carreira, elas conseguem ingressar, nem sempre é como gostariam e com o cargo pretendido. Vimos que elas sofrem inúmeras pressões em variados cargos e sempre estão envolvidas no processo de competição, a todo o momento elas têm que comprovar sua capacidade, sendo muitas vezes obrigadas a deixar de lado suas vontades humanas, como por exemplo, a de apostar em uma maternidade, por ser preciso mostrar que é melhor do que o homem ou pelo menos a ele se igualar para ser aceita na carreira desejada.

Se não fosse o preconceito e a violência de gênero que vem com ele,

talvez a mulher não precisasse buscar a todo o momento aprovação, por meio de uma comprovação que requer sacrifícios e em se tratando de violência, é possível observar, conforme Roberto Bueno, que “a violência transforma, marca, a violência profunda, esta enrudece, entorpece, rudimentariza e paralisa, enquanto a violência organizada desconstitui e desfigura as subjetividades humanas, e ao retirar-lhes suas próprias almas em vida, tenta *nadificá-las*.” (2013, p. 480).

Sendo assim, espera-se, com o passar dos anos e com as possíveis lutas que ainda estão por vir por parte dos movimentos feministas e com a evolução da sociedade, que as mulheres possam atuar de igual para igual com os homens, dentro do ambiente de trabalho, independente da área e função escolhida e até mesmo fora dele.

REFERÊNCIAS

AMORÓS, Célia. **Diez palabras clave sobre Mujer**. España: Navarra, 1995.

ANDRADE, Welington (prof); ARAÚJO, Leusa (escr); DAMIÃO, Carla (filo); FERREIRA, Helder (Jorn); RABAHIE, Júlia (Jorn); TIBURI, Marcia (filo). **Entrevista: A filósofa vai à guerra. Vestida de Mulher**. *Revista Cult*. São Paulo: Editora Bregantini, ano 18, n. 199, p. 17-27, mar. 2015.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). MIRANDA, Adriana Andrade et al. **Introdução crítica ao direito das mulheres**. Série o direito achado na rua, v. 5. Brasília : CEAD, FUB, 2011.

AZEVEDO, Ivanize; COSTA, Sylvia Ignacio. **Secretária: um guia prático**. 4. ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política: uma introdução**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Roberto. **Barbárie: Literatura e Filosofia Moral**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, pp. 471-498.

BRASIL, Presidência da República, Casa Civil – Subchefia para assuntos Jurídicos João Figueiredo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7289compilado.htm> Acesso em: 04 Abr. 2017.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CAPELLE, M. C.; MELO, M. C. O. L. A. **Mulheres policiais, relações de poder e de gênero na Polícia Militar de Minas Gerais**. *Revista de Administração Mackenzie*, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 71-99, maio/jun. 2010. (Edição Especial)

FETROPAR, Federação dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://fetropar.org.br/mulher-motorista-sucesso-constante/>>. Acesso em: 06 Abr. 2017.

ICHIKAWA, E. Y.; SANTOS, L. W. **O simbolismo do jogo: percepções da mulher diante da competitividade organizacional**. *Revista de Administração da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 99-104, jul./set. 2000.

Mulheres da PM de Marília contam suas histórias. Portal Visão Notícias, 8. Mar. 2016, 8'44". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RIc0JTaYm-0>>. Acesso em: 20. Set. 2017.

PRIORI, Cláudia. **Retratos da violência de gênero: denúncias na Delegacia da Mulher de Maringá (1987-1996)**. Maringá: Eduem, 2007.

TOLEDO, Regina Antônia G. de et al. **A dominação da mulher: os papéis sexuais na educação**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

LOURO, Guacira Lopes. **Uma sequência de atos**. *Revista Cult*. São Paulo: Editora Bregantini, ano 16, n. 185, p. 31-34, nov. 2013.

A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Thainan Carlos de Oliveira¹

RESUMO

No mês de agosto de 2017, completou-se 11 anos de vigência da Lei Maria da Penha (11.340/2006), em que durante esse decurso temporal, esse dispositivo normativo se demonstrou uma importante ferramenta para o enfrentamento da violência de gênero. Não obstante o vigor dessa norma, cotidianamente, nos deparamos com diversos casos de desrespeito e violência às mulheres no âmbito doméstico e familiar, com dados alarmantes que apontam altas taxas de violência. Diante da necessidade de maior amparo às vítimas dessa violência, especialmente por se tratar de violência inserida no ambiente familiar, onde laços afetivos e emocionais vinculam as partes, a Ministra Carmen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal, sinalizou positivamente acerca da implantação da Justiça Restaurativa como ação de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. A Justiça Restaurativa se firma como um processo colaborativo para a solução de um conflito decorrente de um delito, envolvendo uma maior participação do infrator e da vítima. Esse método busca humanizar a vítima e também o agressor, colocando-os no caso concreto, com maior participação no processo, onde ambos irão colaborar para que haja a confecção de uma solução pacífica. A intervenção da Justiça Restaurativa é complementar, ou seja, não exclui a prestação jurisdicional estatal, em que esta irá sancionar a medida legal para a violência cometida e aquela, pacificar a relação social abalada pela violência. Nesses casos, a benesse proporcionada pela Justiça Restaurativa se refere à efetiva pacificação das partes, muitas vezes não alcançada por uma decisão judicial.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça Restaurativa. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Violência doméstica e familiar. Pacificação. Solução dos conflitos.

¹ Acadêmico do Curso de Direito no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), 6º Semestre. E-mail: thainancarlos.oliveira@gmail.com

INTRODUÇÃO

No presente artigo, científico procura-se abordar a admissibilidade e aplicabilidade dos mecanismos da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica e familiar tutelados pela Lei 11.340/2006, denominada de “Lei Maria da Penha”.

Busca-se demonstrar a preocupação do Poder Judiciário no controle e repressão aos diversos casos de violência que estão inseridos no âmbito doméstico-familiar, em decorrência dos alarmantes números de violência que estampam os noticiários.

A Justiça Restaurativa foi implantada, inicialmente, no Brasil, no início dos anos 2.000, sendo pioneiros na aplicação de tal medida os órgãos judiciais dos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal.

O enfoque principal da Justiça Restaurativa é entender os danos causados por uma infração penal e de que forma atinge o relacionamento entre as partes, evidenciando a vítima e também o agressor, propondo soluções para que os danos sejam reparados e que não sejam novamente cometidos.

Destarte, a Justiça Restaurativa visa promover a reparação do dano e a recomposição das estruturas sociais afetadas pelo conflito, neste caso - o crime cometido no âmbito doméstico e familiar -, evitar que novos casos semelhantes sejam cometidos novamente.

Em agosto de 2017, a Lei Maria da Penha completou 11 anos de vigência, sendo considerada uma importante lei no que diz respeito ao enfrentamento da violência de gênero, porém, apesar de sua importância, a cruel realidade nos mostra que, mesmo com o advento dessa lei, os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher não foram extirpados, sendo alvo do Judiciário a busca por soluções que venham a diminuir a violência e as agressões que não deixam somente marcas físicas na vítima.

Firmados nos dados estatísticos elaborados e fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, há a demonstração de que, mesmo com a implantação da Lei 11.340/2006, nos anos posteriores à entrada em vigência da referida lei, houve o aumento das taxas de homicídio decorrentes da violência doméstica, o que demonstra que as políticas públicas de segurança necessitam de constante avaliação e acompanhamento para alcançar

a efetiva redução dos índices de violência e desrespeito aos direitos das mulheres.

O método científico adotado neste artigo é o dedutivo, em que se parte do geral para chegar ao resultado específico, com procedimentos que envolvem análises bibliográficas constituídas por artigos e textos, enunciados normativos e decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, além de pesquisas empíricas existentes a respeito do tema, em que há a demonstração dos resultados obtidos por meio da aplicação do mecanismo da Justiça Restaurativa.

DA JUSTIÇA RESTAURATIVA – Apontamentos necessários ao tema

A concepção de Justiça Restaurativa é ideologicamente e juridicamente recente, porém, podemos extrair ao longo da história a aplicação de métodos restaurativos em sociedades antigas, como explanado no preâmbulo da Resolução 2002/12 da ONU, que descreve a Justiça Restaurativa: “geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que vêm, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas” (JURÍDICA, Resolução nº. 2002/12, 2012).

Os reflexos das metodologias restaurativas tomaram destaque no âmbito jurídico, quando, em meados de 1970, sob a influência da vitimologia e de outros movimentos concernentes aos direitos da vítima, nos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e outros países, surgiram ideias e modelos de responsabilização criminal juvenil, a partir de métodos restaurativos. (OLIVEIRA et al., 2016, p.112).

A respeito da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em matéria criminal, ilustra-se que a Resolução 1999/26 de julho de 1999, editada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, demonstrou a necessidade do desenvolvimento e implantação de medidas de mediação e de justiça restaurativa na justiça criminal, bem como a Resolução 2002/12, que no item 6 descreveu que “os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional” (JURÍDICA, Resolução nº. 2002/12, 2012).

Prontamente, na exposição do preâmbulo da Resolução 2002/12

que descreve os princípios básicos para o uso dos programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, o objetivo do uso de tal instrumento se revela nos seguintes dizeres.

Enfatizando que a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, (...).

Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade. (JURÍDICA, Resolução nº. 2002/12, 2012).

No tocante ao sistema tradicional de justiça adotado pelo Brasil e pela maioria dos países, no qual se revela o modelo retributivo de justiça, que visa punir o ofensor conforme a sua culpa, por RULLAN (2011, p.14), citado por CHÁVEZ, descreve que tal modelo atua da seguinte forma.

desde la óptica retributiva se plantea resolver quien tiene la razón y quien tiene la culpa, así como dar su merecido al culpable, hacer que pague por lo que ha hecho, a fin de que no volva a hacerlo y que la sanción sirva de ejemplo disuasorio para la comunidad. (CHÁVEZ, Justicia Restaurativa, 2016, p. 25).

O modelo de justiça retributiva visa resolver o conflito fundamentado nas questões de culpa e razão, punindo o agressor conforme sua culpa, cuja punição serve para que o sujeito não volte a reincidir e também sirva como exemplo à comunidade.

Nos dizeres de NUCCI, que assim define o atuar da Justiça Retributiva.

A Justiça Retributiva sempre foi o horizonte do Direito Penal e do Processo Penal. Desprezava-se, quase por completo, a avaliação da vítima do delito. Obrigava-se, quase sempre, a promoção da

ação penal por órgãos estatais, buscando a punição do infrator. (NUCCI, 2011, p.125).

Assim, é possível concluir que o foco não está no dano causado à vítima, ao infrator e à comunidade, ou na experiência destas na ocorrência do delito, como a Justiça Restaurativa prevê, mas sim na violação à lei e a determinação da culpa. (CRUZ, IBCCRIM, 2013, p. 75).

Sob essa óptica, na apresentação dos objetivos da Resolução 2002/12, das Nações Unidas, há a clara demonstração de que a Justiça Restaurativa pode satisfatoriamente coligar-se ao modelo de justiça tradicional, visto que “a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores” (JURÍDICA, Resolução nº. 2002/12, 2012).

A associação da Justiça Restaurativa no processo criminal se revela necessária tendo em vista que “as finalidades do Direito Penal e consequentemente da pena em um Estado Democrático de Direito são o reestabelecimento da paz social comprometida pela ocorrência de um crime e a reinserção do ofensor na sociedade” (TJPR, Manual de Justiça Restaurativa, 2015).

Entretanto, como de notória percepção, as finalidades do Direito Penal e da pena não estão sendo cumpridas em decorrência da penalização, tendo em vista que o elevado número de encarceramentos em nada contribui para a diminuição dos índices de violência. Diante disso, a sociedade se preocupa com a fragilidade estatal perante a violência, porém, do outro lado, o ofensor se encontra rotulado, com má reputação na sociedade.

Diante dessa adversidade enfrentada pela sociedade, muito se buscou, pelo Poder Judiciário e pelas autoridades, mecanismos que fossem capazes de, conjuntamente com a jurisdição estatal, cumprir as premissas do Direito Penal e da Pena.

Destaca-se também que, o modelo tradicional de Justiça em seu âmbito criminal, demonstra certa desatenção com os danos sofridos pela vítima, pela comunidade e pelos relacionamentos decorrentes entre as partes, tendo em vista que durante a persecução criminal, a vítima dá lugar ao Estado, para que este “assuma” a posição de vítima.

Dessa maneira, a vítima, *a posteriori* da violência e do dano sofrido se encontra em posição de menoscabo por parte do Estado, tendo em vista

que, a pena não cumpre sua premissa originária, razão de que muitas vezes se mostra insuficiente, pois não impede a reincidência por parte do agressor e nem sua ressocialização.

A partir desses percalços enfrentados pela vítima e pela sociedade, a Justiça Restaurativa surgiu como um método que visa mostrar a responsabilização participativa e, de maneira efetiva, cumprir as premissas trazidas pelo Direito Penal e pela Pena.

Convém destacar que os métodos de Justiça Restaurativa já se encontram em aplicação nos órgãos jurisdicionais brasileiros, com proeminência para os estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Bahia e Distrito Federal.

No tocante à aplicabilidade da Justiça Restaurativa, o Núcleo de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça da Bahia, em recente manual, dispõe que

No âmbito da Extensão do 2º Juizado Especial Criminal – Largo do Tanque, que contempla delitos de menor potencial ofensivo, a exemplos de brigas entre vizinhos, lesões corporais, perturbações de sossego e da tranquilidade alheios, acidentes de veículos, ameaças, constrangimentos ilegais, crimes contra a honra (difamação, injúria e calúnia), nem todos os processos em tramitação são apropriados para a aplicação das práticas restaurativas, mas aqueles que envolvam conflitos que traumatizam as partes a nível de suas relações pessoais e existenciais. (TJBA, Núcleo de Justiça Restaurativa, 2011).

Como bem dito pelo trecho acima colacionado, advindo do manual de Justiça Restaurativa, elaborado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, os métodos restaurativos para a resolução de conflitos são apropriados nos conflitos que causam traumas às partes, pois interferem em suas relações pessoais, causando transtornos psicológicos, sociais, além de traumas físicos, em alguns casos.

Para melhor ilustrar a atuação da Justiça Restaurativa nos conflitos reais, mister se faz citação a um caso concreto resolvido pelo Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque, em Salvador/BA, com o uso dos métodos restaurativos.

A atuação do núcleo é trabalhosa e envolve atendimentos psicológicos, visitas e, muitas vezes, são necessários alguns meses na tentativa de pacificar o conflito. Foi o que ocorreu no caso da su-

posta agressão do filho a uma senhora. Por meio dos atendimentos do núcleo, foi possível descobrir que, na verdade, a senhora tentava apaziguar uma briga entre seus filhos. No caso, o irmão, 20 anos mais velho que a irmã, possuía um alto cargo e, além de sustentar a casa, pagava a faculdade dela. No entanto, havia descoberto naquela noite que ela nunca havia se matriculado em uma faculdade e estava se prostituindo. Após a intervenção do núcleo, que inclusive conseguiu um emprego em uma loja para a irmã, ela decidiu restituir o dinheiro ao irmão, parar de se prostituir e ambos fizeram as pazes. “Caso não tivéssemos aplicado a Justiça restaurativa ao caso, provavelmente o irmão seria autuado por violência, teria sido afastado da casa, e a família se dissolvido”, acredita a juíza Joanice. (BRASIL, CNJ, 2014).

Como visto pela nota acima disposta, verifica-se que os métodos utilizados pela Justiça Restaurativa se demonstram portentoso instrumento para a pacificação social e, em consequência, restabelecimento dos relacionamentos pessoais, além de assegurar as premissas planejadas pelo Direito Penal.

Outrossim, há a possibilidade da implementação dos métodos restaurativos nos procedimentos da Lei Maria da Penha, conforme dispõe o artigo 29 da referida lei, que assim diz.

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. (BRASIL, LEI 11.340/2006).

Gize-se que essa equipe multidisciplinar, composta por profissionais de diversas áreas, atua no enfoque à proteção e orientação à vítima, as pessoas que estão ao seu entorno e, também, ao ofensor, conforme, previsão do artigo 30 do mesmo diploma protetor da mulher.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e

desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes. (BRASIL, LEI 11.340/2006 – GRIFO NOSSO).

Como outrora descrito, as consequências das agressões familiares, tendo como vítima a mulher, causam inúmeros efeitos negativos, além da agressão sofrida, pois, afeta a todos que vivem em seu círculo social, principalmente às crianças e adolescentes que se deparam com as cenas de violência, restando-se desamparadas emocionalmente.

Ressalta-se que os métodos utilizados pela Justiça Restaurativa propendem-se à pacificação e restauração da harmonia social, humanizando a vítima, a sociedade e o ofendido, analisando-os e extraíndo de cada envolvido os motivos da agressão, os desejos pós-violência e, principalmente, soluções efetivas para a harmonização entre as partes.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA

Em agosto de 2017, comemorou-se 11 anos da implantação da Lei 11.340/2006, popularmente denominada “Lei Maria da Penha”, que surgiu com a premissa de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A violência doméstica pode ser entendida, nos dizeres de SAFFIOTI citado na Cartilha da Lei Maria da Penha elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, como:

A violência doméstica ocorre numa relação afetiva, cuja ruptura demanda, via de regra, intervenção externa. Raramente uma mulher consegue desvincular-se de um homem violento sem auxílio externo. Até que este ocorra, descreve uma trajetória oscilante, com movimentos de saída da relação e retorno a ela. Este é o chamado ciclo da violência (...). Mesmo quando permanecem na relação por décadas, as mulheres reagem à violência, variando muito as estratégias. (BRASIL, CNJ, 2013).

Comumente, a mulher vítima de agressão em seu ambiente doméstico, necessita de amparo externo, socorrendo-se nas autoridades policiais e judiciais para ter sua integridade físico-psíquico resguardada.

A referida lei se assenta no disposto constitucional estampado no artigo 226 da Constituição Federal, mais precisamente, em seu parágrafo oitavo, que revela que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, e torna como premissa a especial relevância da família na sociedade.

Outrossim, o referido caderno legislativo se fundamentou na “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres”, sendo um tratado de caráter internacional, aprovado em meados dos anos 80, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que é considerada uma declaração internacional de direitos das mulheres.

Esta importante lei buscou consolidar o combate e a coibição da violência – física, verbal e moral – sofrida pelas mulheres, assentada nos inúmeros casos de desrespeito e violência sofridos por elas.

Como bem exposto no artigo 6º da Lei 11.340/2006, “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. Nota-se a preocupação do legislador em resguardar os direitos basilares e fundamentais disposto no artigo 5º de nossa Carta Magna.

Destaca-se nesse cenário o crucial caso de violência sofrida pela mulher no qual a lei carrega o seu nome, a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, importante e notável líder nos movimentos de defesa dos direitos femininos. Em maio de 1983, a Sra. Maria da Penha foi vitimada por seu cônjuge com um tiro nas costas enquanto dormia, deixando-a paraplégica. O agressor fora julgado duas vezes, porém ao final, o ofensor restou-se com liberdade, devido os recursos formulados por sua defesa (IMP, 2017).

O regulamento defensor dos direitos das mulheres se consolida na efetiva prevenção e coibição dos atos violentos praticados contra mulheres em seu ambiente doméstico e familiar, conforme aludido no artigo inicial.

Art. 1º. Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Fede-

rativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, LEI 11.340, 2016).

Gize-se que, além da busca de mecanismo a que venham frear os tormentosos e abjetos atos de violência contra as mulheres, principalmente no âmbito doméstico-familiar, a norma acima regula medidas assistenciais e protetoras às mulheres, e também aos viventes próximos, vítimas da violência.

DOS CASOS DE AGRESSÃO CONTRA A MULHER OCORRIDA NO ÂMBITO DOMÉSTICO-FAMILIAR

Apesar do brilhantismo pretendido por essa Lei, empiricamente esbarra-se no, ainda contínuo, elevado número de agressões sofridas pelas mulheres em seu espaço doméstico-familiar, muito em decorrência das medidas ainda pouco satisfatórias, no tocante à coibição e prevenção de agressões.

Os recentes dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça mostram que o Brasil ocupa desagradável sétima colocação no ranking mundial dos países com crimes praticados contra as mulheres (BRASIL, CNJ, 2013).

Ainda no tocante a essa pesquisa empírica realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, os seguintes resultados demonstraram que:

41,61% do total de mulheres brasileiras agredidas foram violentadas no âmbito de suas relações domésticas, afetivas ou familiares, uma vez que, nestes casos, o sujeito ativo da agressão foi o cônjuge, o ex-cônjuge ou parente. (BRASIL, CNJ, 2013).

Outrossim, a violência doméstica praticada contra a mulher resulta em outros graves e sérios problemas, visto que as marcas deixadas pela agressão extrapolam a pessoa da vítima, atingindo os seus familiares próximos, causando-lhes temor e insegurança.

Em grande parte dos casos de agressão no círculo familiar, os filhos, fruto da relação conjugal, se deparam com as bárbaras cenas de violência, traumatizando-os emocionalmente, sendo esse trauma uma das consequências ne-

gativas resultadas pela agressão.

Cionek e Rosas expõem que a violência doméstica pode interferir gravemente no desenvolvimento das crianças que a presenciam.

(...), pode-se afirmar que um ambiente familiar hostil e desequilibrado, pode afetar seriamente não só a aprendizagem como também o desenvolvimento físico, mental e emocional de seus membros. (CIONEK; ROSAS, 2006, p.11).

Esses transtornos verificados no caso concreto de agressão são, pela Justiça Retributiva, praticamente ignorados, tendo em vista que o sistema tradicional de Justiça objetiva apenas a retribuição do mal ao agressor, desconhecendo os anseios e danos sofridos pela vítima e por quem presenciou os atos danosos.

Ademais, acerca da violência doméstica, o balanço, do ano de 2015, realizado pela Secretaria de Políticas para Mulheres – SPM constatou que houve o aumento de 44,74% de casos de violência em comparação com os dados do ano anterior. Importante salientar que esse balanço é realizado embasado nos dados repassados pela Central de Atendimento à Mulher do serviço “Ligue 180” (BRASIL, SPM, 2015).

ANÁLISE DOS RESULTADOS EMPÍRICOS RESULTANTES DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Como já asseverado neste trabalho, a Presidente do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministra Carmen Lúcia, em reunião com coordenadores estaduais da Campanha “Mulher em Situação de Violência Doméstica”, sugeriu a implantação de práticas restaurativas no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. (CNJ, 2017).

A Ministra ressaltou a importância da Justiça Restaurativa no tocante à “[...] recomposição das famílias que vivenciam o drama da violência doméstica em seu cotidiano”. Ademais, ressalta-se que o foco à família, descrita pela Constituição como o baluarte para a sociedade, no combate à violência, previne que os entes sejam atingidos, principalmente as crianças.

Destaca-se que a aplicação dos métodos restaurativos já demonstra

resultados satisfatórios, conforme publicado pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da comarca de Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, consoante dados apontados abaixo.

Das cinco mulheres vítimas com quem trabalhamos e monitoramos entre junho/2015 a novembro/2015 (pós-círculo), nenhuma voltou a registrar boletim de ocorrência envolvendo violência doméstica ou familiar. Dos sete homens que participaram dos encontros reflexivos, nenhum deles voltou a figurar como acusado de prática de violência doméstica ou familiar. (TJRS, Programa Justiça para o Século 21, 2015).

Em consonância aos resultados obtidos e acima expostos, verifica-se que, as partes que desejaram submeter-se aos métodos de Justiça Restaurativa, obtiveram desfechos positivos, tendo em vista a não reincidência das agressões.

Cumprido ressaltar que os métodos de Justiça Restaurativa não são de conceito ocluso, tendo em vista que “ela pode ser definida de acordo com as necessidades de cada espaço social. Assim, compreender que a mulher e o homem (seu agressor) são vítimas da violência merecendo a escuta e a devida responsabilização, quando de um crime” (COSTA; AQUINO, 2014, p. 625 apud LAVAGNOLI).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nossa sociedade, mister se faz a preocupação com a violência, principalmente quando essa instala-se no ambiente doméstico-familiar, sendo imprescindível a discussão no tocante a práticas que efetivamente combatem e reprimem os casos de violência.

A constatação de que o Brasil ocupa a sétima colocação no ranking mundial de Violência Doméstica nos demonstra espanto e faz-nos atentar à necessária proteção e garantias de direitos expostas pela Constituição Federal, que amparou os desejos das mulheres, igualando-as justissimamente na sociedade, tendo em vista que anteriormente à promulgação da Carta Magna, as mulheres eram discriminadas e tinham seus direitos cingidos, sendo desampa-

radas quando vítimas de abusos e violações.

Ante a necessidade de meios capazes de atentar-se à vítima com justa e necessária humanização, dando-lhe maior enfoque, houve por parte de alguns Tribunais de Justiça, tais como o do Rio Grande do Sul, pioneiro na aplicação de metodologias restaurativas, a aplicação, em caráter experimental, dos métodos da Justiça Restaurativa, que, como visto anteriormente, se demonstrou positiva, tendo em vista a satisfação da vítima e a recuperação do ofensor, pois a humanização do processo colaborou com sua pacificação.

Como fundamentado acima, demonstra-se que a aplicação da Justiça Restaurativa é um método alternativo de solução de conflitos que podem seguramente ser aplicados de maneira eficaz conjuntamente com a prestação judicial estatal.

É inteligível que a aplicação da Justiça Restaurativa não abrange todos os casos de violência doméstica, notadamente quando se refere a crimes de maior potencial ofensivo, de maior repercussão social.

Todavia, como explícito na própria Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, em seu artigo 29, há a possibilidade da implantação de equipe de atendimento multidisciplinar, com profissionais especializados em diversas áreas, tais como jurídica, psicossocial, de saúde, com o enfoque direcionado à vítima, aos familiares e também ao agressor, como uma forma de prevenção à novas situações conflituosas e, também, estabelecer a reestruturação social.

Ademais, a Justiça Restaurativa ao se coadunar com as premissas descritas pela Lei Maria da Penha, visa à pacificação social, diante da problemática já enfrentada por tal disposição normativa.

Dessa forma, observando-se se a vítima concorda em participar dos métodos restaurativos, com o intuito de resolver consensualmente o conflito pessoal, a Justiça Restaurativa se mostra como o melhor caminho para a efetiva reparação dos anseios pessoais, promovendo a necessária e justa pacificação social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

_____. Manual de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1>>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

_____. Núcleo de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça da Bahia. Disponível em: <www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/jrcartilha.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Núcleo de Justiça Restaurativa pacifica conflitos em Salvador. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62238-nucleo-de-justica-restaurativa-pacifica-conflitos-em-salvador>>. Acesso em: 09 de setembro de 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2.016.

_____. Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Pena. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Pena. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Cármen Lúcia: “Justiça Restaurativa pela Paz em Casa”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84848-carmen-lucia-justica-restaurativa-pela-paz-em-casa>>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Programa Justiça para o Século 21 – TJRS. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Comarca de Novo Hamburgo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/03faebc99e-4d18816aa549f0ff41307a.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

_____. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/pesquisas-e-publicacoes/mapaviolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2017

CACHICHI, R.C.D; COSTA, I.G. da e; LEÃO JÚNIOR, T. M de A., Paz e Teorias da Justiça. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos de Contemporaneidade, 2016.

RODRÍGUEZ CHAVEZ, Reyler. Justicia restaurativa: bases para la reforma del poder judicial peruano a partir del programa prevención, justicia, paz y seguridad. Lima-Peru, Escuela Judicial de America Latina, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 7ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Justiça Restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. 2ª ed. 2013.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/2016/index.php/sobre-maria-da-penha/minha-historia>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CIONEK, Maria Inês G. Dias; ROSAS, Fabiane Klazura. O impacto da Violência Doméstica contra crianças e adolescentes na vida e na aprendizagem. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/impacto.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2017

LAVAGNOLI, Francielle Aparecida. Justiça Restaurativa: instrumento de combate à violência praticada contra a mulher no ambiente doméstico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17261>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

ESTATUTO DO DESARMAMENTO: BUROCRATIZAÇÃO A FAVOR DA CRIMINALIDADE

*André Lucas Fontana¹
Vinícius Silva Luiz²*

RESUMO

O presente texto pretende questionar a exacerbada burocracia contida na legislação conhecida como Estatuto do Desarmamento, este que se baseou na tese de que mais armas resultam em, necessariamente, mais crimes. Além disso, sua correlação com o aumento da violência, sua falta de consistência ética, suas falhas em suas promessas iniciais de manutenção da paz social e decréscimo do número de homicídios. A reflexão é feita por meio da observação da realidade de outros países que não aderiram de forma massiva ao desarmamento, além da perspectiva brasileira, de um panorama geral e inter-regional, com dados estatísticos sobre o número de mortos e da violência cometida com armas de fogo, um número crescente no país, apesar da vigência da legislação. O artigo pretende analisar algumas formas práticas de desburocratização do estatuto, bem como a questão do direito à posse e ao porte de grupos específicos, vistos como um passo para a revogação total da lei. Além dos efeitos econômicos normalmente ocultados, como a crescente indústria da segurança privada e a busca de meios alternativos à aquisição de armas, assim como a inconstitucionalidade da lei, levantada por agentes de segurança e seus pontos principais de debate.

PALAVRAS-CHAVE

Desarmamento Civil; Criminalidade; Burocracia; Armas de Fogo; Segurança Pública.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é conhecido por sua grande burocracia até mesmo em questões pequenas. Isso se dá principalmente no âmbito empresarial, porém, na última década, tivemos, mais uma vez, a intenção do legislador de burocratizar nossa vida ao colocar um entrave ao direito à legítima defesa. Isso assegurou exacerbado poder nas mãos daqueles que fazem o controle de armas, viabilizando fatores, muitas vezes subjetivos, justificarem a negativa à obtenção do registro, o número de requerimentos recusados é grande, o que tem ocasionado grande busca por meios alternativos à aquisição do porte. Essa arbitrariedade da polícia federal ao negar registros ficou conhecida como “desarmamento branco”.

O Estatuto entrou em um contexto com a promessa de redução da violência e manutenção da paz social, no entanto, dados comprovam sua ineficácia no controle da criminalidade, e principalmente no número de homicídios. Cabe aos autores, portanto, questionar o porquê de sua conservação e a quem serve atualmente. Houve uma clara valorização da indústria de segurança privada, bem como da segurança pública, que obteve grande poder de barganha perante o Estado com o desarmamento dos cidadãos, ainda que sua eficácia no controle ao crime seja questionável. Os níveis de violência continuam crescentes, assim como o número de homicídios por armas de fogo, dados estes que serão analisados posteriormente no artigo.

Neste sentido, busca-se também a análise constitucional da referida lei e os pontos e artigos mais polêmicos, com base na interferência estatal nos meios de defesa pessoal. O método de pesquisa é hipotético-dedutivo, quantitativo e de abordagem qualitativa, as técnicas de coletas de dados são bibliográficas e documentais.

1 ALGUNS EFEITOS DA LEGISLAÇÃO FORA DA ESFERA DA CRIMINALIDADE

Sobre o referendo é importante analisar seu contexto e a clara oposição dos cidadãos, que refletia uma opinião sobre a maior quantidade de armas

em circulação como sendo algo positivo, mesmo que diferentes interpretações possam ser retiradas do “não” da população, esta interpretação geral condiz bastante com a realidade da época. O apelo do povo para continuar com suas armas já demonstrava a falta de confiança nas instituições de segurança pública, afinal a polícia não é onipresente e uma política de patrulhamento mais frequente, demandaria demasiado custo e um número muito maior de policiais militares do que temos disponível atualmente.

Portanto, anos após a lei entrar em vigor, a população tem buscado meios alternativos à obtenção de armas de fogo, diferente do burocrático registro junto à polícia federal, regulamentado pelo Estatuto. Sobre estes registros, em modalidades como, caçadores, atiradores ou colecionadores, o pedido de permissão para o acesso a armas de fogo, que nestes casos compete ao exército conceder, tem crescido muito. De acordo com Mariz,

Essa modalidade de registro virou uma alternativa ao controle da Polícia Federal e uma forma de se armar em meio à escalada da violência. A consolidação de entidades e clubes de tiro desportivo pelo país e a popularização da modalidade que deu a primeira medalha ao Brasil nas Olimpíadas do Rio também contribuem. (MARIZ, 2017).

Esse fato também expõe a abordagem discricionária da polícia federal em negar registros, totalmente baseada nos fatores subjetivos e burocráticos do estatuto, que serão abordados posteriormente no artigo.

1.1 O crescimento da indústria de segurança privada

Outra consequência da lei de 2003 que não se vê com clareza é o crescimento da indústria de segurança privada, que, segundo dados da Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores, no Brasil, contava-se com 1.386 empresas de segurança ativas em 2002 (2013, p. 24), chegando a um total de 2.561 empresas até 2016 (2016, p. 26). Muito por conta da ineficácia da segurança pública brasileira e do crescente aumento da violência. O cidadão ao ser desarmado só pode buscar se socorrer junto à polícia, porém devido à sua ineficácia, o cidadão tem buscado órgãos de segurança privada.

O grande aumento no número de empresas desta área, junto a grande taxa de requisições de registro para a obtenção de armas de fogo perante o exército só reforça a grande ineficácia do sistema de segurança público. Ainda segundo dados do Fenavist, o setor de segurança privada no Brasil faturou em 2010 cerca de 17,895 bilhões de reais, número que evoluiu para 33,208 bilhões de reais apenas quatro anos depois, no ano de 2014 (2016, p. 40).

Outra questão sempre colocada sobre o desarmamento civil é o corte de lucro a indústria bélica, porém o que não se vê é que em um cenário como o brasileiro, em que o cidadão para de comprar armas, fica acuado e não oferece resistência aos criminosos, estes agem de forma indiscriminada, causando um aumento absurdo da violência. Aos civis, só lhes resta investirem sua renda na indústria de segurança privada, que faz a compra de armamentos por si. Então, ao final cabe o questionamento: como o objetivo foi atingido, se um dos objetivos era desencorajar o lucro da indústria de armas de fogo, porém houve a permuta da compra de armamento do cidadão comum a empresas privadas? Em boletim da Fenavist foram registradas 582 mil armas e 122 milhões de munições em nome de empresas de segurança (FENAVIST, 2015, p. 3) e ao que parece estas foram algumas das que mais se beneficiaram da legislação, como expõe Thiago Ivo Odon em texto publicado pelo senado.

A política do desarmamento limita o acesso a um bem e, depois que é transformada em lei, valoriza alguns empregos e funções. A polícia federal passa a exigir mais recursos para controlar os registros das armas, o exército demanda recursos para melhorar a fiscalização da circulação das armas, as polícias ganham maior poder de barganha para aumentar salários e incentivos para explorar a segurança privada, e os vigilantes ganham emprego (ODON, 2017, p. 24)

Outro fator que raramente é comentado é a proibição da importação de armamentos que tenham um equivalente no mercado nacional, como visto no artigo 190 do decreto 3.665 “O produto controlado que estiver sendo fabricado no país, por indústria considerada de valor estratégico pelo Exército, terá sua importação negada ou restringida, podendo, entretanto, autorizações especiais ser concedidas, após ser julgada a sua conveniência” (BRASIL, 2000).

Esta forma de proteção à indústria nacional acaba tendo como fim

apenas encarecer o produto, que já é caro, muito por conta da burocracia e dos impostos, que segundo tabela da FIEPR chega a 72% do valor do produto (2015), como também diminui a qualidade dos produtos, por não estarem expostos a um regime de ampla concorrência. O maior exemplo é o da empresa de armamentos Taurus, praticamente a única do segmento do Brasil e que tem tido sérias acusações sobre a qualidade de suas armas, como evidencia uma reportagem do jornal BBC Brasil, que relata 55 casos de policiais brasileiros atingidos por disparos acidentais de armamentos da companhia (SOUZA, 2016), e também uma reportagem do jornal The Intercept Brasil, que reúne sérias acusações sobre a empresa como práticas de lobby e favorecimento (OLLIVEIRA, 2016). Conclui-se que o cidadão além de não ter o direito de se defender, nas raras exceções em que este lhe é concedido, tem de lidar com armas de baixíssima qualidade, por conta da burocracia governamental e suas estratégias de desencorajar a compra de armamentos da população civil. Em próximo tópico será abordada na prática como funciona a burocracia encontrada na própria legislação do estatuto.

2 A BUROCRACIA E A AQUISIÇÃO DE ARMAS

Desde que entrou em vigor o Estatuto do Desarmamento de 2003, o processo de requisição de posse de armas de fogo se tornou exorbitantemente burocrático. Todavia, questiona-se atualmente a real benfeitoria que tal lei causou à sociedade, pois mesmo com o Estatuto do Desarmamento ainda em vigor, armas de grosso calibre e até armas proibidas à utilização entram livremente e são distribuídas às organizações criminosas espalhadas pelo país.

Em 2005 aconteceu um Referendo, momento esse em que fora colocado em pauta “o comércio de armas de fogo”, com finalidade de proibir o comércio de armas de fogo e munições em território nacional, elencado no art. 35 do Estatuto do Desarmamento. Em votação obrigatória, o resultado foi de 63,94%, pelo “Não”, ou seja, o dispositivo não entrou em vigor (MIRANDA, 2015).

Existem no Brasil dois órgãos públicos que fazem a devida análise de pedidos e o controle de armas de fogo em território nacional. São esses: SIGMA – Sistema de Gerenciamento Militar de Armas, vinculado ao exército, que faz o controle do armamento do Exército Brasileiro e auxiliares, bem como de cole-

cionadores, atiradores desportistas e caçadores; e também o SINARM – Sistema Nacional de Armas, este vinculado ao Departamento de Polícia Federal, que controla as demais armas de fogo em território nacional. Desta forma, quando um cidadão “Comum” quer regularizar posse de armas ou até mesmo requerimento inicial, dirigir-se ao SINARM.

Desta forma, vale adentrar aos requisitos da lei, pura e simplesmente. Seguem-se então os requisitos para aquisição de posse de armas de fogo, senão vejamos:

Primeiramente deve-se levar em consideração o tipo específico de arma de fogo que é desejado para uso, ou seja, aqueles elencados no artigo 17 do Decreto nº 3.665/2000, que são, respectivamente, senão vejamos:

São de uso permitido: I - armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibre .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto.

Como demonstrado no artigo acima, a quantidade produtos armamentistas liberados no Brasil é pequeno, comparado aos Estados Unidos, por exemplo, destaca Fabricio Rebelo

“Em 2013, em meio às pretensões presidenciais de impor maiores restrições à venda de armas de fogo, a população norte-americana deu um claro recado de seu entendimento sobre o assunto e bateu o recorde de compra de armas na Black Friday [...]. Foram 144 mil vendas em um só dia, [...] o número foi tão expressivo no receio de que, de fato, comprar esses artefatos nos Estados Unidos se tornasse mais difícil.” (REBELO, 2016, pg. 163).

Percebe-se claramente a diferença entre uma nação livre, que impõe pequenas restrições e mais acessos por parte dos cidadãos a armamentos, comparado ao Brasil, um país que possui um Estatuto desarmamentista, que teoricamente deveria diminuir a incidência de armas e homicídios, todavia na prática, acontece totalmente o contrário.

Para demonstrar, a Polícia Federal diz que o cidadão comum deve in-

formar os seguintes requisitos, como destaca Fatima Miranda, em seu artigo explicativo:

“a) idade mínima de 25 anos; b) cópias autenticadas do RG, CPF e comprovante de residência; c) elaborar uma declaração por escrito expondo os fatos e circunstâncias que justifiquem o pedido de aquisição de arma de fogo, demonstrando a efetiva necessidade; d) comprovar idoneidade, apresentando certidões negativas criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e comprovar, também, não estar respondendo a inquérito policial ou processo criminal; e) ocupação lícita; f) aptidão psicológica, que deverá ser atestada por psicólogo credenciado pela Polícia Federal; g) capacidade técnica, que deverá ser atestada por instrutor de tiro credenciado pela Polícia Federal; h) fotografia 3x4 recente; i) entregar o requerimento de autorização para aquisição de arma de fogo preenchido; j) pagar a taxa de emissão de certificado de registro de arma de fogo (R\$ 60,00 – nos termos do art. 11, I e Anexo da Lei 10.826/2003), caso seja deferido o pedido.” (MIRANDA, 2015).

À primeira vista, tem-se uma ideia de fácil acessibilidade à posse de armas de fogo, contudo, os números de registros em território brasileiro são pequenos, ou seja, poucos são os registros de armas, posse concedida pela Polícia Federal. Como destaca Renata Mariz, “apesar de regras rígidas impostas pelo Estatuto do Desarmamento, nunca foram registradas tantas armas de fogo para o cidadão comum no país: 24.255 peças em 2014, um recorde desde que a Lei do Desarmamento entrou em vigor, em 2003.” (MARIZ, 2015). O registro de posse de armas de fogo se dá por categorias de exercícios laborativos, como por exemplo, funcionários de empresas de segurança, ainda assim o cidadão comum não possui acesso flexível.

3 CRIMINALIDADE E A CORRELAÇÃO COM O ARMAMENTO DA POPULAÇÃO

Bem como citado no início do texto, a legislação de 2003 falhou em sua promessa de redução da violência, para uma análise dos efeitos da lei iremos verificar a situação atual dos crimes contra a vida no Brasil e a falta de ve-

racidade na afirmação de que uma população civil com uma maior quantidade de armas necessariamente resulta em uma taxa de violência maior. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o país que tem o maior número absoluto de homicídios no mundo, sendo ao todo 64.357. Depois do Brasil os países com maior número bruto são Índia, México, Colômbia, Rússia, África do Sul, Venezuela e Estados Unidos (2012).

Embora sejam números extremamente preocupantes, há de se notar que o número não leva em conta a taxa de homicídios a cada 100 mil habitantes, que seria uma estimativa mais exata da realidade, já que, por conta de seu extenso território e número de habitantes, é razoável que países como o Brasil e Estados Unidos apareçam no topo do ranking.

Fazendo o cálculo *per capita* e utilizando dados da UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime³), temos que a média mundial de homicídios é de 6,2 a cada 100.000 habitantes (2013, p. 2). Em seu relatório global, constatamos que o Brasil chegou a 25,2 mortes por 100.000 habitantes, número quatro vezes maior que a média (2014, p.129). Para efeitos de comparação, os Estados Unidos têm o valor de 4,7 mortos a cada 100.000 habitantes (2014, p.128) valor menor que a média, e um tanto peculiar para um país que conta com grande número de armas de fogo por cidadão, segundo estudo de 2007 chegando a 88.8 armas para cada 100 pessoas (KARP, p.1), estando em primeiro no ranking. Já em notícia mais recente do Washington Post desde 2009, o número de armas de fogo se igualou ao número de pessoas e em 2013 passou em 40 milhões a população norte americana, chegando a incríveis 357 milhões de armas para 317 milhões de habitantes (INGRAHAM, 2015). Cabe lembrar que os Estados Unidos é um dos países do mundo com menores restrições a armas de fogo, sendo que em alguns estados não existe nem a necessidade de registro para armas.

Já o Brasil se encontra na posição 75 com 08 armas a cada 100 habitantes (KARP, p.2). Segundo dados do IPEA, a compra de armas caiu 40,6% após a legislação, algo que é uma consequência lógica, dado o grande número de entraves presentes no Estatuto. De acordo com Fabrício Rebelo, em 2000 o número de estabelecimentos autorizados à venda de armas era de apenas 2,4

³Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes.

mil, tendo diminuído para apenas 280 no ano de 2008 e com a campanha junto ao estatuto foram entregues 618.673 armas (2016, p.57). Portanto o número de pessoas com armas de fogo teve uma imensa redução, o que não acarretou na diminuição dos homicídios.

Outro dado interessante de 2010 é que em comparação ao Estados Unidos, o Brasil teve três vezes mais mortos por armas de fogo do que o país norte americano, contando os dados brutos, no entanto, a estimativa de mortos por arma de fogo a cada 100 mil habitantes teve 3,2 mortos nos Estados Unidos e no Brasil chegou a impressionantes 19,3 mortos por 100 mil habitantes (MORAES, 2012). Número que por si já mostra a ineficácia do desarmamento brasileiro, mesmo com uma redução do número de armas para a população em geral os criminosos continuam a usufruir deste bem, e quando posto em comparação com um país com o número de armas tão grande quanto os Estados Unidos e um número de homicídios por arma de fogo tão baixo, pouco se pode contestar quanto à ineficácia do Estatuto e a necessidade de sua revogação, ou, ao menos, uma reestruturação.

3.1 O comparativo do número de homicídios antes e depois:

Para mostrar em mais detalhes os efeitos da legislação, Fabricio Rebelo, especialista em segurança pública demonstrou a mudança dos índices de homicídios a cada 100 mil habitantes, comparando os nove anos anteriores à legislação entrar em vigor, e os nove anos posteriores. Os números, no Brasil, passaram da taxa de 26,44 a cada 100 mil habitantes nos nove anos anteriores à lei entrar em vigor, para 26,80 para os 09 anos após a lei entrar em vigor (REBELO, 2016, p.133). No entanto a taxa de homicídios com armas de fogo teve um aumento ainda maior.

Analisando os dois intervalos, constata-se que (...) foram registrados no Brasil 395.435 homicídios entre 1995 e 2003. Destes, 256.844 foram praticados com armas de fogo, ou seja, antes do estatuto (...) armas de fogo foram as utilizadas em 64,95% dos casos. Já entre 2004 e 2012, foram registrados 455.146 assassinatos, dos quais 322.310 praticados com armas de fogo. Este meio, portanto, foi utilizado em 70,81% do total de casos de homicídio. (...) O acréscimo foi de 5,86 pontos percentuais (64,95 x 70,81), ou 9% no comparativo direto das duas realidades. (REBELO, 2016, p. 152 - 153).

Portanto é possível constatar a falha do poder público, que somente restringiu o uso de armas para o cidadão, enquanto os criminosos continuaram fazendo vasto uso deste item, totalmente fora da legalidade e com um aumento constante ano após ano (BARBOSA, 2015).

3.2 A taxa de homicídios regional e o número de armas nos estados brasileiros:

Como já mostrado anteriormente, a taxa de homicídios não diminuiu com o desarmamento da população. No território brasileiro, isso se mostrou bem claro com o aumento do número de mortos por armas de fogo depois da legislação. Também é fato que um país com grande número de armas de fogo não necessariamente é um país violento, como pode ser mostrado pela realidade americana. No entanto, para uma análise mais profunda da realidade brasileira, analisaremos a questão dos homicídios por estados e sua correlação com o armamento dentro de nosso país.

A região nordeste tem sido a região brasileira que mais tem sofrido com a crescente da violência, os números são alarmantes. São muitas as variáveis que podem interferir na questão da violência, porém como é o foco do artigo, há um empecilho em especial que tem relação direta com estes números.

Nenhuma outra região do país teve tanto investimento em campanhas de desarmamento como o Nordeste (...). Nas primeiras edições da campanha Sergipe e Alagoas foram os estados com maior número de armas entregues, mas isso mais uma vez não produziu efeito no número de homicídios. (REBELO, 2016, p. 75)

Em documento disponibilizado pelo movimento Viva Comunidade em parceria com o Ministério de Justiça, é possível constatar que em uma tendência de 2003/2008 os estados do norte e nordeste foram os que mais tiveram piora na taxa de homicídios, especificamente Alagoas, Maranhão, Rio Grande do Norte e Paraíba. (BANDEIRA, p. 9). A situação do Nordeste se torna ainda mais preocupante ao se analisar pesquisa da ONG mexicana CCSPJP (Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal⁴), que traz as 50 cida-

⁴ Conselho de Cidadania para a Segurança Pública e Justiça Penal.

des mais violentas do mundo, na qual o Brasil conta com 19 cidades, destas 11 nordestinas (CCSPJP, 2016, p. 7).

3.3 Da inconstitucionalidade do estatuto do desarmamento:

Há entendimentos que o Estatuto do Desarmamento lei 10.826/2003 seria inconstitucional, desta forma apresenta-se aqui algumas causas e argumentações.

Uma importante ADi foi a de nº 3.535, a Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), alegou inconstitucionalidade do artigo 35 do referido Estatuto, tendo em vista a não incidência do exposto no mesmo pela proibição de comércio de munição e armas de fogo em todo território nacional, exceto para os exceto para os agentes elecados no artigo 6º da mesma lei (MENEZES, 2014). Neste sentido, a partir desta alegação de inconstitucionalidade, houve a necessidade do tal Referendo de 2005, já mencionado no início desta pesquisa.

Neste sentido, houve tantas outras alegações de inconstitucionalidade, como demonstrado por Alex Fabiane Silveira Menezes,

“[...] a despeito do fragoroso resultado do referendo, ainda surjam iniciativas no poder legislativo, tais como o PSL – 176/2011, de autoria do senador Cristovam Buarque, que pretende proibir a venda de armas a particulares. Uma lei com tal propósito seria flagrantemente inconstitucional, por violar os artigo 14, inciso II c/c o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que expressam o princípio da soberania popular.” (MENEZES apud LENZA, 2014, p. 104).

Ou seja, neste sentido o estudo sobre a inconstitucionalidade é um tema muito amplo, que pode abordar muitas temáticas constitucionais (contraditórias) dentro da lei, desta forma a título de exemplo, em relação à *ampla defesa e ao contraditório*. Com os objetos de inconstitucionalidade, cria-se uma ideia de que a referida lei foi criada às “pressas”, apenas para resposta a pequenas minorias da população, tendo como comporvação disso a situação que levou a população às urnas e o desejo de possuir e portar armas por parte da população tornou-se evidente (VIEIRA, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo que impôs restrições ao armamento da população não se mostrou eficaz no combate à violência, os dados que mostram o aumento do número de mortos por armas de fogo deixa bem claro que os criminosos não cederam à regulação e mantiveram suas armas. O direito à legítima defesa foi cerceado e as políticas desarmamentistas geraram resultados que não eram esperados, como os pedidos de registros junto ao exército e o aumento das agências de segurança privadas. Além de mais difícil, o direito à segurança se mostrou mais caro, afinal, além da extensa burocracia, os impostos sobre armas de fogo e munição são grandes, e quando o cidadão opta por não se armar, é obrigado a pagar agências de segurança privada, visto a ineficiência da polícia brasileira em coibir crimes.

Neste sentido, leva-se muito em consideração também para o aumento da criminalidade e o crescimento de segurança privada e a questão da burocratização do poder de posse/porte de armas de fogo. O Estado intervém diretamente no direito de cada cidadão se defender, mantendo-o à mercê de malfeitores. Foi destacado, no decorrer deste artigo, que a população brasileira (homem médio) de certa forma é contra o estatuto do desarmamento, bem como a sua inutilidade perante a segurança pública.

Traz consigo o Estatuto inconstitucionalidades atestadas, entretanto não é de importância de órgãos superiores revê-los, de tal forma que impossibilita o acesso ao bom cidadão.

Pela análise dos dados é possível ver que há, sim, correlação entre armas e crimes, principalmente crimes contra a vida. Os Estados Unidos deixa isso bem claro com uma baixíssima taxa de homicídios perante um número gritante de armas de fogo por habitante. No Brasil, junto à entrega de armas e o declínio de vendas devido a restrições, o número de homicídios vem subindo a cada ano, sendo o maior do mundo em números absolutos, e pela estimativa per capita conta com um valor muito acima da média mundial.

O armamento da população não é o único variável presente, porém o que nossa busca constatou é que há sim correlação, diferente do alegado por muitas pesquisas. Portanto as alternativas de desburocratização do Estatuto não são uma proposta milagrosa que irá curar todos os problemas da crimina-

lidade brasileira, mas que deixará de colocar um entrave ao direito de legítima defesa do cidadão, que deverá optar por ter ou não armas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Antônio Rangel. **Ranking dos Estados no controle de armas: análise preliminar quantitativa e qualitativa dos dados sobre armas de fogo apreendidas no Brasil**. Projeto Mapeamento do comércio e tráfico ilegal de armas no Brasil. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/upload/congresso/arquivo/mapa_das_armas_brasil.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

BARBOSA, Bene. **Três comentários sobre o desarmamento no Brasil. 2015. Disponível em:** <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2147>>. Acesso em: 16 de agosto de 2017

BRASIL. Decreto n.º 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Diário Oficial eletrônico. Brasília, DF, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz; SIQUEIRA, Roberto. **Mapa das armas de fogo nas microrregiões brasileiras**. 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/mapaarmas.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017

CONSEJO CIUDADANO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA JUSTICIA PENAL A.C. **Metodología del ranking (2016) de las 50 ciudades más violentas del mundo**. 2017. Disponível em: <<http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/prensa/send/6-prensa/239-las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo-2016-metodologia>>. Acesso em: 21 de agosto de 2017.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO PARANÁ. **Veja o quanto você paga de imposto**. 2014. Disponível em: <http://www.fiepr.org.br/sombradoimposto/veja-o-quanto-voce-paga-de-imposto-1-14466-115735.shtml#ancora_amigo>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES. **Estado do setor da segurança privada**. Brasília: v. 3, p. 24. 2013. Disponível em: <http://www.fenavist.com.br/static/media/essegs/III_ESSEG.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2017

FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES. **Estado do setor da segurança privada**. Brasília: v. 5, p. 26. 2016. Disponível em: <http://www.fenavist.com.br/static/media/essegs/ESSEG_V.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES. **Movimentação das empresas do segmento maio 2015**. Brasília. Disponível em: <http://www.fenavist.com.br/static/media/boletins/Boletim_Estatístico_Maio_2015.pdf#>. Acesso em: 27 de agosto de 2017.

HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Functioning, Disability and Health: ICF. World Health Organization. 2001. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.VIOLENCEHOMICIDE?lang=en>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

IPEA. **Atlas da Violência 2017 mapeia os homicídios no Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253>. Acesso em 01 setembro de 2017.

IPEA. **Compra de armas por pessoa cai 40,6% após Estatuto**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17490. Acesso em 13 de agosto de 2017.

INGRAHAM, Christopher. **There are now more guns than people in the United States**. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/10/05/guns-in-the-united-states-one-for-every-man-woman-and-child-and-then-some/?utm_term=.30f5c51cf5fd>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

KARP, Aaron. **The Small Arms Survey 2007: Guns and the City**. Disponível em: <<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2007/en/Small-Arms-Survey-2007-Chapter-02-annexe-4-EN.pdf>>. Acesso em: 15 de agosto de 2017

MARIZ, Renata. **País tem registro recorde de armas para pessoas físicas em 2014**. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/pais-tem-registro-recorde-de-armas-para-pessoas-fisicas-em-2014-17060236>

MARIZ, Renata. **Número de brasileiros que se tornam atiradores para obter licença explode no país**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-brasileiros-que-se-tornam-atiradores-para-obter-licenca-explode-no-pais-21645849>>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

MIRANDA, Fatima. **Passo a passo para o cidadão “comum” que deseja adquirir uma arma de fogo para defesa pessoal**. 2015. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/249964506/passos-a-passo-para-o-cidadao-comum-que-deseja-adquirir-uma-arma-de-fogo-para-defesa-pessoal>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2017.

MORAES, Maurício. **Com menos armas, Brasil tem três vezes mais mortes a tiro que os EUA**. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/12/121218_armas_brasil_eua_violencia_mm.shtml>. Acesso em: 16 de agosto de 2017

ODON, T. I. **Desarmamento**: o que ele tem a ver com vigilantes, prisões lotadas, tribunais congestionados e pequenos traficantes de drogas? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Junho/2017 (Texto para Discussão nº 234). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 de junho de 2017.

OLLIVEIRA, Cecília. **Um monopólio que mata**: Armas defeituosas da Taurus matam impunemente, blindadas pelo lobby e pelo Exército. Disponível em: <https://theintercept.com/2016/09/15/armas-defeituosas-da-taurus-matam-impunemente-blindadas-pelo-lobby-e-pelo-exercito/>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

REBELO, Fabricio. **Articulando em segurança: Contrapontos ao desarmamento civil**. Salvador: Cepedes, 2016.

REBELO, Fabricio. **O impacto do Estatuto do Desarmamento nos homicídios brasileiros**. Disponível em: <https://rebelo.jusbrasil.com.br/artigos/157435672/o-impacto-do-estatuto-do-desarmamento-nos-homicidios-brasileiros>. Acesso em 02 de Setembro de 2017.

SOUZA, Felipe. **Vítimas das próprias armas**: a trágica polêmica que divide policiais e fabricante. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37782821>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

SOUZA, Robson Sávio Reis. **Política Nacional do Desarmamento**: documento técnico. Brasília: Ministério da Justiça–Secretaria Nacional de Segurança Pública/PNUD, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/desarmamento/publicacoes/documento-tecnico-politica-nacional-do-desarmamento.pdf/view>. Acesso em: 21 de agosto de 2017

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Global study on homicide 2013: trends, contexts, data. UNODC, 2013. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_crime/Publicacoes/Estudo-Global-Homicidios/2014/PT_SumarioExecutivo_-_final.pdf. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Global study on homicide 2013: trends, contexts, data. UNODC, 2013. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia, 2012. Disponível em: <https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf>.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência**: Homicídios por armas de fogo no Brasil. 2012. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

DA OMISSÃO ESTATAL FRENTE À TORTURA E A BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA NO SISTEMA PENAL CARCERÁRIO NO SÉCULO XXI: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB O ENFOQUE DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

*Bruna Zampieri Colpani¹
Raphaella Cinquetti Vilarrubia²*

RESUMO: O direito penal brasileiro trabalha com três espécies de pena, a saber: a pena privativa de liberdade, a pena de multa e a pena restritiva de direitos. A primeira espécie é causa de profundas discussões, devido à contrariedade entre a sua função e os efeitos que realmente causam na vida e na personalidade do apenado. A execução da pena privativa de liberdade segue o sistema progressivo, apresentando o livramento condicional do indivíduo como última fase dessa progressão, ou seja, o intuito do direito penal brasileiro é buscar a recuperação e ressocialização do apenado, de modo que este tenha reais condições para voltar a viver em sociedade. No entanto, apesar de inúmeras garantias estabelecidas no Código de Direito Penal, na Lei de Execução Penal e, principalmente, na Constituição Federal Brasileira, na qual está previsto, entre outros, no artigo 5º, XLVII, a proibição da aplicação de penas cruéis, a prática de tortura é comum nos estabelecimentos prisionais por parte dos agentes pú-

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Bolsista PIBIC/CNPq (2016-2017) sob orientação do Professor Pós-Doutor José Eduardo Lourenço dos Santos. Membro do Grupo de Pesquisa Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos – NODICO, vinculado ao CNPq/UNIVEM. Técnica em Serviços Jurídicos pela Escola Técnica Estadual – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza – ETEC Lins. Contato: brunacolpani@gmail.com.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Bolsista PIBIC/CNPq sob orientação do Professor Doutor Roberto da Freiria Estevão. Membro do grupo de pesquisa Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO), vinculado ao CNPq/UNIVEM. Técnica em Serviços Jurídicos pela Escola Técnica Estadual – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza – ETEC Lins. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6298577339529007>. Contato – email: raphaellavilarrubia@outlook.com.

blicos, violando, assim, o próprio dever do Estado em cuidar dos que estão sob sua responsabilidade. O caráter ressocializador da pena se esvai a cada dia, e aqueles que cometem delitos somente são segregados do meio social, por isso, o intuito é tecer uma crítica com base na Teoria Agnóstica da Pena, no sentido da necessidade de uma reconstrução de um Direito Penal mais humanitário e garantista.

PALAVRAS-CHAVE

Tortura; Responsabilidade estatal; Ressocialização; Teoria Agnóstica.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o propósito de discutir a prática de tortura no sistema prisional brasileiro, compreendendo sua evolução histórica desde a antiguidade até os dias atuais, sendo vista, em âmbito internacional, como uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Procurando estabelecer uma crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, através do método dedutivo de pesquisa, busca-se contribuir com o entendimento de que a tortura aplicada aos apenados, só reafirma o caráter vingativo da pena privativa de liberdade, que não recupera, mas sim denigre a personalidade do delinquente, excluindo qualquer chance de ele voltar a viver em coletividade.

O Estado é detentor da responsabilidade de fiscalizar como está sendo aplicada a pena de prisão dentro de seus estabelecimentos e garantir aos que estão sob seu poder o respeito à integridade física e moral, como está previsto no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal Brasileira, em conformidade com o princípio da humanidade da pena.

A prática de tortura é considerada crime pela Lei n. 9.455 de 1997 e representa um verdadeiro retrocesso no que diz respeito à civilização de uma sociedade, contrariando todos os direitos conquistados e garantidos pelo ordenamento jurídico, uma vez que seu único fim é infligir dor e sofrimento ao torturado, satisfazendo o sentimento de vingança do torturante.

É de extrema relevância que a população compreenda que não há qualquer justificativa para a aplicação de práticas próximas à tortura, e jamais pode voltar a ser considerada como uma espécie de represália, disseminando o ódio e a crueldade entre os seres humanos.

O Estado não deve ser omissivo e tem que assumir a responsabilidade do que acontece no sistema prisional atualmente, deve procurar solucionar tamanho problema com medidas realmente efetivas e não permitir que os agentes fiquem impunes. A Teoria Agnóstica surge justamente com o intuito de extinguir as atitudes cruéis dentro do sistema carcerário e aplicar uma política criminal alternativa que tenha como escopo a redução da violência e sofrimento e maior proteção dos cidadãos através de um Estado garantista, pois enquanto houver penas físicas e desumanas, mesmo que não legitimadas, a sociedade

nunca alcançará o real significado de democracia e de civilização.

1. BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DA TORTURA

Para dar início a este artigo, é preciso que se faça a compreensão, ainda que de forma sucinta, da evolução histórica da prática de tortura, que estava presente nos tempos mais remotos, com modificação, entretanto, na sua finalidade.

Na Antiguidade, com exceção dos hebreus, todos os povos conheceram e fizeram uso da tortura, a qual já estava ligada à ideia de punição, repreensão, castigo e dor. Portanto, os efeitos da tortura no ser humano pouco se alteraram, havendo, na verdade, modificação no fim a ser atingido com o seu emprego. Nestes tempos, havia uma forte relação entre a religião e o significado de justiça, assim, tudo o que ofendesse as divindades deveria ser corretamente punido, a fim de que tais entidades divinas não se voltassem contra o grupo, castigando-o com secas, fome e miséria (Borges, 2004, pp. 08-12).

Em outras palavras, a religião assumia importante papel no controle social dos povos primitivos, sendo a tortura considerada uma forma de retribuição ao mal causado por alguém que descumprisse determinada obrigação, que por sua vez, estava ligada a um consenso divino.

Observa-se, então, que os povos antigos reprimiam determinada conduta, não por ser uma ofensa à própria sociedade, mas por ser considerado um pecado, por isso merece sofrer castigos, tanto físico quanto psicológico, que, muitas vezes, culminavam em morte.

De acordo com ensinamentos de Mattoso (1986, p.16), com os gregos e os romanos, a tortura começa a ser vista e utilizada como um instrumento processual, ou seja, além de infligir dor, a tortura também tinha o objetivo de extrair a verdade do acusado, era importante peça para a investigação, sendo aplicada àqueles que eram suspeitos de algum crime e às testemunhas, a fim de obter informações relevantes para o processo penal. Além disso, a tortura passa a ser mecanismo crucial para conseguir a confissão, prova que antes era capaz de condenar, sozinha, alguém em uma ação penal.

Como bem já observava Michel Foucault (2012), a prática de tortura era legitimamente imposta na fase judiciária no século XVIII:

O corpo interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade. E do mesmo modo que a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução.

A tortura, uma vez considerada o mais eficaz mecanismo investigatório para se conseguir a verdade, também foi a responsável por diversas condenações de inocentes, haja vista que obrigava o réu a confessar, por meio dos mais hediondos métodos, atos que até mesmo não cometeu.

Porém, ao longo de um processo histórico e evolucionário, a humanidade começa a repudiar tais práticas torturantes, principalmente, após as ideias iluministas, até culminar na criminalização da prática de tortura, atingindo o seu auge com a Declaração dos Direitos dos Homens, em 1948.

Em 10 de dezembro de 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, classificando a prática de tortura um delito internacional.

Pode-se perceber, portanto, que a tortura era vista como um instrumento de controle e punição às ofensas aos deuses, tornando-se uma espécie de prova no âmbito processual até o momento em que foi considerada como ilícito penal. Porém, conforme se verá adiante, a tortura nunca abandonou o seu caráter principal: a desumanização do ser humano em sua vontade de vingança, seja na seara pública, seja na privada.

2. A PRÁTICA DE TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL ATUAL

A Constituição Federal Brasileira garante, em seu artigo 5º, inciso III, que ninguém será submetido à tortura, cuja prática está prevista como crime pela Lei n. 9.455 de 1997, a qual considera como sujeito ativo não só o agente público, mas também qualquer particular que submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, utilizando-se de violência a intenso sofrimento físico ou mental.

No entanto, o presente artigo busca trabalhar especificamente com a primeira hipótese, ou seja, com a tortura cometida pelos agentes públicos dentro das instituições carcerárias, onde se evidencia intensa contrariedade entre

o que prega o ordenamento jurídico brasileiro e o que realmente acontece, sendo a teoria e a prática, aqui, elementos incompatíveis.

Apesar da Declaração dos Direitos dos Homens de 1948, a tortura foi considerada uma política de Estado durante a Ditadura Militar no Brasil (1964–1985). Durante esse período, agentes públicos utilizaram, de forma legitimada pelo Estado, a prática de tortura em presos políticos, suspeitos de algum crime e testemunhas; ações estas que fizeram o Brasil retroceder aos tempos da Antiguidade. O relator especialista em direitos humanos da ONU sobre tortura, Juan E. Méndez visitou presídios e delegacias no Brasil, a convite do próprio governo, e, em seguida, elaborou um Relatório, apresentado em março de 2016 ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, o qual traz relatos sobre a prática frequente de tortura e maus-tratos nos ambientes carcerários brasileiros³.

A Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei n. 12.528/2011, estima em seu relatório (2014, p.278-299) que foram utilizadas cerca de 30 (trinta) formas de tortura, como o “pau de arara”, espancamentos, choques elétricos, afogamento, estupro, “coroa de cristo”, a “geladeira”, entre outros.

Mesmo ultrapassada essa fase desumana e retrógada do passado brasileiro com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, a qual determina inúmeras garantias e proteção aos direitos fundamentais de qualquer ser humano, parece que a tortura não foi abolida como predeterminou a Carta Magna. O que torna o problema ainda mais grave é que a prática de tortura no Brasil não é um caso isolado, mas sim cotidiano. Além de ocorrer fora das instituições penais por parte dos agentes públicos, a situação é pior dentro delas.

Um país que adota o regime democrático e assegura, em sua Lei Maior, o respeito à liberdade e à igualdade dos seus cidadãos, a presunção de inocência, o acesso à justiça e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, se encontra constantemente em conflito com o seu próprio ordenamento ao permanecer inerte às medidas torturantes impostas em seu sistema prisional.

Dados colhidos em junho de 2014 pelo INFOPEN apontam que a popu-

³Para mais detalhes a respeito do Relatório apresentado, consultar o documento integral no site da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/31/57/Add.4>.

lação prisional brasileira é de 607.731 para 376.669 vagas, havendo, portanto, um déficit de 231.062 vagas, ou seja, há 231.062 pessoas a mais do que o próprio sistema carcerário pode suportar, causando, assim, a superlotação.

Também segundo o mesmo instituto, agravando ainda mais tal situação, há pelo menos 250.213 pessoas que estão presas sem condenação, o equivalente a 41% do total de presidiários. Isso demonstra uma clara violação da maioria dos direitos citados acima, bem como torna degradante a situação dos indivíduos que aí se encontram.

Devido à superlotação, existem problemas como o racionamento de água, a insalubridade, a falta de ventilação, falta de atendimento médico, alimentação precária, violência interna, ausência de atividades educacionais, o aparecimento de doenças, entre vários outros, que praticamente anulam a chance de ressocialização e recuperação do detento.

Fica evidente que a pena imposta ao indivíduo desviante vai além do que seria suficiente e necessário, como reza o artigo 59 do Código Penal Brasileiro. Afinal, ela possui caráter degradante, que não só prejudica fisicamente o preso, bem como afeta sua personalidade, contrariando totalmente o Princípio da Humanidade da Pena, já que não o trata como ser humano, mas sim como peça fora da sociedade.

Além desses problemas institucionais, há a ocorrência da prática de tortura pelos agentes públicos dentro desses estabelecimentos, como apontou o relator especial da ONU, Juan Méndez em seu Relatório acima mencionado. Segundo ele, que visitou várias penitenciárias, a tortura faz parte do cotidiano desses locais, nos quais há o emprego de choques elétricos com pistola laser, sufocamentos com saco plástico e água, e espancamentos com cassetetes.

Para Juan Méndez, essas ações são herança da Ditadura Militar, época em que, como já mencionado, a prática de tortura era a arma mais poderosa do Estado. Ele também afirma que não encontrou nenhuma prova de que tais crimes foram investigados, não houve sequer uma condenação pelo crime de tortura, o que permite, dessa forma, a perpetuação de tais infrações por parte dos agentes, os quais sabem que ficarão impunes.

Essas medidas, consideradas um castigo ao preso, são evidentemente desproporcionais e desumanas, contrariando o artigo 5º, incisos XLVII e XLIX, que proíbe penas cruéis e assegura a integridade física e moral dos presos,

respectivamente. Portanto, ao invés de trabalhar para a recuperação do indivíduo, de modo que ele volte a conviver em sociedade, o Estado perpetua sua marginalização.

No dia 22 de junho desse ano, aconteceu o 2º Seminário sobre Tortura e Violência no Sistema Prisional e no Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas - Atuação no Poder Judiciário no enfrentamento à Tortura, acolhendo como tema a Tortura no Brasil e as Perspectivas de Atuação no Judiciário no seu Enfrentamento, e o objetivo é fazer com que haja a prevenção, identificação e o combate à tortura, bem como oferecer oficinas para que os magistrados sejam devidamente treinados e troquem informações uns com os outros.

Flávia Piovesan, Secretária Especial de Direitos Humanos e palestrante do evento, defendeu que os agentes públicos adotam a tortura com o objetivo de obter informações, confissões e castigos, sendo de suma importância que esses atos sejam identificados e punidos. Afirmou ainda que, em um ano de funcionamento, as Audiências de Custódias, implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça, registraram mais de duas mil denúncias de torturas e maus-tratos a pessoas presas em flagrante no Brasil.

Tal fato só comprova que a tortura não é uma medida punitiva ou instrumento processual deixado nos tempos antigos, ela ainda é utilizada intensamente todos os dias dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, condenando ao fracasso o sistema penal, o qual é incapaz de cumprir sua real função.

No entanto, há intensa aprovação da massa popular para que os detentos continuem a ser tratados de tal maneira e para que haja, também, a pena de morte. Essa irracionalidade demonstra que a violência está enraizada na cultura brasileira, sobrepondo-se a todo desenvolvimento e a todo direito conquistado, negando a própria Constituição Federal.

A sociedade não se contenta com a punição juridicamente estabelecida ao agente de um crime, não acredita que tais pessoas possam ser reinseridas novamente na coletividade. Pelo contrário, nega qualquer possibilidade que tais indivíduos sejam considerados sujeitos de direitos e deveres, e, por isso, devem ser expulsos do convívio social.

Esse pensamento ajuda com que a prática de tortura continue a acontecer no tratamento dos que estão sob o poder da autoridade pública como se

fosse uma espécie de legitimação indireta da sociedade. No entanto, qualquer pena cruel, seja física ou moral, é também um crime e não soluciona o problema em si, mas permite que o sentimento de vingança se prolongue.

A tortura, sendo uma imposição de dor como um castigo, agride a personalidade do ser humano, bem como degrada toda e qualquer dignidade, seja do torturador como do torturado. Submeter alguém a tratamento cruel e desumano não é nem de longe algo que deveria ser pautado como forma de reprimir alguém.

Com a impunidade dos crimes de tortura e maus tratos dentro do sistema prisional, a dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral dos presos são diariamente violadas, o que afeta não só os envolvidos diretamente, mas também toda a sociedade e suas garantias e direitos.

A prática de tortura é um verdadeiro obstáculo à democracia e a uma sociedade justa, constituindo-se em uma transgressão e um retrocesso na evolução e conquistas de direitos, dando espaço à violência e à falta de racionalidade e compreensão humana, o que é extremamente semelhante ao que acontece nas comunidades pouco civilizadas, nas quais a brutalidade vence qualquer intenção de paz.

3. TEORIAS DA PENA

A prisão sempre esteve ligada ao Direito Penal, porém no início era somente um instrumento com caráter de custódia para garantia da integridade do réu até o momento de seu julgamento ou execução. Com o passar do tempo é que adquiriu o caráter de castigo. Porém com o surgimento do Iluminismo passou-se a observar a necessidade das penas considerarem a dignidade da pessoa humana, objetivando a ressocialização do criminoso, ou seja, adequar a prisão aos fins da pena. Assim, traz Carvalho (2013, p.227):

O Estado, intervindo na repressão, deveria respeitar os direitos humanos, mas ao invés disso, ele vai de encontro à lei, ofendendo o direito de todos os envolvidos no conflito, fazendo com que a vítima sofra uma revitimização (vitimização secundária), onde apesar de ter sido vítima de um delito, ainda precisa se expor durante todo um processo.

Entretanto, apesar da pena de prisão ter sofrido melhorias a fim de fornecer maior dignidade, continuou se mostrando completamente ineficiente como instrumento de controle social, pois não viabilizava a reabilitação dos presos e, mesmo assim, a prisão continua sendo a principal resposta que o Estado dá aos crimes cometidos, deixando de lado a questão do se, do porquê e do como punir, mesmo a doutrina e a prática penal já falando em penas alternativas e substitutivos penais.

Conforme Saliba (2009, pp.43-44) a ideia da aplicação de pena ser a única forma de resposta pelo Direito Penal foi tão determinante em seu desenvolvimento, que o entendimento é que sem a pena não existe o Direito Penal, restando como alternativa a discussão sobre os fins da pena e sua legitimação, e, nesse momento, as teorias dividem-se em dois grandes ramos, quais sejam, as teorias absolutas, que projetam a pena como um fim em si mesma, e as teorias relativas, que compreendem a pena, nas palavras do autor: como meio para realização de um fim utilitário de prevenção de delitos futuros.

Contudo, tais teorias sofreram críticas posteriormente no tocante a não serem suficientes, então foram desenvolvidas teorias mistas da pena, que conciliam elementos de ambas as teorias em um sistema que conecta as funções preventivas e retributivas, porém o resultado foi uma teoria inconsistente. Posteriormente surgem na doutrina as teorias da pena baseadas na adoção de uma visão de prevenção geral positiva das penas, na qual a pena assume o papel de preservação e afirmação do sistema social e a função de reafirmar a vigência das normas do Estado, fortalecendo a confiança da sociedade nesse sistema, o que também resultou em críticas.

Subsequente a isso, o sistema penal entrou em crise, o que resultou no surgimento das teorias abolicionistas da pena e a teoria agnóstica da pena, que sustentam a necessidade da limitação e redução do próprio sistema. Ferrajoli (2006, p.230) questiona: “[...] em que se baseia este poder não poucas vezes chamado de pretensão punitiva ou de direito de punir?” Assim é necessário retomar as teorias da pena e suas diversas funções e finalidades, a fim de perceber até que ponto a intervenção estatal repressiva encontra a legitimidade.

a) Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena: para esta teoria a legitimidade da pena é apriorística, ou seja, é desvinculada de fins, a pena é somen-

te uma retribuição válida para o mal causado pelo infrator. Conforme Busato (2013, pp.252-253), “a ideia fundamental do retribucionismo é a concepção da pena como um mal, e esse castigo, de algum modo, visa a contraposição a outro mal que é o crime”.

Não existe finalidade social, apenas o castigo aplicado ao infrator pelo cometimento do crime, ou seja, essas teorias legitimam o poder de punição do Estado. A teoria retributiva não se dissocia da ideia de vingança, o que impossibilita a socialização do criminoso e a restauração da paz jurídica de uma sociedade afetada pelo crime. Os principais defensores desta teoria são Immanuel Kant e Friedrich Hegel.

Kant (1999, pp.165-174) afirma ser relevante somente a realização da justiça pública, sendo esta uma retaliação imposta na medida do crime cometido, desde que a punição tenha vindo do Estado, não tendo nenhuma importância se a pena traria consigo algum benefício tanto para o infrator, como para a sociedade. Assim, vale mencionar a obra de Bobbio (1997, p.70), quando diz que o direito e a moral se diferenciam pelo fato do direito ameaçar com coação àquele que violar uma norma, qual seja o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro conforme uma lei universal de liberdade. Logo, quando Kant defende essa teoria que tem como parâmetro a lei de Talião, defende a manutenção de uma justiça coletiva, tida como uma liberdade não impedida pela liberdade dos outros.

Em Hegel (2005, p.101-108) a pena adquire um caráter mais jurídico, ao passo que defendia que a pena deveria ser proporcional ao crime cometido, visando o reestabelecimento da ordem jurídica. Assim:

A pena que afeta o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira de a sua liberdade existir, o seu direito. Necessário ainda acrescentar que, com relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito: está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Este ato, porque vem de um ser de razão, implica na universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve sujeitar como ao seu próprio direito.

Para o autor, o criminoso merece ser punido na mesma proporção em que ignorou o direito, pois tinha conhecimento que sua atitude era ilícita. Aqui o que define a intensidade da pena aplicada é a ação empregada através da culpabilidade do criminoso. A punição é a reestabilização do Direito.

Ambos autores defendiam que a pena não necessitava prevenir outros crimes ou ainda, corrigir o infrator, bastando apenas puni-lo proporcionalmente ao crime cometido. Podemos citar ainda, outros autores que defendem essa teoria, como Carrara, Welzel, Mezger, que, em suas obras, apontam a pena como uma punição justa pelos crimes cometidos e, ainda, limitada em si mesma. A ideia defendida por Hegel, ou seja, a teoria retributiva, difere um pouco de Kant no tocante a tentar buscar a proporção entre a aplicação da pena e o crime, ou seja, busca equivalência entre o delito e a pena de certa forma, embora não aceite a pena possuir uma justificação que não seja voltada ao ser humano praticante do delito. Como deixa claro Roxin (1998, p.17), os retribucionistas não dizem por que se deve punir, mas tão somente que se houver um crime, com uma pena terá de se retribuir, sejam quais forem os critérios, o que torna o Direito Penal um mero instrumento de vingança que alimenta o irracionalismo.

Assim sendo, em um Estado Democrático de Direito é inconcebível a aplicação de pena alheia a qualquer fim social, não sendo possível defender nos dias de hoje uma visão retribucionista da pena.

b) Teorias Relativas da Pena: essas teorias surgiram com o ideal de retribuir o crime cometido com aplicação de pena proporcional, ou seja, inibir a ocorrência de novos delitos através da própria pena. Entende-se que a sanção preserva a sociedade, conforme Bitencourt (2011, p.106), se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir.

A Teoria Relativa da Pena se divide em: Teoria Preventiva Geral e Teoria Preventiva Especial.

1. Teoria Preventiva Geral: esta vertente é baseada na coação psicológica de Feuerbach, ou seja, na intimidação em cometer um crime devido à sanção que poderia ser imposta, seja pelo sofrimento que a pena causaria, seja pela

imagem de reprovação que a pena representa perante o Direito e a sociedade. Busato (2013, p.223) observa que a prevenção geral traduz a ideia de que é necessário prevenir-se da ocorrência de novos delitos que podem surgir de qualquer âmbito da sociedade, ou seja, que não possuem fontes definidas. Idealiza-se o castigo como um exemplo, como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de um prejuízo.

Deste modo, as pessoas só se sentiriam coagidas efetivamente se acreditassem na efetividade do aparato persecutório do Estado. Ou seja, a prevenção ocorre em dois momentos, quais sejam, a criação da expectativa de punição a ser imposta sobre aqueles que cometerem os delitos, e em um segundo momento, após a consumação, a efetiva imposição da sanção, o que valida a ameaça inicial.

Uma das críticas feitas a essa teoria é que a persecução penal não alcançaria os criminosos, e a pena seria destinada a toda a comunidade, e conforme Shecaira (2002, p.131), outro ponto que merece atenção é basear o sistema punitivo estatal no terror, o que afasta a proporcionalidade entre delito e pena ao estabelecer que quanto maior a pena, mais eficiente ela seria. Um Estado Democrático de Direito não pode permitir que sejam aplicadas penas a algumas pessoas com a finalidade de se manipular a conduta do restante da sociedade.

2. Teoria Preventiva Especial (positiva e negativa): para a Teoria Preventiva Especial, o Direito Penal seria a cura para o criminoso, seria a reeducação e o tratamento para os infratores, evitando que voltem a cometer atos ilícitos. Roxin (1998, p.20) afirma que essa teoria ocorre de três formas: corrigindo o incorrigível, isto é, ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis.

De modo geral, esta teoria é baseada na periculosidade individual do apenado, e busca a sua neutralização e/ou eliminação, e quando este fim é alcançado, está garantida a integridade do ordenamento jurídico em relação ao criminoso, que é possuidor de um desvio de conduta e comportamento que só será corrigido com a aplicação da sanção realizada no cárcere, através de me-

didadas de reeducação, ou seja, a pena justa é a pena necessária.

Atualmente, a Teoria da Prevenção Especial possui duas vertentes: a positiva e a negativa. A Teoria Preventiva Especial Positiva tem como objetivo principal a ressocialização do indivíduo, ou seja, corrigir o infrator por meio da análise de suas características individuais e evitar a reincidência. É a busca por uma melhor individualização da pena, por um caráter mais humanista. Por outro lado, a Teoria Preventiva Especial Negativa tem como ideia central a eliminação ou neutralização do criminoso por meio da segregação social, ou seja, por meio da prisão. O objetivo aqui é minimizar até tornar nulo o perigo de reincidência.

Ambas teorias poderiam acabar por legalizar um Estado sem limites, pois a punição dos criminosos resultaria em aplicação de penas cada vez mais severas sob a luz do discurso da necessidade de ressocializar ou reestabelecer a organização social, evitando o cometimento de novos crimes.

c) Teorias Mistas ou Unificadoras: essa linha da doutrina surgiu como alternativa às Teorias Retributivas e Preventivas, e nada mais é que uma junção dos aspectos positivos de ambas, quais sejam, o caráter preventivo e o aspecto retributivo da pena. Essa teoria observa que existem pontos aceitáveis em cada teoria anterior a ela, entretanto a tentativa de anular os pontos negativos de tais teorias pode resultar no fracasso.

Para Bitencourt (2011, p. 108), nem as teorias preventivas, nem as retributivas conseguem explicar quais os comportamentos em que o Estado tem legitimidade para intimidar, e que as teorias mistas tratam de forma diferenciada os fundamentos e finalidades da pena. Junqueira (2004, p.99) defende que a indefinição da teoria é muito grande e dependerá da tendência ideológica do autor e da política da época em que for desenvolvida. Enquanto isso, Santos (2005, p.12) discorre sobre o assunto, trazendo que a intenção das teorias unificadas é superar as deficiências individuais de cada teoria através da retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor, e prevenção geral negativa através da intimidação

de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica.

A finalidade da pena está claramente definida, visando tanto a punição do criminoso pelo fato cometido, como evitar que novos crimes ocorram através da intimidação e reforço na confiança da ordem jurídica, sendo dever do legislador e do julgador decidir se naquele caso deve prevalecer a manutenção da ordem social.

Destarte, a pena é a retribuição jurídica justa que objetiva a manutenção das condições necessárias para a vida em sociedade, afirmando que as teorias absolutas e relativas não são suficientes para abranger o campo da pena e do crime, apesar de acabar por não resolver a problemática, haja vista apenas reutilizar os conceitos das teorias ora citadas. O Código Penal Brasileiro adota a teoria unificada, por exemplo, em seu artigo 59, em que determina que a aplicação da pena se dará “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Dentre as teorias dominantes, destaca-se a Teoria dialética unificadora de Claus Roxin, a qual diz que o Direito Penal acontece através da cominação, aplicação e execução.

d) Teoria da Prevenção Geral Positiva: todas as teorias apresentadas anteriormente sofreram críticas ao não apresentarem soluções satisfatórias, assim a doutrina passou a buscar uma análise externa do sistema punitivo, ou seja, uma nova forma de ver a pena e aplicá-la como forma de reafirmação das normas para a sociedade, podendo-se dizer que a finalidade é criar um motivo que afaste os potenciais criminosos do crime sob a certeza de punição grave.

Os argumentos que regem a teoria da prevenção geral estão intimamente conectados à função do sistema penal, qual seja, tutelar os bens jurídicos, por isso sustenta que sua atuação frente a sociedade deve ser preventiva. Existem duas vertentes denominadas de fundamentadora e limitadora, as quais divergem no tocante as diretrizes fundamentais da pena, conforme trazido por Busato (2013, p.244). Deste modo, a pena inibe o crime por receio da consequência (prevenção geral negativa) e reforça a confiança no Estado e na eficácia de suas normas (prevenção geral positiva).

1. Prevenção Geral Positiva Fundamentadora: o maior representante da prevenção geral positiva é Günther Jakobs (1997, p.9 e ss.), que entende que o Direito é legitimado a partir do momento em que a sociedade o aceita, haja vista que o próprio Direito é um sistema. O autor afirma que tendo ocorrido um delito, é obrigação de o Estado imputar uma pena aos responsáveis, apenas pelo fato de um direito ter sido violado, ou seja, a pena nada mais é que a maneira de reafirmar para a sociedade a validade da norma violada.

A teoria de Jakobs pode ser traduzida como o direito penal do inimigo, já que a pena não possui nenhuma função em relação aos criminosos, pois são inimigos da sociedade, e a função do Direito é somente em relação a esta. O que existe aqui é um verdadeiro distanciamento da busca por justiça.

2. Prevenção Geral positiva Limitadora: aqui o maior representante é Hassemmer (1984, p.393) que defende ser necessária existência de uma ordem social que mantém sua ordem através do sistema penal, aqui visto como um mecanismo de controle. Já as normas têm a validação de acordo com a aceitação da sociedade e com função de melhorar sua convivência.

Como na vertente descrita anteriormente, se parte da premissa que uma violação é passível de sanção, a intenção é que as normas mantenham seu caráter de vigência. Mas tais normas são o limite para a sua própria aplicação, já que são aplicáveis também aos que a impõe, ou seja, o controle deve ser aplicado em face do mesmo sistema de controle social.

Ambas as teorias sofreram críticas, pois a pena é justificada com base em apenas um de seus efeitos, além, de se basear exclusivamente nos efeitos para sua justificação, ou seja, ignora os demais efeitos e não há uma inovação em relação às demais teorias já elencadas.

e) Teorias Criminológicas da Pena: como observado, todas as teorias apresentadas sofreram críticas juntamente ao sistema penal no que se refere a ser mesmo um instrumento eficaz de controle social, já que por vezes é a principal fonte de criminalidade, razão pela qual surgem os discursos de minimização

ou abolição do Direito Penal através da Teoria Materialista Dialética e a Teoria Agnóstica, objeto central desse trabalho.

1. Teoria Materialista Dialética: foi proposta pelo professor Juarez Cirino dos Santos (2008, p.477), o qual defende que o objetivo desta é demonstrar as funções reais da pena, quais sejam, garantir a reprodução da organização social capitalista dentro do sistema penal aplicando a pena de maneira equivalente. Baratta (2002, p. 207) defende que:

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio.

Isto é, a utilização do sistema penal como forma de reafirmação e manutenção do modelo de produção capitalista, de modo que a punição adquiria função de criação de uma mão de obra adaptada às condições de produção fabris, pode-se dizer, a opressão das classes menos favorecidas diante o sistema penal, resultando em correção individual e intimidação coletiva. Para essa teoria são necessárias mudanças nas bases da sociedade, e a intervenção do sistema penal ocorreria somente em prol de alguns interesses sociais.

3.1 TEORIA AGNÓSTICA

Finalmente chegamos ao ponto de destaque do trabalho, a teoria com base em Zaffaroni e Nilo Batista, autores que afirmam que o Estado de Direito e o Estado de Polícia representam extremos que convivem de maneira desarmônica entre si. Como Estado de Direito ideal entenderemos aquele em que a vontade da maioria deve predominar, sem nunca desprezar os anseios da minoria, ambas tem que aceitar e obedecer as regras previamente estabelecidas.

Nesse raciocínio, todos são iguais, mas têm que compreender os campos do possível e melhor, tendo como base a fraternidade, para que as decisões afetem o menos possível os membros da sociedade, enquanto o Estado de Polícia é sinônimo de administração e governo, no qual apenas uma classe social decide o que é melhor e o expressa através das leis, o que exige com que todos sejam submissos. Há castigos para que a conformação aos ditames superiores seja aceita, chegando-se a tutelar as ações autolesivas. A obra de Foucault (2012, p.242) traz provocações a respeito do poder disciplinar:

A prisão, esta região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agrada-decida por isso.

Por conseguinte, o poder é exercido mediante uma vigilância difusa e anônima. O poder punitivo do Estado de polícia deve ser contido para que a segurança jurídica possa ser ampliada, logo, a Teoria Agnóstica é uma teoria negativa das funções declaradas ou manifestas da pena criminal, expressas na prevenção geral e especial. Em sua obra, Zaffaroni (2003, pp.87-99) identifica quais são as características da pena, partindo de uma distinção entre as funções manifestas e latentes, a conclusão é que a função da pena é excluir a vítima do conflito, e entende que as teorias que buscam justificações para a pena tentam buscar elementos positivos que não existem na realidade. Conforme palavras do autor, a pena é uma coerção que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes, e em sua visão as teorias da pena são absolutamente dispensáveis e é necessária uma reconstrução do Direito Penal baseado na redução da violência do exercício do poder, por esse motivo a Teoria Agnóstica também recebe o nome de Teoria Negativa, ao passo que nada mais é que uma perspectiva negativa das funções da pena.

Busato (2013, pp.257) observa que os defensores desta teoria apre-

sentam como resposta aos problemas a reinserção da vítima na resolução de conflitos por meio da via reparadora, concernindo ao Direito Penal atuar apenas quando tal via for insuficiente, aí então ocorrerá a formalização efetiva do conflito. Logo, o que se vê é uma maior atuação do Estado de Direito, trazendo a vítima para a resolução do conflito, e uma consequente limitação do Estado de Polícia e do poder punitivo estatal.

Isto posto, o alicerce da Teoria Agnóstica é exatamente essa tensão entre o estado de polícia e o estado de direito, pois o primeiro quer sua expansão, e o segundo luta para deter as forças do primeiro que existem em seu próprio interior. A Teoria Agnóstica entende a pena como um ato de poder político e não jurídico, conforme Zaffaroni (2003, pp.98):

Não se transpõe este atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma teoria negativa ou agnóstica da pena: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar. A questão é como obter um conceito de pena sem apelar para as suas funções manifestas. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo através de suas funções latentes, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade.

Ou seja, essa teoria sustenta que as teorias jurídicas positivistas baseadas em funções declaradas da pena sejam falsas ou não generalizáveis, e mostra suas funções reais e ocultas com a intenção de limitar o estado de polícia. Segundo Tobias Barreto (1892, pp.177):

O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra. Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica.

A pena nada mais é que uma coerção que priva direitos ou inflige dor, não repara ou restitui lesões em curso, e muito menos neutraliza perigos iminentes à sociedade. A esse respeito adverte Salo de Carvalho (2011, p.145) que a pena é uma realidade política que simboliza a negação do direito. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição da violência e imposição incontrolada de dor. Não obstante seu caráter incontrolável, desproporcional, e desregulado reivindica limite no âmbito das sociedades democráticas.

A ideia de a teoria ser negativa remete a dois pontos, quais sejam não conceder nenhuma função positiva à pena, e ser meio de coerção estatal aplicado através de exclusão, pois não é reparador, tampouco administrativo direto. Ou seja, as funções declaradas da pena são rejeitadas nas demais teorias. O Estado é a força legítima para prática da violência, escondendo-se em um discurso de manutenção do poder e interesses da classe possuidora dos meios de produção, quer dizer, encobrir os conflitos de interesse entre as classes sociais, e o que a Teoria Agnóstica pretende é desmascarar isso, pretende-se uma alternativa à própria política criminal, nas palavras de Zaffaroni (2010, p.89):

O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

A intervenção estatal impede que existam respostas que não sejam punitivas, agregando muitas vezes riscos e danos aos envolvidos, como podemos citar a tutela criminal em ações autolesivas como aborto. O Sistema Penal é incoerente, reproduz a criminalização, e é uma ilusão quanto a solução de conflitos, para a teoria negativa a prisão apenas reproduz o sofrimento. Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva (1997, p.1) afirmam que:

A teoria do abolicionismo penal sintoniza-se com o presente, evitando dicotomias e discriminações, mas, principalmente, procura mostrar que a sociedade sem o sistema penal já existe. As pessoas, no cotidiano, encontram soluções pacíficas para os acontecimentos, principalmente através de mecanismos conciliatórios e compensa-

tórios, que dispensam qualquer intermediação do sistema penal.

Foucault (2012, pp.36 e ss.) afirma que o poder disciplinar é um fenômeno novo, que molda o corpo de maneiras mais profundas e detalhadas que a coerção física e, ao privar alguns da liberdade, a prisão acaba por produzir a criminalidade, além de punir. O Abolicionismo penal objetiva a despenalização, para que a solução dos conflitos da sociedade seja buscada em outros ramos do Direito, ou seja, é uma resposta alternativa à crise do sistema penal.

Um dos maiores problemas do sistema penal consiste na situação em que estão inseridas as instituições encarregadas de garantir a segurança pública, ou seja, contaminadas pelos longos períodos de submissão a regimes autoritários, e não existiu uma mudança realmente significativa nessa cultura repressiva, apesar do Brasil viver em um regime democrático a mais de 20 anos, o modelo de controle social utilizado é baseado na violência, e ainda encontram-se práticas que podem ser caracterizadas como tortura. O que difere a tortura praticada em tempos de exceção e a tortura praticada atualmente é o perfil das vítimas e o tipo de justificativa legitimadora.

No Brasil existe um Estado de Direito, tanto do ponto de vista formal, como do ponto de vista material para a parte incluída socialmente na população. Por outro lado, a população excluída socialmente existe o Estado de Direito formal e um Estado de Polícia permanente e ilegal, responsável pelo controle social. Conforme visto anteriormente, o Estado de Polícia deve surgir quando o Estado de Direito se fragiliza, todavia, o que acontece na realidade brasileira é uma constante submissão de uma parcela da sociedade às arbitrariedades e violências de toda ordem, isto é, uma democracia seletiva, nas palavras de Oliveira (1994, pp.13): o próprio policial sabe que tudo pode “contra qualquer favelado, mas é praticamente impotente quando se trata de reprimir os excessos de qualquer cidadão bem nascido”.

Um dos pressupostos basilares do Estado de Direito é a não admissão de medidas de exceção em estado de normalidade, então por que existe essa seletividade hipócrita no que se refere à arbitrariedade dos agentes policiais?

Como já exposto anteriormente, não se pode negar que a sociedade legitima a violência contra os criminosos, baseada em vingança e por se identificar apenas com as vítimas do delito, deixando a ética de lado, e aceitando que se utilize de meios ilegítimos para ser restituído e sentir-se vingado contra

aqueles que infringiram as normas, o que pactua com os discursos punitivos sobre inimigo público, o qual perde a sua condição de pessoa, tornando-se a personificação do mal a ser combatido. Essa legitimação da violência surge no momento em que o Estado não cumpre a sua função de garantir a segurança e a propriedade dos bens do cidadão e mantém uma sociedade extremamente desigual em relação a distribuição de renda. Beccaria (2004, pp.19) teceu sua crítica à crueldade praticada pelo Estado em nome da sociedade:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante da segurança. A soma dessas partes de liberdade assim sacrificadas ao bem geral, constituía a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado soberano do povo. Desse modo somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade, disso advém que cada qual apenas concorda em por no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante, A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.

A pena tem ultrapassado o limite do delito e, apesar de possuir o direito de punir, o Estado não pode retirar dos criminosos sua humanidade. De acordo com Brandão (2002, p.24), na fase anterior, a humanização da pena tinha o propósito de intimidar o praticante do delito e não havia nenhum respeito à dignidade humana, que possui na verdade um absoluto caráter de vingança. Por conseguinte, mencionamos Foucault (2012, pp.55), que trata das reformas e o processo de humanização da pena, a qual deve desviar o homem do crime.

Piovesan (2002, pp.55) ensina que o princípio da dignidade humana é o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, e é entendido como critério e parâmetro de valoração a orientar, interpretar e compreender o sistema constitucional. Deste princípio surgiu o já mencionado princípio da Humanidade das sanções, o qual impede que sejam elaboradas leis infraconstitucionais que estabeleçam mecanismos de punição atentatórios aos direitos fundamentais da pessoa humana. Esse princípio é um dos maiores ganhos do

ser humano, está relacionado diretamente ao seu próprio existir.

Como dito anteriormente, as diferenças sociais no Brasil são gigantescas e em vista disso, grande parte da sociedade enxerga a população carcerária como privilegiados, pois recebem moradia, alimentos e vestimenta custeados pelos impostos dos cidadãos livres, conforme ensinamento de Santos (1999, pp.4), os presos são vistos como aqueles que recebem benefícios imerecidos. Estes benefícios causam injustiças aos outros, pois recursos têm de ser desviados de outros grupos. Assim os presos provocam privações imerecidas a outros grupos. Deste modo, a prisão que deveria ser uma punição, sofre uma redefinição: é entendida como um tipo de benefício.

Zaffaroni (2007, pp.18) menciona um “processo de demonização” a que o preso é submetido, pois é encarado como inimigo da sociedade e por esse motivo, não mais é digno de amparos pautados na dignidade da pessoa humana. O que não se pode esquecer é que apesar daquele cidadão estar privado de sua liberdade, ele mantém sua condição de pessoa humana, a qual é inerente a sua própria condição. Nesse contexto, a discussão versa sobre o tratamento recebido pelos apenados, como por exemplo, serem mantidos em celas superlotadas e anti-higiênicas, qual seja a realidade de todo o Brasil, seguido dos abusos praticados pelas autoridades em relação àquela parcela da população excluída socialmente e a realidade de aceitação da prática dessa violência por parte da população incluída socialmente, logo, a aplicação da pena privativa de liberdade não gera a ressocialização, e sim cultua um tratamento desumano, degradante, cruel, com certeza, atentatório à dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Prisional Brasileiro é seletivo e desigual, apresenta um caráter crimínogeno e dessocializante, ou seja, atinge uma determinada parcela da sociedade que é excluída socialmente, razão pela qual a sua aplicação deve ser minimizada. O que temos hoje é um poder punitivo repressor, controlador, disciplinador, militarizante e seletivo.

Apesar do enfoque das teorias penais positivas como as de retribuição e prevenção, seus discursos criminológicos e suas promessas legitimadoras não são cumpridas, o que acontece, na realidade, é uma reprodução das relações de

desigualdade, uma maneira de controle e estigma dos excluídos socialmente. As teorias que buscam justificar a pena apenas legitimam o poder estatal arbitrário e violento, uma vez que, na prática, não existem frutos positivos.

Apesar de estarmos em tempos de valorização do punitivismo, o pensamento criminológico tem que buscar uma penologia crítica focada na proteção dos direitos humanos, uma vez que a pena é o centro do Sistema Penal, e tem deixado de lado toda a sua função social, que foca apenas em mostrar para a sociedade que a prisão é um instituto funcional, não importando o que tenha que ser feito para tal.

Por todo o exposto, a adoção do referencial da Teoria Agnóstica da Pena abre possibilidades de reflexão a respeito de mecanismos concretos para um estreitamento do poder punitivo e uma contenção da violência explícita que ocorre dentro dos presídios, pois ao aceitar práticas deslegitimadoras e que compreendem a justificação somente política da pena, abre oportunidades de incorporação e respeito da lógica humanitária internacional dos direitos humanos garantidos em lei e, concomitantemente, uma possível minimização do devastador controle social punitivo, cabendo aos juristas conduzir as possibilidades teóricas e críticas rumo a uma melhor direção no funcionamento do sistema penal, pois muitas vidas são encarceradas, senão retiradas, sem a ínfima chance de defesa. Em suma, a teoria propõe que sejam observados os requisitos previstos no ordenamento jurídico para que a violência arbitrária do estado seja contida, e os direitos humanos sejam respeitados, para que tanto os apenados, como a sociedade tenham melhores respostas na busca da ressocialização e redução da criminalidade no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECARRIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas.** São Paulo: RT, 1993.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1997

BORGES, José Ribeiro. Tortura: aspectos históricos e jurídicos. O crime da tortura na legislação brasileira: análise da lei nº 9.455/97. Campinas: Ed. Romana, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático.** 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral.** v. 2. São Paulo: Saraiva, 1957

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Pena e garantias.** 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – **Relatório da Comissão Nacional da Verdade** – 10 de dezembro de 2014. Volume 01, parte 03, capítulo 07. Quadro conceitual das graves violações, pp.278-299. Disponível em:

<<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo7/Capitulo%207.pdf>>

Acesso em:10.09.17.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalheite. 40.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos delDerecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2005

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos e teoria de La imputación.** 2. ed. Corrigida. Tradução de Joaquin CuelloContreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. São Paulo: Manole, 2004

KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. Tradução e notas de Adela Cortina Orts e Jesús Cnill Sancho. 3 ed. Madri: TECNOS, 1999

MATTOSO, Glauco. **O que é tortura**. São Paulo: Nova Cultural, Brasiliense, 1986.

MEZGER, Edmundo; RODRIGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. **Tratado de derecho penal**. 2 v. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949

OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura**. São Paulo: Brasiliense, 1994

PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008,

_____. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: [s.n.], 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1927. **O inimigo no Direito Penal**. Trad.: Sérgio Lamarão, 2. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

*Lara Lorrany Pacheco dos Santos*¹
*Letícia Ribeiro de Moraes*²

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF) modificou o seu entendimento jurisprudencial, na decisão do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, a respeito da execução de sentença penal condenatória após o duplo grau de jurisdição, admitindo, então, a execução da pena antes que pudessem se esgotar os recursos especial e extraordinário. A respeito disso, o presente artigo busca explicar a problemática sobre como esta decisão interfere nos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal (CF/88) e pelos Pactos e Tratados Internacionais assinados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Constatamos, através de pesquisa bibliográfica ampla e qualitativa, que a referida decisão entra em conflito com um conjunto de princípios, que são garantias processuais, e com dispositivos positivados no contexto legal do Brasil. Dessa forma, conclui-se que, apesar da autoridade de guardião da Constituição, o STF deve interpretar as normas de maneira a não restringir nenhum direito, para que não haja retrocesso nas conquistas advindas da Constituição Federal de 1988 e de todos os Tratados dos quais o Brasil é signatário.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal. Presunção de Inocência. Devido Processo Legal. Violação dos Direitos. Garantias Fundamentais.

¹ Graduanda do 4º período de Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Frutal

² Graduanda do 4º período de Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Frutal

INTRODUÇÃO

Apesar de parecer um tema clichê e já esgotado de discussões, o Princípio da Presunção da Inocência ainda gera muitas discussões entre aqueles inseridos na realidade forense. A prisão, principal aspecto desse princípio, ainda não se encontra consolidada, pois afeta diretamente um dos principais direitos fundamentais: a liberdade.

O objetivo desse trabalho é analisar como a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, proferida em 17 de fevereiro de 2016, afeta a liberdade das pessoas, bem como a adoção da execução provisória da pena fere diversos princípios fundamentais, dentre eles o Princípio da Presunção da Inocência, o do Contraditório e da Ampla Defesa.

O cumprimento da pena após condenação em segunda instância foi defendido pelo ministro do STF, Teori Zavascki, o qual afirmava que todos os elementos fáticos e provas são analisados até o duplo grau de jurisdição e, portanto, a interposição de recursos perante aos Supremos Tribunais seria apenas uma forma de protelação do processo. Porém, o que não foi considerado durante esse julgamento, foi o fato de que a decisão acarretaria um enorme retrocesso e feriria o Princípio da Vedação ao Retrocesso.

A importância do presente artigo decorre do impacto que a mudança no entendimento jurisprudencial do STF causa em diversos processos criminais, uma vez que tribunais de todo o Brasil poderão passar a expedir mandados de prisão baseados na decisão do guardião da Constituição Federal, o qual não cumpriu corretamente o papel atribuído a ele, pois estudos comprovam que grande parte dos réus têm suas sentenças condenatórias revistas em recursos ordinários e extraordinários.

Para chegar às conclusões presentes aqui, caracterizamos às competências do Supremo Tribunal Federal e analisamos princípios e institutos norteadores do Direito, finalizando com uma análise mais detalhada a respeito do *Habeas Corpus* que gerou essa mudança jurisprudencial tão discutida.

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O PAPEL DO STF ENQUANTO DEFENSOR E INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário brasileiro caracterizado como guardião da Constituição Federal pelo artigo 102, caput, da Carta Magna³, o qual também dispõe sobre as competências desse órgão.

É composto, de acordo com o artigo 101, da Constituição Federal de 1988⁴, por onze ministros indicados pelo Presidente da República, que devem ter, obrigatoriamente, entre 35 e 65 anos, além de reputação ilibada e notável saber jurídico, e serem brasileiros natos, vide artigo 12, § 3º, IV da Constituição. Isto é, não ocorre por concurso, e sim por nomeação. Após indicação, os ministros devem passar por sabatina e serem aprovados na votação do Senado Federal, por maioria absoluta.

As competências outorgadas pela Constituição Federal de 1988 se dividem em originárias e recursais. Dentre as 15 originárias, compreende-se julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição; a ação direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade da lei ou norma; a extradição solicitada por Estado estrangeiro; e o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados Federais, os Senadores, os Ministros e o Procurador-Geral da República, nas infrações penais comuns.

Dentre as competências recursais, ainda há a divisão entre ordinário e extraordinário. Trata-se de casos que chegam à cúpula do Poder Executivo por meio de recursos. O ordinário é interposto em casos de crime político e de requerer *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e o mandado de segurança que correram por uma instância no tribunal superior e denegados. Já o extraordinário é caso a decisão recorrida contrarie dispositivo da CF/88; declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgue válido ato de governo local ou lei contestada em face da CF/88.

³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. 1988. p. 91-93. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. 1988. p. 91. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

Entre suas prerrogativas, a principal é proferir decisão sobre matérias constitucionais, e, através disso, fazer súmulas vinculantes. Súmulas essas que produzem efeitos em relação a todos e tem por fim interpretar as normas para chegar a um consenso sobre sua eficácia e validade. Esse poder foi dado ao STF pela EC n. 45 de 2004, que instituiu o artigo 103-A na Magna Carta.

Porém, assim como todas as leis infraconstitucionais, todas as decisões do Supremo devem estar de acordo com os Princípios e as Regras Constitucionais. Sendo assim, analisaremos, a seguir, como a decisão prolatada sobre o *Habeas Corpus* n. 126.292/SP contraria diversos Princípios Fundamentais e tratados internacionais assinados pelo Brasil.

3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção da Inocência é um princípio constitucional orientador do Estado Social e Democrático de Direito. Também chamado de “Princípio da Não Culpabilidade”, se aplica ao Direito Processual Penal como uma barreira aos abusos do Estado, de forma a proteger os indivíduos e a limitar o poder punitivo estatal. Encaixa-se como uma garantia preventiva, segundo o juiz Wild Afonso Ogawa⁵, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, isto porque tutela a liberdade dos cidadãos, assegurando que o acusado será considerado inocente até que não caiba mais recurso.

Cabe destacar que é o Princípio da Dignidade Humana, quem salva os direitos de liberdade e mais um rol completo de direitos de todos os seres humanos. Logo, o Princípio da Não Culpabilidade decorre do da Dignidade Humana, assim como o do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, os quais também vêm para garantir essa liberdade individual de ir e vir.

O princípio aqui tratado, como constado por José Afonso da Silva, está presente nas constituições da Itália, Espanha, Colômbia e, segundo Ogawa⁶, na Portuguesa. No Brasil, esse garantismo encontra previsão legal no artigo 5º,

⁵OGAWA, Wild Afonso. Princípio da não culpabilidade. Direito Contemporâneo. Revista Online do Curso de Direito da Faculdade Sul-americana, ano 1, n. 1, 2012, p. 72. Disponível em: <http://fasam.edu.br/wpcontent/uploads/2016/07/DC_N_01_NOVEMBRO_2012.pdf#page=53>.

⁶ Idem, loc. cit³.

LVII, da Constituição Federal de 1988, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷. Essa norma constitucional:

Garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assim também o faz a constituição italiana (artigo 27, alínea 2 – embora não por meio de um juízo universal, mas porque particulariza o destinatário da norma em *l'imputato* – o imputado). Usa-se de uma forma negativa para outorgar uma garantia positiva.⁸

É instituído também, pela Organização das Nações Unidas, no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aderida pelo Brasil em 1948 e que dispõe que “todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”⁹. O Princípio da Não Culpabilidade tem, ainda, além da previsão expressa na Constituição e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, amparo legal no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2.¹⁰, cujo texto foi aprovado por meio de Decreto Legislativo em 1992 e tem seu cumprimento integral determinado. E, além disso, tem suporte no artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹¹, de 1966.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. 1988. p 21. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

⁸ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª. Ed. p. 155. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁹ PARIS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU). Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

¹⁰ “Artigo 8º 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. [...]” COSTA RICA. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

¹¹ “Artigo 14.5 Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.” BRASIL. Presidência da República. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

Desse princípio, tem-se como consequência, então, o princípio *in dubio pro reo*, que significa que, em caso de dúvida perante o caso concreto, a interpretação legal deve ser feita em benefício do réu. Além disso, outra consequência é que o ônus da prova não pode ser invertido, cabendo ao Ministério Público provar o ato, a ilicitude e a culpabilidade do acusado em questão¹² por meio do devido processo legal, não deixando de assegurar ao réu a ampla defesa e o contraditório, para, só com o fim dos recursos disponíveis, reconhecer a culpa do agente.

Diante do exposto, é importante deixar claro que é comprovada a constitucionalidade das prisões provisórias, sendo válidas as prisões em flagrante, as preventivas, as por pronúncia e as por sentenças condenatórias¹³, isso porque são de interesse processual, o que não antecipa a culpa do agente, e devem ser usadas apenas quando a justa causa for presente.

Porém, o início da execução da pena em 2ª instância é impraticável, porque ainda não se deu o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, a nova decisão favorável do Supremo Tribunal Federal acerca desse assunto¹⁴ afronta o referido princípio consagrado tanto constitucionalmente como em tratados internacionais, visto que ainda resta a possibilidade de recurso extraordinário, instrumento tal que pode vir a ter efeito suspensivo em algumas situações.

4 O INSTITUTO PROCESSUAL DO TRÂNSITO EM JULGADO

O trânsito em julgado é uma expressão que indica que não há mais a possibilidade de recurso, seja porque se esgotaram os existentes ou por perda de prazo das partes. Ou seja, é um marco processual do qual se origina a coisa

¹² ARAUJO, Luiz Alberto David de; JUNIOR, Videl Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 21 Ed. São Paulo: Verbatim, 2017. p. 122-123.

¹³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13 Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 133-134.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção da Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

judgada, a qual faz da sentença uma decisão imutável e definitiva. Porém, deve ter atendido aos critérios de legitimidade e não estar sob efeitos de preclusão, senão poderá, ainda que esgotados os recursos, ser modificada por ação rescisória ou ação declaratória de nulidade, de acordo com o tipo de nulidade absoluta existente no processo.

É regra que a sentença vá para a fase de execução apenas após o trânsito em julgado. Assim, é preciso saber em qual momento do processo se dá o referido instituto. Considera-se, em regra, que se dá após 15 dias da intimação do advogado sem a interposição de recurso, vide artigo 242 do Código de Processo Civil. Porém, nos casos que envolvem a Defensoria Pública e Fazenda Pública, pelo fato de tais órgãos possuírem prazo em dobro, se dá após findos 30 dias sem interposição de recurso. Além disso, deve-se certificar nos autos a sua ocorrência.

O instituto do trânsito em julgado está previsto tanto na Constituição Federal quanto no Código de Processo Penal, mas é citado, também, no Código Civil, artigos 1.525, V, 1.563 e 1.580; no Código de Processo Civil e artigos 123, 393, 501 e 975; e no Código Penal, artigos 2º, parágrafo único, 50, 51 e 110, §1º.

4.1 O Trânsito em Julgado na Constituição Federal

Na Constituição Federal, como já dito anteriormente, esse instituto se encontra no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente no artigo 5º, LVII. Sendo essas previsões garantias fundamentais, elas configuram um rol que não pode ser abolido do texto constitucional, de acordo com o artigo 60, § 4º, IV da Constituição¹⁵. Dessa forma, considerar a execução da sentença penal condenatória em 2ª instância caracteriza um retrocesso aos direitos de liberdade individual previstos no artigo 5º, caput, IV, V, VI, VIII, IV, XIII e XV, da Constituição Federal.

4.2 O Trânsito em Julgado no Código de Processo Penal

Está previsto no artigo 283, do Código de Processo Penal de 1941, que

¹⁵ “Artigo 60, § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. 1988. p 69. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

tem redação nova dada pela Lei n. 12.403 de 2011, que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.¹⁶

Segundo Guilherme de Souza Nucci¹⁷, consiste na ampliação do fundamento constitucional do trânsito em julgado previsto no já tratado artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Além de adicionar informações, o artigo 283 do CPP traz sobre a prisão temporária, que substitui a prisão por averiguação.

Sobre ele, na ação direta de constitucionalidade n. 43, o Partido Ecológico Nacional (PEN) dispõe que é uma possível interpretação do Princípio da Presunção da Inocência, previsto na constituição. Já na ação direta de constitucionalidade 44, a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) diz que reforça a previsão constitucional do Princípio, estando o artigo do CPP em consonância com texto da Magna Carta. Deste modo, ambos tratam que antes de proferir a decisão do HC n. 126.292 o referido artigo deveria ter sido analisado. O PEN afirma que esse fato faz a decisão ser incompatível com a determinação legal, visto que deveria ter sido declarada a inconstitucionalidade do artigo 283. Enquanto, a OAB diz que, devido a omissão do STF, o artigo deve ser considerado válido e que é uma relativização do Princípio da Não Culpabilidade, que cerceia fortemente o direito de ir e vir.

Sendo assim, chega-se à conclusão de que, a decisão do STF acerca do *habeas corpus* n. 126.292 estava na contramão ao disposto tanto na Constituição Federal, quanto no Código de Processo Penal e os Pactos Internacionais assinados pelo Brasil.

¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei 3.689, 03 de out. 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 689.

5 A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Como já tratado anteriormente, os Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal são decorrentes do Princípio da Dignidade Humana, assim como o da Presunção da Inocência, e foram instituídos para que os direitos que dão dignidade aos cidadãos sejam garantidos, por isso configuram garantismos do direito brasileiro.

Estão previstos no texto constitucional, nos dispositivos LIV e LV do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;¹⁸

O Princípio do Contraditório, tratado no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, consiste no direito dos litigantes de contradizer os fatos alegados pela parte contrária, ou seja, em dar a eles a oportunidade de se manifestar no processo e, também, dar ciência de seus acontecimentos. Enquanto, o da Ampla Defesa, que é tratado no mesmo dispositivo, trata da oportunidade mais abrangente de defesa, dando a possibilidade de se defender e de recorrer. E, segundo José Afonso da Silva¹⁹, o primeiro contém o segundo, visto que o contraditório tem como pressuposto essencial a ampla defesa.

O Princípio do Devido Processo Legal, como consta no inciso LIV do mesmo artigo, é considerado o mais importante, porque é dele que os demais derivam. Ele resume-se ao fato de que o processo deve estar de acordo com o

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. 1988. p 21. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª. Ed. p. 155. São Paulo: Malheiros, 2009.

Direito como um todo, para ser considerado legítimo. Ou seja, para que ocorra o devido processo legal, princípio constitucional que resguarda o direito de liberdade, deve ser dado às partes o amplo direito de se defender, através da possibilidade de se manifestar no processo e ter conhecimento dos atos ocorridos no curso dele, presumindo-se, até que os recursos se esgotem, que o réu é inocente.

Assim, ao relativizar o Princípio da Presunção da Inocência e o instituto do trânsito em julgado, fere-se não apenas um, mas quatro garantias fundamentais. Visto que, ao permitir a execução provisória de acórdão penal proferido em grau de apelação, o Supremo Tribunal Federal restringe a capacidade e as oportunidades de defesa do acusado, essenciais para a razoabilidade do processo, já que ele é considerado comprovadamente culpado.

6 PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA: NATUREZA E HIERARQUIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O Pacto de San José da Costa Rica, também chamado de Convenção Interamericana de Direitos Humanos, foi assinado em 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, época em que se celebrava a redemocratização de grande parte dos países da região.

Apesar de seu teor ser bem semelhante ao da Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto levou em consideração a realidade dos países latino-americanos signatários e, por isso, preocupou-se em garantir liberdade e melhores condições de vida àquela população tão rica sócio e culturalmente²⁰, em outras palavras tem índole regional, que visa garantir os direitos humanos aos Estados Americanos.

²⁰ “Art. 26: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre a educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” COSTA RICA. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>

Ademais, em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos não possuir força imperativa, que obrigava seu cumprimento, tal Pacto veio no sentido de torna vinculante suas disposições aos Estados signatários.

O documento possui 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, e tem como objetivo garantir que, independentemente do país que a pessoa viva, ela possa ter acesso a um Estado fundado na justiça social, liberdade pessoal e baseado nos Direitos Humanos.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu oitavo artigo, dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”²¹, ou seja, tal artigo traz uma das maiores garantias individuais com relação ao Judiciário: o Princípio da Presunção da Inocência, já tratado a cima. É importante ressaltar que a Convenção, ao estabelecer tal princípio, reconhece também o direito do indivíduo de recorrer em liberdade.

A maior herança deixada pelo Pacto foi a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal criado para julgar casos de violação aos princípios estabelecidos pela Convenção. Sendo o Brasil condenado em dois grandes casos por este tribunal: a morte de Damião Ximenes Lopes por ter sofrido maus tratos em uma clínica psiquiátrica, que o levou à morte; e o caso que deu origem à Lei Maria da Penha, ante a demora processual em condenar réu que havia confessado o crime.

A criação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º do art. 5º da Constituição Federal e estabeleceu que “os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”²², fez com que surgissem várias discussões sobre o teor do Pacto de San José da Costa Rica, principalmente sobre a hierarquia das normas estabelecidas por tal tratado.

Antes da Emenda, os tratados internacionais que versassem sobre di-

²¹ COSTA RICA. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 53ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

reitos humanos já possuíam um tratamento especial graças ao art.5º, § 2º da Constituição Federal, o qual possibilitava que tais tratados assumissem caráter de normas infraconstitucionais e supralegais, ou seja, ficavam entre os princípios estabelecidos pela Constituição e as demais leis infraconstitucionais. Assim:

Com esse novo dispositivo, os tratados, ao adentrarem na ordem jurídica nacional, não mais blasonam força normativa de lei ordinária, vez que, com o intuito de atribuírem direitos humanos à ordem interna, galgarão a envergadura equivalente à norma constitucional, desde que adentrem nesta sob o fulcro do processo legislativo de emenda à Constituição, para valerem sob tais conformações no sistema jurídico-constitucional brasileiro.²³

Porém, a Emenda Constitucional, inspirada no direito português, concedeu aos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados por um quórum especial, tratamento igualitário aos das normas constitucionais.

Apesar de toda a discussão, o Pacto de San José da Costa Rica permaneceu em uma situação delicada:

Apesar de posição majoritária na doutrina defender que, o Pacto possui plena eficácia e que os direitos por ele introduzidos, acrescentaram o texto constitucional e, no que ele fora mais benéfico, prevaleceu sobre o texto constitucional, mas ainda, uma corrente minoritária, alega que não é, que a supremacia constitucional prevalece [...]²⁴

O motivo de tal discussão é a classificação dos princípios estabelecidos pelo Pacto de San José da Costa Rica como norma constitucional ou como norma supralegal, porém prevalece sempre a ideia trazida pela corrente majoritária.

²³ ARAUJO, Luiz Alberto David; MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Mandado de Injunção: garantia constitucional à regulamentação dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. Sequência, n. 62, p. 137-138, jul. 2011.

²⁴ ESSE, Luis Gustavo. A convenção interamericana de direitos humanos e sua eficácia no direito processual brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11689>

6.1 Princípio *pro homine*: a execução provisória perante a Conte Interamericana de Direitos Humanos

Ao recepcionar Tratados de Direitos Humanos, o Brasil, no plano formal proporciona uma divisão da pirâmide normativa em três andares, sendo eles: a) normas constitucionais; b) normas supralegais, patamar ocupado pelos tratados não aprovados pelo quórum especial estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e c) leis ordinárias infraconstitucionais. Tal divisão é fato gerador da Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical.

Porém, deve-se analisar os seguintes artigos para perceber que no plano material isso não acontece. O art. 27 da Convenção de Viena dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”, ou seja, estabelece que, uma vez incorporado, os tratados internacionais não podem ser violados com a justificativa de disposições legais internas em contrário.²⁵

Nesse sentido, o art. 5º, § 2º da Constituição Federal prevê que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, portanto reforça o estabelecido pelo artigo anteriormente citado.²⁶

E, complementando o já assegurado por ambos os regramentos, o art. 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos preceitua que:

Art. 29 Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que nelas prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com a lei de qualquer dos Estados-partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

²⁵ BRASIL, Decreto nº 7030. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Promulgada em 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 53ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração de Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais de mesma natureza.²⁷

Nota-se que no plano material, não há que se falar em hierarquia de normas de Direitos Humanos, mas sim de comunicabilidade e complementaridade das normas de Direitos Humanos, ou seja, elas se apresentam lado a lado, devendo escolher, por meio de análises, qual regerá o caso concreto. Esse entrelaçamento entre normas, de acordo com Luís Flávio Gomes, estaria assegurado pelas normas de reenvio:

As normas de reenvio, como se vê, conduzem a um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de Direitos Humanos. Se formalmente pode-se descrever o Direito como uma “pirâmide”, materialmente a lógica reinante é outra: todas as normas que dispõem sobre os direitos humanos acham-se lado a lado, uma tem contato direto com a outra, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito eleger a que mais amplitude confere ao direito concreto. A rigor, portanto, não é o caso de se falar em revogação de umas por outras (tal como foi sublinhado, por exemplo, no HC 88.420-PR - STF). Não seria propriamente esse fenômeno que teria incidência. Todas as normas sobre direitos humanos são vigentes, mas no momento de se eleger a que vai reger o caso concreto, aí sim ganha singular relevância o princípio pro homine, ou seja, vale a norma que mais amplia o direito ou a liberdade ou a garantia (sem mencionar expressamente o princípio citado, foi isso que o STF reconheceu nos HCs 90.172-SP e 88.420-PR).²⁸

É neste ponto que se destaca o princípio *pro homine*. Por não haver nenhuma norma superior a outra, foi necessária a criação de algum critério para

²⁷ COSTA RICA. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16/07/2017

²⁸ GOMES, Luís Flávio. Direito dos Direitos Humanos e a regra interpretativa “pro homine” (primeira parte). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42679,51045-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>>

determinação da norma norteadora do caso concreto. Ao aplicar o referido princípio, deve-se ponderar as normas existentes e escolher a mais benéfica, ou seja, será aplicada aquela que mais amplia o gozo de um direito.

Segundo a desembargadora Rosemarie Diedrichs, o princípio *pro homine* “assegura, no conflito de normas, aquela que mais amplia os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana”²⁹, portanto, quando o conflito refere-se à normas que asseguram um direito ou liberdade, será aplicada aquela que mais amplia, já quando a questão for sobre restrição ao gozo de uma garantia, valerá aquela menos restritiva.

Com isso é possível concluir que o princípio *pro homine* não leva em consideração a origem ou possível hierarquia das normas, mas sim o conteúdo das referidas, uma vez que apenas preza pela ampliação e garantia das liberdades individuais.

Quanto à execução provisória, há aqueles que afirmem que, mesmo com a imperatividade das normas constitucionais, existe a possibilidade de uma dupla interpretação do artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Ao aceitar essa duplicidade interpretativa, duas correntes de pensamento poderiam surgir: a que admite que não há possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado e a que aceita a ideia de que haja a execução provisória após a decisão do Tribunal, o qual já teria julgado as questões fáticas.

Nessa dualidade de pensamentos nota-se a existência de uma corrente que visa ampliar as garantias individuais e uma restritiva de direitos e, por isso, é impossível que restem dúvidas sobre qual seria a corrente cabível de aplicação, uma vez que o princípio *pro homine*, já citado a cima, combinado com o da máxima efetividade das normas constitucionais, apontam para a adoção da primeira interpretação e excluem completamente a opção de se executar a pena sem a declaração de culpabilidade. Conclui-se então, que o novo entendimento do STF é passível de ação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que vários direitos e garantias individuais foram feridos com tal decisão.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Trabalho da 9ª Região. Acórdão. Recurso nº 12189-2006-8-9-0-9. 2ª Turma. Ponderação do princípio da proteção à intimidade x direito de propriedade – artigos 1º, inciso III, e artigo 5º, inciso LVII, ambos da CF e artigo 2º da CLT. Relator Rosemarie Diedrichs Pimpão. DJU, Brasília, 05 ago. 2008.

7 O *HABEAS CORPUS* N. 126.292/SP E A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, entendia que era possível a execução provisória da pena, ou seja, o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Porém, em 2009, o *Habeas Corpus* 84.078/MG provocou uma alteração na jurisprudência do STF.

O referido HC tratava do caso de Omar Coelho Vitor, condenado à pena de 7 anos e seis meses de reclusão por tentativa de homicídio qualificado, contra o Supremo Tribunal de Justiça, o qual negou a possibilidade de Omar aguardar em liberdade. O Supremo Tribunal Federal não adotou a mesma linha de pensamento do STJ e decidiu que não existe a possibilidade de execução provisória da pena, adequando a jurisprudência aos moldes estabelecidos pelos princípios e artigos já supracitados.

No entanto, em 17 de fevereiro de 2016, o STF alterou novamente seu entendimento sobre o tema, provocando um grande retrocesso com relação aos Direitos Humanos. O *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do ex-ministro Teori Zavascki, optou pela admissão da execução provisória, ou seja, pela possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância. O referido tratava do caso de Marcio Rodrigues Dantas, condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão pela prática de roubo majorado, sendo os votos a favor, inclusive o do relator, baseados na ideia de que todos os elementos fáticos são examinados em instâncias ordinárias e na intenção de evitar a protelação dos processos.

Em relação ao exaurimento de exame dos elementos fáticos, Jader Marques diz que: “A matéria de direito, em muitos casos, beneficia o réu. Existem nulidades de condução do processo e de produção de prova. Há casos de decisões que contrariam jurisprudências já consolidadas. Muita coisa pode ser discutida no STF e no STJ sem ser questão de prova.”³⁰

Cabe ainda citar estudos realizados pela FGV que afirmam que ao menos 15% das decisões que chegam aos Supremos Tribunais são modificadas³¹,

³⁰ ROLLSING, Carlos. STF pode rever permissão de prisão em 2ª instância. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/06/stf-pode-rever-permissao-de-prisao-em-segunda-instancia-6205772.html>>.

³¹ CASTRO, Sérgio Marcelino Costa de Nobrega de. A constitucionalidade da prisão dos condenados em 2ª instância. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/artigo/20/a-constitucionalidade-da-prisao-dos-condenados-em-2-instancia>>.

ou seja, em ao menos 15% dos casos, os réus cumpririam penas sem realmente serem considerados culpados, ferindo claramente o princípio da Presunção da Inocência e, conseqüentemente, o Princípio da Vedação ao Retrocesso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, fica evidente a inconstitucionalidade e arbitrariedade da decisão do Supremo Tribunal Federal perante o Habeas Corpus nº 126.292/SP.

Deve-se ressaltar que ficou comprovado que grande parte daqueles que têm oportunidade de interpor recursos perante o STF conseguem reaver as suas sentenças condenatórias, ou seja, a execução provisória da pena é capaz de colocar muitas pessoas sobre o risco de perder sua liberdade sem terem comprovadas sua culpabilidade, ou seja, injustamente.

Além disso, a mudança de posicionamento do Supremo acarretou o descumprimento de diversos de direitos e garantias individuais, como por exemplo o Princípio da Presunção da Inocência, do contraditório, ampla defesa e o do devido processo legal, previstos tanto pela Constituição Federal quanto por Tratados Internacionais e, conseqüentemente, fez com que o Brasil retroagisse em relação aos Direitos Humanos, atingindo diretamente o Princípio da Vedação ao Retrocesso.

Durante esse período de tantas incertezas quanto a atuação do Poder Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário, cumprindo seu papel de guardião da Constituição, deveria garantir a correta aplicação das normas constitucionais, visando ampliar as garantias e liberdades do cidadão, porém, percebe-se que, ao invés de garantir a justiça social, o Poder Judiciário, substanciado na entidade do Supremo Tribunal Federal, vem extinguindo valores constitucionais essenciais e contribuindo para a cultura do encarceramento.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David de; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 21^a. Ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Mandado de Injunção: garantia constitucional à regulamentação dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. **Sequência**, n. 62, p. 119-159, jul. 2011.

ASENSI, Felipe Dutra. **Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais: A Emenda Constitucional Nº 45 e o novo § 3º do art. 5º**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1334>. Acesso em: 06/07/2017.

BLUME, Bruno André. **Prisão em 2ª instância: argumento a favor**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/prisao-apos-decisao-em-segunda-instancia-argumentos-contra-e-favor/>>. Acesso em: 16/07/2017

BRASIL, Decreto nº 7030. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Promulgada em 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em 16/07/2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, 03 de out. 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22/05/2017.

BRASIL. Presidência da República. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos** (Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 11/07/2017.

BRASIL. Presidência da República. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos** (Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11/07/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Humanos completa 40 anos**. Brasília, 2009. Disponível em :<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380> > . Acesso em: 06/07/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas Corpus*. **Habeas Corpus** nº 126.292/SP. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção da Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Trabalho da 9ª Região. Recurso nº 12189-2006-8-9-0-9 da 2ª Turma, publicação: 05 ago. 2008.

CANTERO, Bianca Lorena Dias. **O princípio da não culpabilidade e sua aplicabilidade em matéria eleitoral**. Estudos Eleitorais, Tribunal Superior Eleitoral, v. 7, n. 1, jan. /abril. 2012. Disponível em: <<http://www.tre-rs.gov.br> >. Acesso em: 27/06/2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Garantias Constitucionais-Processuais Penais: A efetividade e a ponderação das garantias no processo penal**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.6, n. 23, p. 186-197. 2003. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 27/06/2017.

CASTRO, Sérgio Marcelino de. **A constitucionalidade da prisão dos condenados em 2ª instância**. Disponível em:<<http://portaljustica.com.br/artigo/20/a-constitucionalidade-da-prisao-dos-condenados-em-2-instancia>>. Acesso em: 16/07/2017.

CASTRO, Sérgio Marcelino Nobrega de. **A Constitucionalidade da prisão dos condenados em 2ª instância**. [S.I], 2016. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/artigo/20/a-constitucionalidade-da-prisao-dos-condenados-em-2-instancia>. > Acesso em: 22/05/2017.

COSTA RICA. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm >. Acesso em: 16/07/2017

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Em defesa da presunção de inocência**. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 01 jun 2007. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2007/artigo-em-defesa-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 27/06/2017.

DIAS, MoniaPeripolli; PERIPOLLI, Suzane Catarina. **Colisão de Direitos: liberdade de imprensa e presunção de inocência**. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 3., 2015, Santa Maria/RS. Anais. Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/?page_id=145>. Acesso em: 27/06/2017.

ESSE, Luis Gustavo. **A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e sua eficácia no Direito Processual Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11689> . Acesso em: 06/07/2017

FERREIRA, José Natanael; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Virgilio. **O novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF acerca da prisão a partir da decisão de segunda instância**. Juína: Faculdades do Vale Juruena. [s.d.]. Disponível em: site.ajes.edu.br/encontro/arquivos/20160821082418.pdf. Acesso em: 22/05/2017.

FERREIRA, José Natanael; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Virgilio. **O novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF acerca da prisão a partir da decisão de segunda instância**. Juína: Faculdades do Vale Juruena. [s.d.]. Disponível em: site.ajes.edu.br/encontro/arquivos/20160821082418.pdf. Acesso em: 22/05/2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O Princípio da Presunção da Inocência no sistema interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/95255/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>> . Acesso em: 06/07/2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da Presunção da Inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 16/07/2017

KUMODE, Priscilla Miwa. **A Presunção da Inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade: uma análise face a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP**. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Priscilla%20Miwa%20Kumode.pdf>> . Acesso em: 16/07/2017.

MACHADO, José Roberto. **Direitos Humanos: Princípio da Vedação ao Retrocesso ou Proibição do Regresso**. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>. Acesso em: 16/07/2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13^a. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OGAWA, Wild Afonso. **Princípio da não culpabilidade**. *Direito Contemporâneo*. Revista Online do Curso de Direito da Faculdade Sul-americana, ano 1, n. 1, 2012, p. 53-90. Disponível em: <http://fasam.edu.br/wp-content/uploads/2016/07/DC_N_01_NOVEMBRO_2012.pdf#page=53>. Acesso em: 27 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e diálogos entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)> . Acesso em: 06/07/2017.

RESENDE. Ranieri Lima; VIEIRA. José Ribas. **Execução provisória: causa para Corte Interamericana de Direitos Humanos?** [S.I]: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Ranieri_Resende/publication/296691662_execucao_provisoria_Causa_para_a_Corte_Intramericana_de_Direitos_Humanos/links/56d840e008aee73df6c87d9d.pdf> . Acesso em: 22/05/2017.

ROLLSING, Carlos. **STF pode rever permissão de prisão em 2ª instância**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/06/stf-pode-rever-permissao-de-prisao-em-segunda-instancia-6205772.html>> . Acesso em: 16/07/2017

SILVA, Jarbas Maciel. **Execução provisória da pena e possível violação do Princípio da Presunção da Inocência imposta pelo julgado do Habeas Corpus 126.292**. Campina Grande: Universidade Estadual da Paraíba, biblioteca digital, 2016. Disponível: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12740/1/PDF%20-%20JARBAS%20MACIEL%20SILVA.pdf>> . Acesso em: 22/05/2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Carlos Henrique Panto. **Novo conceito de trânsito em julgado**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n.51, p.85/88, out. /dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1324/1387>> . Acesso em: 22/05/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>> . Acesso em: 11/07/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Institucional**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>> . Acesso em: 12/07/2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/CURSO%20DE%20DIREITO%20CONSTITUCIONAL%20-%20Roque%20Antonio%20Carrazza.pdf>> . Acesso em: 27/06/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE. **Manual da Secretaria - Movimentações Processuais**. Aracaju: 2010. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/paginas/manual/movimentacoes_processuais/2_no_es_gerais_sobre_movimenta_o_processual_no_scp_e_prazos_proces>

suais/2_1_1_17_2_promovendo_a_regulariza_o_do_processo/2_1_1_17_2_1_tr_nsito_em_julgado.htm>. Acesso em: 11/07/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Entendendo o trânsito em julgado**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido-informacoes-vocabulario-juridico-entendendo-o-judiciario/transito-em-julgado>>. Acesso em: 22/05/2017.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. **Execução Provisória- Causa para Corte Interamericana de Direitos Humanos?** Disponível em <<http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em 16/07/2017.

PENA E JUSTIÇA: UM LIMITE ENTRE A VINGANÇA E A RESSOCIALIZAÇÃO

Isabella Gimenez Menin¹
Luciano Braz da Silva²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os aspectos da justiça atrelada à função da pena como uma das substâncias do direito. Nossa pesquisa irá restringir suas análises no campo do direito penal. O intuito da nossa restrição se justifica sob a premissa essencial na qual iremos discorrer direta e indiretamente nossas análises que ora se transformam em objeto e noutrora em problema. Deste modo, o termo/conceito justiça ocupará a centralidade e toda a expansão deste trabalho que ora se apresenta. Como conceito, nosso artigo oferecerá ao leitor uma releitura dos aspectos das deusas *Themis* e *Diké*, como problema, o leitor irá se deparar com questionamentos essenciais diante de paradoxos diagnosticados – em relação à justiça – de acordo com a aplicação do direito/pena. A proposta do artigo se justifica dada a necessidade de uma análise sob a função do direito penal, bem como, sua finalidade em relação à aplicação da pena que a critério de uma pretensa justiça, às vezes, se mostra como vingança, em outras vezes, como retaliação/ressentimento.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça. Pena. Vingança. Ressentimento.

¹ Graduanda em Direito – Univem.

² Doutorando em Direito – PUC/SP

INTRODUÇÃO

Todo e qualquer indivíduo que se proponha a elaborar uma análise séria sobre uma determinada área da ciência, seja ela qual for, deveras, deve estar propenso/aberto a construir e reconstruir suas análises em uma perspectiva que tende ao caráter da universalidade do conhecimento sobre o objeto que se analisa, ou seja, deve evitar pretensas formulações dogmáticas teóricas tendentes a reduzir a possibilidade de qualquer conteúdo/informação sobre o objeto.

A ciência do direito, nesta perspectiva, não se diferencia das demais, pelo contrário, por se tratar de um campo do conhecimento que dialoga com outras disciplinas afins, os critérios para formulação dos conceitos extraídos do campo da ciência do direito, bem como sua definição, devem/necessitam contemplar minúcias embrionárias de caráter ontológico que fazem parte, ou melhor, constituem a própria natureza do objeto analisado pelo qual se formula conceito, ou, os conceitos.

A critério de um método crítico/analítico que visa uma compreensão nítida daquilo que buscamos propor, faz-se necessário apresentarmos a definição etimológica do termo justiça explicitada a partir do seu real significado. O termo justiça, utilizado no direito, desde os períodos mais remotos, sobretudo, o período greco-romano, seu real significado não se extrai unicamente da ciência do direito. O termo justiça foi, e ainda é, trabalhado também sob a ótica da teologia, em destaque, a teologia judaico cristã. Entretanto, quem se debruçou seriamente sobre o termo justiça, como se sabe, foram os filósofos. Pelo que se sabe, a justiça assumiu a primazia entre todas as demais virtudes para a estabilização e funcionamento do bem comum no Estado.

Na *República*, Platão estabelece uma leitura congruente à concepção de justiça, observando de forma paralela e conotativa as veras-semelhanças entre o Estado e o sujeito. O Estado, semelhantemente ao homem, possui uma logicidade orgânica e como tal se estabelece e se desenvolve sistemática e encadeadamente, observando leis e princípios. Ora, nitidamente, podemos ler princípios ideológicos pertinentes à natureza do homem como justiça, ética e virtude de forma mais acentuada no organismo estatal, haja vista, aqui, podemos compreender, de forma bem mais clara, uma vez que, está escrito em caracteres grandes por conta da sua fenomenologia que se mostra tanto quanto extrínseca,

nítida, diferentemente do homem que está escrito de forma tênue, minimizada, posto que ele é uma partícula do organismo Estado (VECCHIO, 1979, p. 39).

Do termo - *arete* - comumente compreendido no período grego-clássico como a excelência da ação, o ato na sua perfeição, a justiça passa a ser atrelada à virtude. A etimologia do termo abrange vários substantivos que trazem na sua essência determinadas categorias de virtude. Quando tomamos os termos coragem, sabedoria, temperança, liberalidade, por exemplo, verificamos que são termos que estão presentes na nossa razão como meio termo a situações equidistantes entre si e a ideia de justo deve, todavia, atuar nessa área. A justiça, quando pretendemos examiná-la, devemos aplicar um aguçado exame explorando-a nos seus mais diferentes aspectos e manifestações. Aristóteles, no seu texto *Ética a Nicômaco* no Livro V no § 1131, nos apresenta a justiça com o caráter distributivo. A justiça distributiva, aquilo que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, como também de dinheiro e de todas as demais coisas que devem ser distribuídas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios assegurados pela constituição da cidade (*polis*), é possível certamente que uma pessoa possa receber tanto quanto outra em medidas iguais ou em medidas desiguais, portanto há que se examinar a situação que determinou o grau de distribuição (ARISTÓTELES, 1985, p. 95).

Tratando-se da justiça, comumente verifica-se que tanto no que diz respeito ao homem - aqui trata-se da sua posição seu status -, como também a seus atos praticados, quando são injustos, ambos serão afigurados como iníquos, ou seja, tanto o indivíduo em si como seu próprio ato. Portanto, tanto a iniquidade quanto a injustiça assim o são desde que assimetricamente postam-se em relação a determinado referencial de justiça, deste modo a disparidade se mostrará explícita.

Na cultura greco-romana, o jurista Ulpiano disse ser justiça: dar a cada um o que é seu. Entretanto, por ser entendida dessa forma, houve conflitos em toda a história. Mesmo sendo, em tese, uma definição de natureza formal, o tempo e os lugares sofrem alterações, e pode-se ver que a cada época fica mais difícil de saber o que é seu por direito, o que deve ser atribuído a cada indivíduo. Paulo Nader (2016, p. 105) entende “o seu” por algo que deve ser próprio da pessoa. Se desintegrarmos a palavra justiça, originada do latim, ve-

mos que a palavra “jus” do “justo”, é aquilo que está conforme, como uma régua.

Nessas linhas introdutórias procuraremos propor ao leitor uma análise crítica e analítica da justiça sem perder de vista alguns aspectos relevantes naquilo que poderíamos denominar sua genealogia, para tentarmos refletir seriamente os aspectos atuais da justiça atrelada à pena. O presente trabalho dirige suas análises a uma questão – como se disse – de fundo elementar da ciência do direito, a saber, a justiça. Consoante questão, deveras, a ciência do direito estaria incumbida, ou seria capaz de dizer por si mesma o que é a justiça ou, quem sabe, deveria recorrer a uma outra ciência para tentar apresentar uma resposta adequada? Mas o que vem a ser uma resposta adequada? Existe alguma relação entre o direito e a justiça? Qual é a relação da justiça com a punição? O direito é punição? Se o direito é (também) punição, a justiça seria a régua a se estabelecer os limites?

1. A FINALIDADE DO DIREITO PENAL

Para termos uma compreensão melhor sobre a fixação da pena, naquilo que se possa extrair do seu real sentido, é importante conceituar, primeiramente, o Direito Penal, apontando as suas finalidades. A pena tem como objetivo principal regulamentar o convívio da sociedade e o faz, protegendo bens jurídicos afetados. Bittencourt, integrando-se na ideia de Themis, entende que a pena é um mal acometido ao criminoso para que expie o delito cometido, ainda que exista fins preventivos (2010, p. 98). Faz-se necessário, portanto, distinguir função do conceito de pena, pois não pode haver conflito entre um e outro. A pena é um mal que se faz ao delinquente por este ter praticado crime contra um bem juridicamente protegido, com isso podemos destacar dentre os elementos da pena seu caráter retributivo atrelando-se assim à retaliação, ou ao seu aspecto de vingança.

Para compreendermos a teoria retributiva, conhecida também como teoria absoluta, devemos recorrer à história, analisando as características do Estado que originou essa teoria.

O absolutismo era um Estado soberano, em que o absolutista acreditava em um poder divino e absoluto, concedido por Deus e o poder legal e a justiça concentravam-se nas mãos do rei. Todavia, a pena era um castigo com

o qual se purificava o pecado cometido, sendo portanto, o Estado considerado divino e o crime, considerado um pecado. Em continuidade à história, nasce a burguesia e com ela, o começo do acúmulo de capital. Diante dessa nova classe social, surge a necessidade de proteger o mercado financeiro. Logo após, com a ascensão do mercantilismo, o Estado absoluto entra em um estado de decomposição, fazendo-se necessária a destituição do Estado como poder soberano. Com o Estado burguês, fundado na teoria do contrato social, Hobbes defende que os homens poderão ter uma boa convivência social através de um contrato, a pena deixa de ser vista como um pecado, uma ofensa ao Estado e, consequentemente, a Deus. A pena passa a ser vista como uma retribuição à ordem jurídica perturbada. O indivíduo que violasse esse contrato assinado pela sociedade, seria considerado um traidor, recorrendo-se, portanto, à pena. Sendo essa a causa da pena ser aplicada, temos, portanto, como finalidade fazer justiça. Ainda que a pena seja um mal imposto ao criminoso, parte-se de um pressuposto que o autor do delito saiba a diferença entre o justo e o injusto, através do livre-arbítrio que lhe é dado.

Na metafísica dos costumes, Kant ainda fala sobre outros imperativos: o da destreza, o da moralidade. Em relação à destreza, Kant recomenda que sendo a finalidade razoável e boa não importa, aqui, saber outra coisa que não somente o que se deve fazer para alcançá-la. As regras que o médico utilizará para cuidar e curar do seu paciente e as que utilizará o envenenador para envenenar determinado ser serão de igual valor desde que os objetivos particulares sejam alcançados. Ora, é evidente que uma criança e um adolescente não sabem ao certo os atos de prudência que devem exercer para obterem uma vida saudável e segura, logo se faz necessário que seus pais os instruam quanto ao saber necessário para que se adéquem quanto aos atos de uma vida prudente e por conseguinte feliz (KANT, 1974, p. 219). Quanto à destreza Kant (p. 220) se manifesta com as seguintes palavras:

Ora, a destreza na escolha dos meios para atingir o maior bem-estar próprio pode-se chamar *prudência* (*Klugheit*) no sentido mais restrito da palavra. Portanto, o imperativo que se relaciona com a escolha dos meios para alcançar a própria felicidade, que dizer, o preceito de prudência, continua a ser *hipotético*; a ação não é ordenada de maneira absoluta, mas somente como meio para uma

outra intenção.

Há por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Este imperativo é categórico. Não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva; e o essencialmente bom na ação reside na disposição (*Gesinnung*), seja qual for o resultado. Este imperativo pode-se chamar o imperativo da moralidade.

Em vista do que tratamos acima, Kant acentua que o querer, segundo esses três princípios diferentes, distingue-se também claramente pela diferença da obrigação imposta à vontade. Para que sejam expostas claramente as referidas diferenciações desses princípios, eles devem ser denominados segundo a sua ordem, dizendo: ou são regras da destreza (a forma como vou atuar), ou conselhos da prudência (o porquê da atuação), ou mandamentos (*leis*) da moralidade (o dever de atuar). A necessidade incondicionada - como podemos ver, para que se obtenha caráter de lei universal deve obrigatoriamente trazer em seu bojo o caráter de necessidade geral - somente a lei pode nos informar quanto a seu conteúdo valorativo e dizer-nos quanto a definição exata do seu conceito. As leis por conta do seu caráter objetivo e de validade geral imprimem-nos seus mandamentos, os quais devemos - incondicionalmente e sem exceção - obedecer, mesmo que não haja inclinação quanto o determinado dever.

Quanto ao *conselho*, Kant, reconhece que, de certo modo, até pode se falar em necessidade, entretanto, essa necessidade mostrar-se-á na forma subjetiva e contingente, ou seja, só pode ser considerada pelo sujeito particular contanto que aquilo lhe seja necessário para sua felicidade. Em condição diferente, o imperativo categórico, não é limitado por nenhuma condição, portanto como mandamento é definido praticamente posto como necessário. Kant sugere ainda que: “*Os primeiros imperativos poderiam ainda chamar-se técnicos* (pertencentes à arte), *os segundos pragmáticos* (pertencentes ao bem estar), *os terceiros morais* (pertencentes à livre conduta geral, isto é, aos costumes)” (KANT, 1974, p. 220). Adentrando nas suposições filosóficas de Kant sobre o direito penal, o qual ele denomina, o direito de castigar, temos que a pena não

pode ser aplicada buscando outro bem, seja benéfico para o autor do crime ou para a sociedade; ela deve apenas ser contra o criminoso, uma vez que tenha praticado um delito. Em suma, deve a pena ser aplicada somente porque foi infringida a lei. Kant fala então, sobre a pena ser um mero instrumento para se fazer justiça. Com isso, nega-se a função preventiva, pois a aplicação da lei decorre apenas do delito infringido.

Por outro lado, a filosofia hegeliana resume-se a uma única frase: “a pena é a negação da negação do Direito” (In: BITTENCOURT, 2010, p. 104). Para ele, a pena serve para restabelecer a validade da vontade geral e retribuir o delinquente pelo fato praticado, sendo assim, quanto maior a negação que o criminoso teve com o Direito, maior será a nova negação, que é a pena. Uma vez que tenha o indivíduo causado um mal, uma desorganização na ordem jurídica será aplicada a punição para restabelecer a harmonia na ordem do Direito.

Para Hegel (1990, p. 10-12) o objeto da ciência filosófica do direito é a ideia do direito, quer dizer, o conceito do direito e sua realização. Com essas afirmativas torna-se evidente o quanto a máxima de Hegel, expressa na equação *real = racional*, constitui-se como sendo a premissa maior de todas suas considerações filosóficas. Inicialmente já podemos considerar que em Hegel não há que se pensar numa ideia de justiça separada da realidade em que ela se revela, isso significa dizer que, a ideia do direito ou o conceito do direito, por ser a expressão maior da racionalidade, é também a máxima expressão da sua própria realidade. Hegel (1990, p. 19) afirma categoricamente que toda realidade que não for realidade assumida pelo próprio conceito é existência passageira, contingência exterior, todavia afigura-se como mera opinião, de aparência efêmera, erro ou ilusão.

Há que se ter em mente que a ideia de justiça na filosofia de Hegel não se afigura como sendo uma criação do engenho humano concomitante suas pretensões arbitrárias de forma a ser aplicada compulsoriamente a uma realidade que lhe é diferente à guisa de forma sobre a matéria, algo como se estivesse instrumentalizado mecanicamente. A ideia deve ser sempre uma expressão da realidade e o contrário deve seguir a mesma lógica.

A filosofia do direito de Hegel aparece como uma manifestação da liberdade do espírito que se manifesta mediante os princípios da lógica, sobretudo, pela questão da abstração que fornece aos homens a ideia de igualdade.

Percebe-se no conteúdo doutrinário da filosofia de Hegel um racionalismo ontológico que se identifica à medida que a racionalidade avança, inclusive historicamente, conseqüentemente, dar-se-á a absorção do irracional pelo racional como consequência da própria ação da razão. A operabilidade da razão, a liberdade do espírito que se perfaz aos ditames da lógica contribuem à constituição deontológica do direito; lemos nas palavras de Hegel:

O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo (HEGEL, 1990, p. 29).

Com a operação da razão, norteada pela liberdade do espírito objetivo que, abstraindo a generalidade plena da lógica, o direito apresenta-se como a manifestação do espírito objetivo, uma manifestação que consiste na liberdade em grau máximo da capacidade volitiva do humano. Verificamos que a partir desse engenho humano obteremos a justiça oriunda do encadeamento sistemático – ontológico e deontológico – das ideias, e não simplesmente de uma situação axiológica, mas também, como a própria ideia que norteia o direito.

Portanto a vontade livre é aquela que elaborou sua própria realização e que de certa forma positivou sua concretização mostrando-se livre em sua plenitude não aderida a qualquer nicho periférico que o envolve, ou seja, historicamente realizou sua liberdade a sua existência: *“Uma existência em geral, que seja existência da vontade livre, é o direito. Ele é, portanto, em geral, a liberdade enquanto idéia”* (HEGEL. Apud: ABBAGNANO: 1991 - 124).

O Estado passa a representar para o indivíduo uma força exterior em relação ao próprio indivíduo, esta força, reclama ao indivíduo plena obediência e o subordina a suas normas. Por outro lado, o Estado assume uma atuação paradigmática, fala-se que os indivíduos vêem o Estado como sendo um fim imanente, assim como é o fim da família e da sociedade civil, que em relação ao Estado, são subsistemas ou organismos particulares em potência, portanto são imperfeitos de forma que sempre demonstrarão dependência ao Estado. *“O Estado é vontade divina, enquanto espírito atual e explicativo da forma*

real e da organização de um mundo” (HEGEL. *Apud*, ABBAGNANO: 1991 - 125).

Como Kant, Hegel adota um conteúdo talional baseado na razão, em que exista uma equivalência na aplicação da pena. Entende que, não há como aplicar o princípio da Lei de Talião de maneira exata, mas ainda há a necessidade de identidade valorativa de lesão do Direito. Resumindo-se, então, para Hegel e Kant, a pena possui um caráter retributivo e, conhecendo-se a valoração e a finalidade do Direito Penal, sendo ele baseado na justiça, é possível recorrermos ao Direito grego e relacionarmos os tipos de justiça retributiva, presentes nas deusas Dikê e Themis que perduram e podem ser vistas em relações jurídicas e penais até os dias de hoje.

2. DIKÊ E THEMIS: CASTIGO OU VINGANÇA?

Nos períodos remotos onde pretendeu-se objetivar e definir a justiça, a mitologia grega apresentou duas figuras/deusas como representantes da justiça. A justiça aparece bastante nas tragédias mitológicas gregas, na maioria delas, sempre há episódios em que, de uma forma direta ou indireta, há uma questão de fundo ligada à justiça. Assim, Dikê e Themis – vez e outra – sempre aparecem, em destaque, nessas narrativas.

Na figura da deusa Dikê, diferentemente de *Themis*, vemos a figura de uma justiça, que também busca a retribuição, cometida que pode mensurar. Dikê com os olhos desvendados e com a haste da balança em uma das mãos representa uma justiça atrelada a (*prudentia*) prudência, donde deriva o conceito de jurisprudência. Na Dikê encontra-se a equidade, com os olhos bem abertos, como uma analogia por estar sempre em busca da verdade, fala-se de uma justiça contida pela razão, pela justa medida *ison*. Em 1905, no livro *La Solidarité de la famille dans le droit criminel grec* (Gros, 2002, p. 18), Glotz faz uma distinção entre as deusas da justiça. Temos como objeto portanto, Dikê e Themis.

Primeiramente, a justiça de Dikê consistia numa justiça intrafamiliar, em que ela não se importava em punir as violências cometidas entre uma família contra a outra; é o sistema de vingança. Já a justiça de Themis consistia na justiça interfamiliar, em que se dedicava a perseguir os atos criminosos cometidos no interior de uma mesma família; é o sistema de expiação. Essa distinção entre essas duas formas puras de justiça (vingança e expiação) fun-

cionaram em um espaço público arcaico, que era constituído por uma horizontalidade de famílias, em que cada uma tinha a sua própria divindade tutelar e seus cultos, sem nenhum tipo de interferência. Podemos então indagar como surgiu uma justiça penal estatal, em continuidade ou em ruptura, em relação a estas duas distinções de justiças familiares.

Nos estudos de Glotz e, mais tarde, nos estudos de Gernet, Gros (2002, p. 18) nos convida a pensar que a justiça como sistema penal público não se construiu como conquista de um domínio autônomo e novo, que estaria desintegrado das relações familiares. Nesse período, os crimes dos cidadãos refletiam-se como afrontas – domínio de Themis –, ou como ofensas – domínio da Dikê. Assim, naquela época, não seria mais o chefe da família que colocaria em ação a vingança, aplicando sanções a fim de reparar a afronta cometida (Themis). Mas sim, seria o povo que aplicaria e editaria essa pena, através dos representantes autorizados. Concluindo-se, então, a pena agora legítima, assume um caráter vingativo ou de uma purificação de todos os criminosos.

Esse sistema de representação, que será apresentado adiante, se contrapôs ao pensamento de Mauss, pois ele contentava-se em opor a vingança de sangue entre as famílias – privada e indeterminada – à reação coletiva face à violação de um tabu – pública e individualizada (Gros, 2002, p. 19).

Na abordagem histórica feito acima, então, é possível ver que principalmente, nas sociedades primitivas, reinava a vingança. Vingança é um tipo de satisfação para a própria vítima. Com o decorrer do tempo, esse sistema primitivo foi evoluindo, criando assim, formas mais individualizadas de punição, punindo diretamente o autor do delito e de forma mais simbólica, uma reparação do dano por meio de multas, como é o caso do nosso direito hoje. Portanto, “a pena pública deve ser compreendida como a forma adocicada e regulamentada de uma vingança de sangue, arcaica e funesta”. Isso na visão de Steinmetz cita Gros, (2002, p. 16).

Já para Mauss, relatado em seu artigo 1969, “*A religião e as origens do direito penal*”, o sistema penal não poderia ter como origem a vingança, uma vez que, se trata de uma coisa privada e indeterminada. Mas sim, o direito penal precisaria derivar-se de uma pena pública e determinada, cujo foco seria tão somente o culpado do crime. Por isso, Mauss defende que a pena é sagrada, pois deriva de uma infração de um impedido familiar, e não deve ter um fim

vingativo. Enfatizando, portanto, importa para a pena pública, apenas o culpado, ainda que a pena tenha um caráter coletivo e social.

O Mercador de Veneza, de William Shakespeare, cuja narrativa une a literatura com o direito e a filosofia, encontramos um conflito/embateque entre Themis e Dikê que se desenrola em Veneza e Belmonte. Pórcia, jovem abastarda, elogiada por sua beleza estonteante, é pretendida por muitos, dentre eles Bassânio, um nobre veneziano que perdeu toda a herança consumida por uma vida pródiga. Desejoso de casar-se com Pórcia, Bassânio recorre a um amigo – Antônio - rico mercador, e lhe suplica empréstimo de três mil ducados, quantia necessária para que viajasse até Belmonte a fim de conquistar a Pórcia, sua amada. Antônio, mesmo não dispondo no momento da quantia pretendida pelo amigo, concorda em ajudá-lo e, para tanto, recorre a um agiota, Shylock, o judeu, seu desafeto, a quem solicita empréstimo.

Antônio, quando emprestava dinheiro, sempre o concedia sem a cobrança de juros, fato que somado às dissensões religiosas, acalorava a inimizade entre ele e o Judeu. Na ocasião a qual Antônio recorreu ao judeu para lhe solicitar o empréstimo para seu amigo, o Judeu viu aí uma oportuna ocasião para vingar-se de Antônio. Assim, ao emprestar os ducados, colocou como condição para o empréstimo uma cláusula penal no contrato que rezava que no caso de mora no cumprimento da obrigação, o credor poderia arrancar uma libra de carne do corpo do devedor. Antônio estava seguro de que seus navios mercantes trariam a importância para saldar a obrigação, e a despeito da cláusula penal, assina despreocupadamente.

Os ducados, agora entregues a Bassânio, possibilitam que parta sem demora em busca da mão de Pórcia. Antes da viagem, Bassânio decide realizar uma festa, para a qual são convidados o jovem cristão Lourenço e a bela Jéssica, filha de Shylock. Durante o festejo, Lourenço decide fugir com Jéssica, que leva consigo parte do tesouro do pai. O judeu embebedado por uma fúria e sede de vingança fica inconformado com a perda da filha e de parte da fortuna, não conseguindo recuperar uma ou outra.

Em Belmonte, a conquista da mão de Pórcia estava condicionada à aprovação de um teste estabelecido pelo pai da jovem. Os pretendentes deveriam abrir um dentre três escrínios confeccionados de diferentes materiais: ouro, prata e chumbo. Aquele que abrisse o escrínio contendo a foto de Pórcia

receberia a mão da jovem casamento. O príncipe de Marrocos foi o primeiro a submeter-se a prova e escolheu o escrínio de ouro, contendo um crânio. O príncipe de Aragão indicou o escrínio de prata, que continha o retrato de um idiota. Bassânio, por sua vez, com dicas de Pórcia, escolheu o escrínio de chumbo, encontrando a foto.

Mais tarde, enquanto Bassânio e Pórcia já planejavam as bodas, chega de Veneza uma trágica notícia: os galeões de Antônio haviam se perdido no mar e o mercador estava agora reduzido à insolvência. Shylock, acometido por uma sede de vingança, se mantém inabalável quanto ao cumprimento da cláusula penal, desejando a todo e qualquer custo arrancar a libra de carne (do corpo) de Antônio, e a todo momento dispensa qualquer possibilidade de aceite a uma prestação alternativa e exige, inclusive, para o cumprimento do contrato, que se extraia a libra de carne de ponto próximo ao coração. A questão é levada ao Tribunal de Veneza, cabendo ao doge presidir o julgamento. Pórcia, sabedora da tragédia, e sabendo o quanto seu amado apreciava o amigo que agora estava sob o alçó de judeu, resolve partir em socorro de Antônio. Utilizando dum disfarce, finge-se de advogado e apresenta-se perante o tribunal como sendo Baltasar, enviado de Belário (primo de Pórcia), sábio jurista que o doge havia designado para solucionar o litígio. Acatando a recomendação contida na carta de apresentação entregue por Pórcia, o doge permite que a disfarçada jovem represente Belário na condução dos trabalhos jurídicos.

Durante a audiência, já em vias de se instaurar o flagelo, alguns tentam convencer Shylock a desistir da execução da cláusula penal, mas o judeu mantinha-se irredutível, recusando, inclusive, a substituição da pena por montante superior ao devido, exigindo o fiel cumprimento das leis de Veneza. A sentença é favorável a Shylock, sendo-lhe concedido o direito de retirar a libra de carne de Antônio e assim obter a satisfação do desejo/sede de vingança/retaliação (Themis).

Contudo, o julgador (Pórcia), indignado com a pretensa e irracional sede de vingança do Judeu, após refletir e refletir sob as cláusulas do contrato e a morte que se aproxima do jovem Antônio, como que num estado de luz, ressaltou enfaticamente que o contrato rezava tão somente sobre a libra de carne, de modo que o judeu não poderia em hipótese alguma extrair uma só gota de sangue do cristão, cabendo-lhe, ainda, retirar apenas a libra justa, nem

mais, nem menos (Dikê). Shylock, vislumbrando a impossibilidade de cumprir seu desígnio, propõe receber a quantia anteriormente ofertada. Entretanto, o juiz defere a Shylock apenas a execução da penalidade contratual, nos exatos limites da sentença. Derrotado, o judeu foi acusado de atentar contra a vida de Antônio, fato que subsumido à legislação ali aplicável, ocasionou a expropriação de seus bens e o obrigou a converter-se ao cristianismo.

Themis representava o castigo como forma de punição, para purificar os crimes. Ao contrário de Dikê, sua justiça consistia numa justiça imensurável. As deusas possuem uma característica que se equivalem entre si, a retribuição. Porém, distinguem-se pois, a justiça de Dikê consiste na justa retribuição, não podendo haver excesso, tampouco escassez.

3. NIETZSCHE: O RESENTIMENTO INSTAURADO NA PENA

Poderíamos pensar ou extrair da pena alguma conteúdo que nos remeta a vingança e o ressentimento? A problemática suscitada pelo artigo traz a seguinte reflexão/indagação: cabem justiça e ressentimento no mesmo prato de balança? Poderia a justiça e o ressentimento conviverem harmoniosamente na balança? Uma vez encontradas, ambas, na balança quem iria sustentar a haste da balança, o ressentimento ou a justiça? Neste sentido, para chegarmos a uma resposta clara devemos adentrar no fato para daí extrairmos (subtrairmos), mediante identificações, o que vem a ser justiça daquilo que nos é dado como ressentimento. As observações que doravante serão abordadas utilizará algumas reflexões filosóficas - que tratam do ressentimento e da vingança - presentes na obra de Friedrich Nietzsche, sobretudo, em *A Genealogia da Moral*.

Desde os primórdios das relações sociais juntamente com as relações de compra e venda brotou-se um sentimento de dever e, por conseguinte, surgiram as concepções de superioridade que permearam as relações entre os indivíduos, fazendo com que o homem se tornasse um ser que mede valores, coisificando os homens. Através dessas relações, Nietzsche chega à conclusão de que o homem passou a conceber a ideia de que tudo tem seu preço e que tudo precisa ser pago. Cria-se, portanto, o “cânone moral mais antigo e mais ingênuo da justiça...Tudo tem seu preço, tudo pode ser pago” (NIETZSCHE, 2009, p. 69). A justiça, a princípio, é a boa vontade entre pessoas de mesmo poder;

sendo as pessoas inferiores obrigadas a simplesmente aceitar esse poder imposto sobre elas.

A vida em sociedade configura uma espécie de vida protegida com a qual se pode gozar das vantagens da comunidade, ao que para Nietzsche significa gozar da paz e da segurança, em outras palavras, estar livre dos possíveis danos e perigos aos quais continuam expostos aqueles que vivem fora da comunidade. Assim, caso ocorra o descumprimento do que fora prometido inicialmente pelo devedor, a relação de confiança deste para com o credor já não mais existe, de modo que a paz e a confiança passa a estar confinada a uma situação claramente temerária. Aquele que se desobriga de uma promessa anteriormente selada é, por sua infração, merecedor de sofrimento. Aqui não se trata de um mero prejuízo, o culpado passa ser visto como violador de um compromisso e é também violador da sua palavra para com a comunidade que antes lhe assegurava e lhe concedia tantas vantagens e prazeres. Destarte, a comunidade e o credor pagarão sua dívida como puderem, os esforços empenhados podem assumir características mais rudes semelhantes à do animal enfurecido. Para Nietzsche (2002, p. 70), a cólera do credor, isto é, da comunidade ofendida,

(...) constitui-o outra vez ao estado de selvagem, põe-no fora da lei, recusa-lhe a proteção e contra ele pode já cometer-se qualquer ato de hostilidade. O castigo é simplesmente a imagem, a mímica da conduta normal e respeito do inimigo detestado, desarmado e abatido, que perdeu todo o direito não só a proteção, mas também a piedade; é o grito de guerra, o triunfo do *vae victis* em toda sua inexorável crueldade. Isto explica como a própria guerra e os sacrifícios guerreiros revestiram todas as formas sob as quais aparece o castigo na história.

Nos tempos antigos, o que menos importava era o dano propriamente causado. Não importava, portanto, para essa sociedade atingida, se o indivíduo pagava o que estava devendo ou até mesmo “perdesse” algumas vantagens, o que seria o justo. Desse modo, a própria sociedade, diante desses motivos, o devolve para o indivíduo para o estado selvagem e o deixa sem proteção da lei, o que desencadeou no surgimento do castigo. Assim, é possível também classificar a justiça no âmbito do ressentimento. A vingança cria o ressentimento, destruindo

assim a equidade. Para Salomon (2001, p. 124):

Perhaps we should note right from the start that “vengeance” is not the name of an emotion as such, nor is there any single emotion name that corresponds to vengeance. Vengeance is typically used to refer to the desired outcome of certain intentional acts and strategies, not their motive or the emotion behind them.³

Pois, o homem se torna um ser reativo. Já dizia Nietzsche que “o homem ativo, agressivo, excessivo está cem vezes mais próximo da justiça do que o homem reativo”. A justiça é justamente a luta contra esses sentimentos reativos. Onde há a justiça, é possível ver um poder mais forte que busca pôr um fim ao ressentimento. Porém, só poderemos ter uma definição de justiça e injustiça através do que está positivado na lei - o que está na lei é o justo, o que se faz contra a lei é o injusto. Há, portanto, algo ainda mais grave do ponto de vista biológico mais alto, os estados de direito não podem senão ser *estados de exceção*, enquanto restrições parciais da vontade de vida que visa o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares como meios para criar *maiores* unidades de poder. (Nietzsche, 2009, p. 74).

A partir da relação básica contratual, perspectiva então demonstrada na filosofia nietzschiana, na ocorrência do descumprimento de uma promessa feita ou na hipótese de um acordo desonrado, uma vez descumprido o acordo, um ou diversos tipos de castigos deveriam ser imputados ao devedor⁴. Este serviria como equivalente pelo desprazer causado pela promessa não cumprida. A filosofia nietzschiana enfatiza essa ideia de justiça que em seu aspecto geral enuncia uma aparência bem natural e necessária que explica a formação de um sentimento de justiça em que aquele castigo imposto ao criminoso é legítimo, considerando que ele poderia ter agido de outro modo quando, contudo, preferiu proceder desta forma, ou seja, contrário à lei. Os castigos impostos, para Nietzsche (2009, p. 62), ocorriam sempre envolvidos por

³Talvez devemos notar desde o início que a “vingança” não é o nome de uma emoção como tal, nem há nenhum nome de emoção que corresponda à vingança. A vingança é tipicamente usada para se referir ao resultado desejado de certos atos e estratégias intencionais, não o motivo ou a emoção por trás deles. Tradução – nossa.

⁴Leia-se: aquele que descumpriu o acordo.

um sentimento de cólera que o dano excita e cujo dano deveria ser separado por quem o fez.

A finalidade do direito é a última a se empregar na história da origem do direito, pois a causa e a finalidade se diferem totalmente. Entretanto, não podemos tratar a vingança como causa (origem) do castigo, uma vez que deveria ser um fim do castigo. Para Nietzsche, o que duraria no castigo é a sequência de atos rigorosos, e o que passaria é o sentido e o fim para a realização desses procedimentos. Suponhamos que o castigo não tenha sido a origem do direito, tampouco a finalidade, mas o castigo tenha sido inserido por interpretação no processo, que já existia, porém possuía outro fim.

4. ANÁLISE DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Considerando que o objetivo do artigo 59 é pontuar as circunstâncias judiciais para a fixação da pena, desde que a fixação no nosso direito penal brasileiro tenha como objetivo mostrar ao criminoso que ele infringiu uma lei, tão logo a justiça, por ser democrática e por se preocupar com o seu indivíduo, se preocupa com a ressocialização do criminoso. Estamos falando, simultaneamente, de um caráter retributivo e preventivo da pena. Entretanto, o que nos interessa no aspecto da fixação é entender até que ponto a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade da vítima, os motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima podem influenciar no critério de aplicação da pena, ou seja, até que ponto a fixação da pena tem como característica principal a justiça? A valoração do ato, por sua vez, é preciso estar na norma, senão seria impossível a efetivação da justiça. Ainda que haja na lei motivos para que a pena-base seja elevada, pode o quesito antecedente, como circunstância judicial, influenciar na pena, uma vez que, na segunda fase de aplicação, presente no artigo 68 desse mesmo Código, já existiam circunstâncias agravantes, em que há o preceito de reincidência a fim de considerar os crimes cometidos anteriormente?

É importante deixar claro que não é possível utilizar duplamente uma mesma circunstância em um mesmo crime como critério de fixação, baseando-se no princípio do *bis in idem*, mas ainda há que se perguntar o porquê dos antecedentes criminais influenciarem na dosimetria. Porém, muitos

juízes, em nosso sistema penal, usam da mesma circunstância para aumentar a pena em mais de uma fase da dosimetria, ou deixam de justificar o motivo pelo qual a pena foi aumentada em determinada fase. Por isso, o juiz não pode afirmar serem negativas determinadas circunstâncias sem fundamentar da forma devida os motivos que o levaram a tomar tal decisão. E é aqui que podemos ver a justiça falha. Ainda que o juiz seja imparcial, e sabemos que muitas vezes isso não acontece, a falta de valoração do ato na norma faz com que as circunstâncias negativas não possuam um juízo de valor baseado numa justa medida. Todavia, é preciso repensar qual o real objetivo da pena criminal e se esta deve, efetivamente, desempenhar um papel principal na sociedade, tendo como base a teoria da prevenção, ou se esta deve ter função meramente retributiva, que tem a vingança e o ressentimento como pressupostos da pena.

5. A PENA ATINGE O SEU REAL OBJETIVO?

Para entrarmos na discussão sobre até que ponto a pena atinge ou não o seu objetivo, é necessário descobrirmos qual a perspectiva de justiça a ser abordada. Seria a justiça no âmbito da lei violada, no âmbito da reparação do dano à vítima ou a justiça no âmbito da ressocialização do condenado?

No nosso direito atual, sendo “os antecedentes” apontados no artigo 59 como circunstância judicial a ser considerada como um critério para a fixação da pena será que o fim da pena, sendo ela a ressocialização, isso realmente tem sentido? Uma vez tendo o criminoso cumpriu a sua pena, ou seja, reparou o dano causado ao Estado, qual a relevância em considerar o crime anterior como antecedente para a fixação da pena no crime novo? Não seria tal circunstância uma penalização “perpétua” ao condenado, fato que a própria Constituição Federal veda?

De acordo com a teoria predominante no Brasil para fixação da pena – teoria unitária –, a função utilitária da pena é composta por prevenção e castigo. Há a prevenção geral, que se liga à sociedade, e a prevenção especial, que se liga ao criminoso. Em síntese defendem a retribuição e o princípio da culpabilidade. Entretanto, os penalistas defendem que o principal aspecto positivo da prevenção especial é a ressocialização do condenado, sendo negativo o encarceramento. Porque se a pena não cumpre o seu real objetivo, ou seja, a

reeducação e ressocialização do até então, criminoso, considerar os antecedentes do indivíduo quando da fixação da pena de um novo crime seria infligir-lhe uma retaliação, como o próprio rei de Tebas, Édipo, sofreu.

Torna-se relevante esclarecer sucintamente o mito de Édipo para que possamos entender onde existe o ressentimento, a vingança e uma auto-expição. Era um tempo em que a soberania de Tebas se encontrava instável, num estado de violência e desordem devido às rivalidades que se opunham entre si, usurpadores do trono e o poder real legítimo, o qual não era levado a sério devido não ser respeitada a sucessão regular do trono de pai para filho. Mesmo assim, após longas batalhas, Laio, herdeiro legítimo do trono, casa-se com Jocasta e consegue, enfim, chegar ao poder. Porém pouco tempo depois, diante da constatação de que o casamento real seria estéril, o que chegou ao conhecimento do povo Tebano, Laio vai até Delfos para consultar o oráculo a fim de saber o que deverá fazer diante dessas circunstâncias, pois a perpetuação da soberania se desfaria diante da esterilidade do seu casamento. Obteve a resposta foi: “se tiveres um filho, ele te matará e se deitará com a mãe” (VERNANT, 200, P. 163). Desnorteado e em estado de terror, Laio empreende retorno à cidade de Tebas, sem sequer imaginar a vil surpresa que o esperava. Por um descuido, após haver se embebedado, Laio se esquece das palavras do oráculo e, entusiasmado, engravida Jocasta. Da relação nasceu um garoto, porém o casal toma a decisão de afastá-lo a fim de interromper a descendência infame que o conduziria à morte. Entregam então o garoto a um pastor, incumbindo-o de dar cabo à vida do garoto, disponibilizando-o a animais silvestres e aves de rapina para ser devorado. Entretanto o pastor, seduzido pelo sorriso terno da criança que tinha em mãos, deixa de cumprir a ordem dos pais, entregando-o a outro pastor que passava pelo local. O nobre homem que recebeu a criança em seus braços se lembra então dos soberanos de Corinto, rei Pólipo e rainha Peribéia, que não podiam ter filhos e se sentiram agraciados em cuidar da criança como se legítimo filho fosse. E assim foi feito! O garoto, “batizado” de Édipo, cresceu com coragem e sabedoria, e todos enxergavam nele o único e real sucessor do trono de Corinto. Édipo, porém, um dia, atormentado, dirigiu-se ao pai para interrogar-lhe se ele e Peribéia seriam seus pais legítimos. Pólipo tranquilizou-o, mas Édipo, ainda desconfiado, resolveu consultar o oráculo de Delfos. O oráculo se nega a dar uma resposta clara, porém, afirma: matarás teu pai e deitarás

com a sua mãe (VERNANT, 2000, p. 166). Em pleno estado de medo Édipo foge com a finalidade de evitar a desgraça que poderá ocorrer com a sua suposta família. Toma então o caminho de Tebas, que estaria sofrendo com uma “peste” terrível.

No caminho, fortuitamente, Édipo se cruza com uma caravana conduzida por seu verdadeiro pai, Laio, que vinha da cidade de Tebas e se dirigia a Corinto. O encontro se deu em um trecho estreito do caminho, onde apenas um veículo poderia passar por vez. Laio invoca seu poder real e pede passagem à sua caravana oficial, Édipo, por sua vez, considerando-se príncipe de Corinto, invoca prioridade de passagem. Sem saberem a identidade um de outro, iniciam uma luta, após receber uma bastonada em seu ombro, Édipo atinge um cocheiro retirando-lhe a vida, e, na sequência, golpeia seu pai, Laio, levando-o a óbito. Édipo, tranquilo, segue adiante no caminho, crente de que agiu em legítima defesa. Mais tarde, ao chegar a Tebas, percebe a desgraça em que a cidade se encontrava. Depara-se então, com uma esfinge e percebe o apavoramento dos tebanos que o observavam. Creonte, irmão de Jocasta, vê no forasteiro a esperança de livrar Tebas do mal que os seguia. Assim, anuncia a Édipo que se conseguir vencer o monstro (esfinge) poderá se casar com a rainha e será levado ao trono como rei. A Esfinge propõe a Édipo um enigma, que ele resolve e se torna, portanto, o novo rei de Tebas. Jocasta lhe é apresentada, e anuncia-se que o novo casal real terá quatro filhos. Por um momento reinou a tranquilidade em Tebas, porém, de repente, desgraças e ruínas começaram assolar a cidade toda. As riquezas das terras tebanas se esvaíram e as mulheres começaram a dar à luz a monstros ou abortarem. Creonte resolveu mandar um representante ao oráculo de Delfos, para indagar sobre a causa dessa desgraça que assombrava a cidade, e como resposta lhe foi anunciado que esse mal não se esgotaria até que o assassinato de Laio fosse vingado.

Era necessário, portanto, punir e excluir o assassino da cidade de Tebas, com isso podemos ver o sentimento de vingança, não só o interesse em punir o responsável pelo assassinato, mas excluí-lo da cidade para sempre. Édipo assume o compromisso de encontrar e aplicar a punição para tal homem, tomando as primeiras medidas para fazê-lo, sem desconfiar que seria ele mesmo o assassino de Laio. Porém, após ouvir uma testemunha que falava sobre o assassinato, ficou um tanto quanto perturbado com a história, mas se auto conso-

lou. Eis que chegou à cidade de Tebas um mensageiro que lhe esclareceu acerca de sua real paternidade, deixando-lhe inquieto e estarrecido. (VERNANT, 2000, p. 172). Jocasta, ouvindo a tudo isso, recordou-se do modo como foi planejada e resolvida a morte de seu filho. Acometida por uma intuição, e não tendo restado dúvidas do que realmente ocorreu, Jocasta suicidou-se. Édipo, tomado por desespero, e com uma das presilhas no vestido de Jocasta, se automutilou, furando os próprios olhos. Depois de todos esses acontecimentos foi expulso de Tebas. Ou seja, não obstante ele ter se auto punido, a retaliação, a expulsão de sua cidade, ainda foi executada pela sociedade.

6. RETALIAÇÃO E DIGNIDADE HUMANA

Em suma, traremos para essa discussão o preceito de dignidade humana, o qual se contrapõe à retaliação do próprio indivíduo que infringiu a lei. A dignidade humana está diretamente relacionada ao estado de Direito que encontramos em nossa realidade, estando ligada, portanto, ao estado garantidor de direitos fundamentais. Pois bem, a sociedade como um todo é composta por direitos fundamentais, bem como, o preso. Entretanto, a punição deve seguir princípios desses direitos, que estão instaurados no artigo 5º da Constituição Federal, principalmente nos incisos XLVII e XLIX sendo os principais. Sendo assim, podemos recorrer, também, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando no princípio: “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”, presente logo no art. 1º, o qual preza pela igualdade digna dos indivíduos, o que reforça, desta forma, a importância do zelo para não se ferir a dignidade do preso.

Historicamente, a dignidade humana começou a se integrar aos poucos como direito fundamental. Na constituição da república de Weimar, por exemplo, trata – de forma sucinta –, no artigo 151, uma garantia de existência humana digna, sendo o começo dessa inserção. Um pouco mais à frente, na Constituição Cidadã de 1988 foi inserida, logo no primeiro artigo, a dignidade humana como direito fundamental de um Estado Democrático de Direito. Daí, a dignidade foi se auto inserindo cada vez mais forte na sociedade. Um conceito valorativo de dignidade humana, por sua vez, é respeitado como um bem inviolável. Para Kant, “a dignidade humana não adquire um

lugar sistemático” (BRAZ, 2015, p. 99).

Baseando-se no princípio da humanidade que rege o nosso Direito penal, que nada mais é do que garantir o bem-estar da coletividade e do condenado, não se pode excluí-lo da sociedade somente por ter cometido um delito, e tampouco, a pena não ser justa. Por isso, a nossa Constituição veda as penas de morte, prisões perpétuas, trabalhos forçados, de banimento e cruéis – castigos físicos –. Podemos observar, após todas essas considerações feitas, que a finalidade da pena não é alcançada plenamente em nosso Direito hoje. Assim como para Édipo, a pena aplicada para o criminoso, em nossa sociedade, não tem um caráter apenas preventivo, pois, além de não ser reeducado com o encarceramento, o delinquente não se considera um integrante da sociedade. Temos, portanto, uma morte civil do condenado. Pois mesmo depois de ele ter cumprido toda a sua pena e,/ou ter reparado o dano, a etiqueta de criminoso já foi imposta pela sociedade. Levando-nos a indagar, então, se a pena tem como característica a ressocialização, a retaliação ocupa o mesmo lugar do ressentimento, e consequentemente do castigo. Logo, é possível compreender que a vingança consiste em um pressuposto da retaliação, permanecendo lado a lado, pois juntamente com o ressentimento, teremos por fim o sentimento de vingança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo buscamos descobrir a verdadeira finalidade da pena, questionando sempre se a justiça está presente no momento de sua na fixação, sendo ela imprescindível. Vimos que, no período grego, as deusas da justiça baseavam-se no caráter da retribuição, porém uma com medida justa (Dikê), e a outra produzindo excessos ou escassez, portanto uma justiça desmedida (Themis). Em nosso direito atual, é possível encontrar, em vários momentos, posições de Dikê e Themis, mas é certo que no direito penal brasileiro a dosimetria da pena tem como pressuposto a justiça de Themis.

O Direito Penal contemporâneo brasileiro baseia-se no “*direito penal mínimo*”, usado como “*ultimo ratio*”, última medida para punir um indivíduo, se é que podemos usar a palavra punição. Se um indivíduo, por exemplo, comete um crime contra o patrimônio, subtraindo algo de uma casa, porém devolvendo-o em seguida, seria justo haver uma punição? Estaremos falando

de castigo ou vingança?

Se consagrarmos o “direito penal mínimo” como objetivo a ser perseguido, não podemos entender diferente de uma mera “vingança” a penalização criminal daquele que pratica um delito sem maiores consequências e repara o dano antes mesmo de o Estado promover a persecução penal ao autor do suposto crime. Nessa linha já nos deparamos com avanços legais como a lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais e os institutos que consagraram, bem como entendimentos atuais como o “princípio da insignificância”, porém tais medidas, apesar de representarem um avanço, não se mostram totalmente suficientes para retirar da pena os atributos de uma “vingança”. Considerar o “clamor social” como fundamento, por exemplo, de uma prisão, nada mais é do que uma “vingança” a pretexto de atender aos anseios de uma sociedade, que, acuada pela violência crescente vê na prisão e nas penas criminais a salvação de sua espécie.

Considerar os antecedentes de uma pessoa como requisito para majoração de uma pena base de crime posterior é infligir-lhe uma punição perpétua, uma verdadeira vingança por atos anteriores praticados. Convencer os operadores da lei da existência do caráter vingativo das penas, ainda que de forma oculta na psique humana, sob pressão da pressionada sociedade acuada, e tentar humanizá-la para alcançar os verdadeiros fins da Justiça, é o grande desafio a perseguir.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. Vol, VII. Tradução, António Ramos Rosa e António Borges Coelho. 4ª Ed. Lisboa. Presença, 1994;

_____. **História da Filosofia**. Vol, VIII. Tradução, António Ramos Rosa e António Borges Coelho. 4ª Ed. Lisboa. Presença, 1994;

_____. **História da Filosofia**. Vol, IX. Tradução, Armando da Silva Coelho. 4ª Ed. Lisboa. Presença, 1994;

_____. **História da Filosofia**. Vol, II. Tradução, António Borges Coelho. 4ª Ed. Lisboa. Presença, 1992;

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2011;

BRAZ, Luciano. Por que a dignidade humana? In: JÚNIOR, OSWALDO GIACOIA. *Et al*: **Responsabilidade e futuro**: bioética, biopoder e os desafios para a reflexão e ação. São Paulo: LiberArs, 2015;

GRÓS, Frédéric. PUNIR É RECORDAR A LEI. IN: GARAPON, Antoine. *Et al*. **Punir em democracia**. E a justiça será. Trad. Jorge Pinheiro. LISBOA: Instituto Piaget, 200;

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A Fenomenologia do Espírito**. Tradução: Henrique Cláudio de Lima Vaz. Abril, Os pensadores XXX. São Paulo, 1974;

_____. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990;

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992;

_____. **O Leviatã**. Abril, Os pensadores XVIII. São Paulo, 1973;

KANT, Immanuel. **Prolegómenos a Toda a Metafísica Futura**. Tradução, Artur Morão. Edições 70. Lisboa. 1988;

_____. **Prolegómenos**. Tradução, Valério Rohden. Abril, Os pensadores XXV. São Paulo, 1974;

_____. **Crítica da Razão Pura**. Tradução, Valério Rohden. Abril, Os pensadores XXV. São Paulo, 1974;

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução, Paulo Quintela. Abril, Os pensadores XXV. São Paulo, 1974;

_____. **Crítica da Razão Prática**. Tradução, Paulo Barrera. Ícone. São Paulo, 2005;

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2009;

SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza**. Trad. Helena Barbas. Água Forte, Almada. 2002.

O DIREITO EM SUA FUNÇÃO INTEGRADORA E A TEORIA DO DISCURSO: intersubjetividade e reestruturação

Rafaela Carqueijeiro Moro¹

RESUMO

O artigo que aqui se apresenta tem por finalidade a persecução e obtenção de respostas à crise de representatividade e de identidade nacional que se mostra em evidência em nosso país, tendo por alicerce fundamental a abordagem do direito como *medium*, em seu papel fundamental na integração social. Nisto, inserindo-se, intrinsecamente, a abordagem filosófica moderna, sobretudo, a habermasiana e sua *razão comunicativa* em proposta à crise de representatividade e aos questionamentos ao cenário democrático brasileiro em seu “Estado de direitos”. A comprovação da existência de um efetivo sistema de direitos dentro de nossa sociedade/Estado e sua compreensão figuram-se fundamentais para o aprofundamento do estudo em questão, uma vez que intentamos não somente expor os estudos bibliográficos, mas oferecer a compreensão dos conflitos assim abordados, de forma a nortear propostas de resolução às situações divergentes. A partir da abordagem dos conflitos inseridos no campo das relações e à conseqüente crise do Estado democrático de direitos, é proposta a observação a partir de uma visão habermasiana das discussões, embasando-se na razão comunicativa e tendo como destinatários os sujeitos de direito, inseridos no campo do mundo da vida.

PALAVRAS-CHAVE

Direito. Democracia. Crise do Estado de direitos. Razão comunicativa. Judicialização.

¹ Graduação em andamento pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, na área de Direito. Integrante do Grupo de Pesquisa em Bioética e Direitos Humanos - UNIVEM, coordenado pelo Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior.

INTRODUÇÃO

Em análise de Luis Alberto Warat sobre a obra kelseniana (1983), de forma a compreender e, mesmo, desmistificar as teorias aliabordadas sobre a purificação/pureza do direito, o jurista depara-se com o empenho de Kelsen em perscrutar e buscar as bases que justifiquem a construção do Direito como ciência e o aperfeiçoamento de sua dogmática jurídica, contando com a sua “escalada” a determinado patamar no qual se asseguram as Ciências Naturais. Nisto, podemos observar a busca do aperfeiçoamento lógico-racional da metodologia jurídica, notando-se, para a teoria, necessário o afastamento de quaisquer efeitos ou fenômenos políticos, econômicos, religiosos, entre outros.

Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, quando trata, em suas obras “Direito e democracia – Entre facticidade e validade” (2003a e b), da matéria do direito, tanto da análise do “aperfeiçoamento” lógico-racional, bem como do viés democrático na sociedade atual, atribuindo àquele, função social de regulamentação das ações em prol do ordenamento das relações interpessoais, esmiúça sua tensão com o Estado – bem como entre a facticidade e validade dentro dos sistemas atuais – concluindo-se no próprio Estado Democrático de Direito (DURÃO, 2009, p. 119).

Habermas, dentro deste contexto, vê a necessidade de uma democracia em sua forma radical, dado o cenário de complexidade apresentado pelas sociedades atuais, atentando para a necessidade de os Estados Democráticos adaptarem-se à realidade. A legitimidade do direito fornece uma base à política, que, em seu caráter instrumental, constrói um ordenamento às ações coletivas, dotado de um poder de coação (HABERMAS, 2003a, p. 170), isso atrelado à garantia dos direitos e dignidade humana.

A tensão intrincada na reciprocidade entre as funções da política e do direito, culmina numa derrocada do Estado de Direitos. Tomando a crise da representatividade, dentro deste cenário, há que, ao menos, citar-se a judicialização do Estado (DWORKIN, 2002, p. 225-227), a necessidade do indivíduo, em suas relações interpessoais e entre indivíduo e Estado, de recorrer ao Poder judiciário para fazer valer seus direitos em contrapartida à negligência dos outros poderes. Esse desequilíbrio nas relações contidas no ideal de divisão igualitária e harmônica entre os poderes denota a necessidade da mediação

por parte do direito e seu *medium* linguístico visando uma compreensão intersubjetiva.

Destarte, faz-se necessária a compreensão da instrumentalização do direito moderno, sua função organizacional, reforçando a ideia de que fornece à política a base legitimadora dentro de um parâmetro de sua tensão com o direito (HABERMAS, 2003, p. 44-45). Habermas observa o uso performativo da linguagem com base em um potencial racional de reconhecer, compreender e solucionar conflitos dentro das sociedades modernas através da razão comunicativa, estrutura fundada na intersubjetividade e aperfeiçoada pelo citado uso efetivo da linguagem. Desta forma, os indivíduos, por meio de uma integração às discussões racionais, têm a possibilidade de dialogar e ter acesso aos argumentos com pressupostos de validade criticáveis, na chamada ética do discurso, que fornece bases para um discurso democrático e baseado no respeito à intersubjetividade, na aproximação dos meios de vivência dos indivíduos.

Assim, insere-se o direito em sua função integradora e mediadora de interações, e observa-se a intersubjetividade conferida aos indivíduos em uma socialização horizontal, no que tange os discursos jurídicos (DURÃO, 2009, p. 119-120).

DESENVOLVIMENTO

1. O agir comunicativo e a composição das estruturas sociais

Assim explica Habermas o conceito de agir comunicativo:

“O conceito de agir comunicativo, que leva em conta o entendimento linguístico, como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais, dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiriram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais: pois estas *mantém-se* no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna ao modo de integração de indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhado pelos participantes. Essa tensão é estabilizada de modo peculiar na integração social realizada por intermédio do direito positivo” (2003a, p.35).

Isto posto, há que se desenvolver uma crítica no sentido da composição de uma linguística com base habermasiana no que tange a razão comunicativa, amplificando-se nos parâmetros sociais da representatividade e Estado democrático de direitos. Através de sua teoria, Jürgen Habermas demonstra a necessidade de reconhecimento dos indivíduos dentro das relações interpessoais, preservando a subjetividade de cada um, ao mesmo tempo que se insere em discussões de conteúdo racional, compostos de discursos de embasamento racional (2003a, p. 35). A partir dessas premissas, observa-se a possibilidade de os sujeitos encontrarem a solução de conflitos em um consenso - através da intersubjetividade -, o reconhecimento e aceitação de proferimentos com pretensão de validade e racionalmente criticáveis. (HABERMAS, 1990, p. 77).

De forma sucinta, explica:

“A teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade [...] preservando, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexos entre sociedade e razão [...] e, de outro, não abandona a condução consciente na vida.” (HABERMAS, 2003a, p. 25).

No tocante aos âmbitos de autonomias pública e privada, faz-se necessária, neste tópico, sua diferenciação. Em uma breve definição, é possível assimilar a primeira à soberania popular, de forma a destacar a questão da cidadania e participação na esfera pública (SILVA, 2015, p. 166); a segunda, por sua vez, é caracterizada pelo ideal da autonomia, baseada no exercício dos direitos civis, como autores e destinatários dos direitos, sendo fundamental, para Habermas, que os indivíduos assim se reconheçam (HABERMAS, 2003a, p. 157).

Tomados estes pressupostos, destrinchando as questões à luz da razão comunicativa e tendo o mundo da vida como subjacente a estas questões, analisa-se a democracia e representatividade como ideais de interligação e não tão somente, mas de autocompreensão dos indivíduos nelas concernidos.

Desta forma, objetivando a compreensão do cenário em que os indivíduos (sujeitos de direitos) estão inseridos, interligando as características nele contidas, apresenta-se proposta de solução, fundamentalmente no que se refere à crise do Estado democrático de direitos e sua conseqüente deficiência na estrutura de representatividade. Proposta essa feita mediante, principalmente,

o estudo da teoria habermasiana de razão/ação comunicativa.

2. **A razão comunicativa e o desenvolvimento do discurso**

Em síntese, a proposta da razão comunicativa é atingir os fins de consenso entre os indivíduos, por meio de um processo intersubjetivo de discussão – assegurando a subjetividade dos indivíduos envolvidos no dissenso – mediado pela razão; isto, em contraposição à razão estratégica, na qual observa-se que os fins já estão definidos.

Desta forma, visa à inserção das premissas apresentadas de maneira a definir um parâmetro do direito moderno e tem este como integrador de massas e indivíduos (HABERMAS, 2003a, p. 25), a um fim composto na efetividade da democracia, o cumprimento dos preceitos democráticos dentro do Estado de direitos.

A profunda análise da sociedade atual é indispensável no que tange o Estado democrático de direitos e sua efetividade, fundando-se na concatenação das bases teóricas e empíricas ao objeto, com a possibilidade de se apresentar a razão comunicativa como norteadora aos dissensos a fim de sua resolução. O desenvolvimento de uma discussão é de suma importância, sendo imprescindível instigar os destinatários/participantes a, também, refletirem com análises críticas, que, além de enriquecer o debate, atingiriam um dos objetivos deste artigo, a saber, o raciocínio (razão), com o conseqüente aprimoramento das discussões e o encaminhamento destas a um parâmetro de entendimento.

Tomando o direito em sua forma integradora, há que se apresentar sua função composta e entrelaçada ao *medium* linguístico como intrínseca às relações interpessoais e entre indivíduo e Estado (HABERMAS, 2003a, p. 44-45).

3. **Breves considerações sobre o estímulo à mediação e conciliação no Código de Processo Civil de 2015**

Em se tratando de formas aplicáveis e aplicadas de medidas que compõem um cenário propício à inicialização e desenvolvimento de práticas que fornecem a compreensão e intersubjetividade, vale trazer, neste capítulo, e em paralelo ao que fora já abordado, os modelos do atual código de Processo Civil; aqui, é possível encontrar claramente a apresentação de incentivos aos mé-

todos autocompositivos, ferramenta que trazemos e sustentamos como uma possibilidade de estímulo às técnicas racionais e, mais à frente, à conexão mais aprimorada entre os indivíduos e mesmo entre indivíduos e Estado.

No artigo 334 do referido Código, por exemplo, há a previsão e incentivo à realização de audiências de conciliação de mediação ou conciliação, possibilitando a celeridade do processo e a resolução da lide de forma mais benéfica para ambas as partes, concentrando uma alta carga de estímulos ao diálogo racional e entendimento recíproco. Essa é uma notável forma de desconstruir a ideia de ganho x perda contida nas lides e decisões judiciais, mas também de considerar a aplicação das teorias habermasianas da ação/razão comunicativa (2003, p. 25 e p. 37/35)

Nesta estrutura, o legislador optou por permitir a realização destas audiências antes mesmo da apresentação de defesa pelo réu; compõem-se a mediação e conciliação, portanto, como mecanismos facilitadores da discussão e entendimento pelas partes, em que um terceiro estimula o debate e, conseqüentemente, a busca por um consenso. Temos, aqui, que salientar que estes métodos autocompositivos estão pautados em princípios básicos de informalidade, celeridade, simplicidade, economia, oralidade e flexibilização procedimental, o que facilita e muito a compreensão e celeridade das discussões, aumentando a taxa de consciência, percepção e assimilação dos diálogos e argumentos do *outro*. Este conjunto, além de tudo, reafirma a acessibilidade aos cidadãos a métodos de resolução de conflitos de forma autônoma, fora dos aspectos negativos da judicialização, que tanto desgastam as estruturas do Estado democrático de direito.

Ademais, vale salientar que esta forma está presente, inclusive, em processos que envolvem órgãos públicos, demonstrando uma grande conexão não somente entre os indivíduos em si, uma vez que o interesse maior é o de solução – sobretudo, a solução *amigável*, baseada na *intersubjetividade* (os limites, no entanto, estão acolhidos no texto do artigo 17, §1º da Lei 8.429/92, instruindo e regulamentando a fim de evitar desvios de conduta).

As audiências, inclusive, devem observar o bom andamento dos atendimentos, inclusive com atenção ao agendamento de duas no mesmo horário. Quanto aos conciliadores e mediadores, eles devem estar devidamente capacitados e dispostos a estimular o diálogo entre as partes. Nada impede, também, que a composição seja realizada em duas sessões, quando, no caso de uma úni-

ca audiência não ser suficiente para estabelecer e resolver os parâmetros em discórdia.

É, ante todo o exposto, fato que a conciliação e mediação compõem um facilitador à justiça. O debate e estímulo à conversação são a maneira mais fácil e amigável de solução de conflito, auxiliando a composição de uma estrutura possibilitadora da ação comunicativa.

4. **Conexão e interação do direito e Estado**

Tomando como fundo o Estado democrático de direitos, há que se estabelecer os direitos humanos como elo entre aquelas esferas, e considerar estes direitos em seu sentido mais abrangente, como elemento inerente aos indivíduos. Há que se falar, assim, na autodeterminação, conectando a essência do direito ao Estado democrático de direitos (HABERMAS, 2003a, p. 128-129). Tendo em vista a dispersão da soberania entre as esferas públicas, em suas redes de comunicação, deparamo-nos com a ideia suscitada por Habermas da teoria do discurso, orientado na tomada de decisões e administração das instituições do Estado de direitos (DURÃO, 2009, p. 119). O Estado de direitos, em epígrafe ao que foi dito no deslinde deste trabalho, está constituído na tensão entre direito e política, na complementaridade das funções de ambos.

A fundamentação dos direitos dá-se pela teoria do discurso, uma vez que, segundo Habermas:

“Partimos da história dos dogmas do direito subjetivo, a fim de mostrar como a legitimidade surge paradoxalmente da legalidade; desenvolvemos, a seguir, um modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, na linha de uma teoria do discurso, o qual torna possível reconhecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo. Pesquisamos, finalmente, a relação complementar entre direito e moral, a fim de esclarecer a determinação formal que permite distinguir entre normas jurídicas e normas gerais da ação” (2003a, p. 155).

Estabelecidos os parâmetros e analisado o evidente cenário de descrença para com a estabilidade social e democrática – e, assim, também, a legitimidade – por parte dos próprios indivíduos nela inseridos, complementar à

desigualdade da sociedade moderna -, integra-se o *medium* do direito como um “instrumento de colonização do mundo da vida”, pertinente ao que se define por “juridificação”, mais especificamente em se tratando do mundo da vida, sofrendo as relações interpessoais cada vez mais interferência daquela (DURÃO, 2008). Aqui, observamos que, uma vez que o indivíduo não se sente representado pelo Estado, não percebe que sua dignidade e seus direitos são garantidos, assegurados e protegidos pelo Estado, não se sente, também, pertencente a ele. Este sentimento de pertença ao Estado facilita a derrocada das estruturas do Estado [democrático] de direito.

Ao retomar e ressaltar o que Habermas trata por “ação comunicativa”, que objetiva a melhor compreensão das discussões em torno do conceito de Estado democrático de direitos e suas extensões, é possível um entrelace e atribuição da força dos atos ilocucionários, sendo, assim, também compreensível determinar uma nova interação entre a facticidade e validade – isto coordenado pelo *medium* linguístico, tão logo formando um caráter coordenador da ação.

Destarte, observa-se a necessidade de se atingir um grau de representatividade por parte dos indivíduos – atores sociais –, cuja exteriorização pode ser percebida na busca do poder judiciário, a assegurar a dignidade humana e efetivação dos direitos àqueles inerentes. Assim, a judicialização, apresenta-se – resultando no desequilíbrio dos poderes –, de forma paradoxalmente necessária. Podemos, por conseguinte, retomar o papel do direito moderno como estabilizador das relações, como afirma Habermas.

5. Estruturação da sociedade, teoria do discurso e o meio jurídico

Indispensavelmente, a abordagem da razão comunicativa reafirma-se como suporte à problemática apresentada. A partir da intersubjetividade e a coordenação das ações inseridas em uma premissa de consenso ordenado pelo *medium* linguístico de argumentos com pressupostos de validade criticáveis, haveria a possibilidade de que as discussões tomassem uma forma de contraposição à razão estratégica. Deste modo, a compreensão das ideias, dentro de uma sociedade, é plausível de ser mediada pelo direito moderno, em sua característica integradora, objetivando o aprimoramento das relações intersubjetivas e a garantia de efetiva democracia dentro do Estado de direitos.

Habermas, com referência à obra de Willke observa que:

“Ao passar do plano da formação democrática da opinião e da vontade das pessoas para o das relações intersistêmicas, a integração deve manter intacto o “conteúdo essencial” da democracia. Willke mantém a ideia da “instauração de discursos sociais” e da “sintonia entre autores autônomos através de discursos racionais” (WILLKE, 1992, p.202). Pois os processos de sintonização realizam-se conforme processos (democráticos?) que regulam as relações comunicacionais entre as unidades descentradas: *“o consenso é necessário para definir as bases e os limites do dissenso, a fim de que este não se propague a ponto de dissolver o sistema”* (WILLKE, 1992, p. 49)

Com a continuação do deslinde da obra de Willke, Habermas observa que a linha divisória entre os subsistemas é imaginário e dissolvido através da interação e integração entre os indivíduos destes “espaços”, configurando-se o diálogo e entendimento – em um resumo extremamente simples da abordagem – como ponte (ou entrelaçamento) entre os indivíduos e a composição do que podemos tratar como a *intersubjetividade* efetiva neste ponto.

Assim, o mundo da vida é entendido como fundamental à coordenação e estabilização da ação social, de forma que na ação comunicativa há a tomada da racionalidade como premissa ao pleno entendimento, à intersubjetividade, temos que:

“O mundo da vida, as instituições que surgem naturalmente e o direito têm que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através das tomadas de posição [...] com relação a pretensões de validade criticáveis.” (HABERMAS, 2003a, p. 25).

Boaventura de Souza Santos vê a inclusão da população marginalizada em situações políticas como uma forma a se renovar as práticas societárias, de modo a tornar-se possível a sua adaptação de tais à realidade social, bem como a dissolução de conflitos, e em prol de decisões e medidas favoráveis as circunstâncias que permeiam os grupos sociais (SANTOS, 2002). A concatenação das práticas políticas com o meio jurídico, ordenando e mediando a interação linguística, pode ser tomada dentro da perspectiva da autolegislação, que, hoje, vem sendo tratada de forma “marginalizada”, por assim dizer, com relação à

democracia (HABERMAS, 2003b, p. 59-60) – e possui integração pelo *medium* linguístico.

Neste contexto, Habermas apresenta a teoria do discurso e o conceito procedimental de democracia, levando em conta, mais especificamente, a abordagem das autonomias públicas e privadas a uma “interpretação do processo democrático”, garantindo tais autonomias, prevendo, todavia e de antemão, uma articulação dos discursos com base nas experiências de cada grupo socialmente constituído (SILVA, 2013, p. 88).

À observação dos pressupostos já pertinentes em uma análise empírica, há que se pensar em uma solução à crise de representatividade evidente no país, contida no formato corrompido do Estado democrático de direitos e que se configura em um cenário de descrença por parte dos próprios indivíduos, que não se reconhecem como autores e destinatários das normas instituídas, problemática analisada por Habermas (2003a e b).

Ressalta-se que o filósofo faz uma observação ao sistema jurídico moderno (2003a, p. 27), no sentido que este, em sendo um instrumento, mesmo que ambíguo, de integração social, pode e deve atribuir uma organização, frente à dificuldade de alcançar o pleno entendimento e compreensão. A partir o momento em que se obtém a efetiva comunicação e compreensão das ideias e ideais da sociedade e que têm os indivíduos as características tanto de destinatários como emissores das vontades, que resultam na legitimação da vontade social, estaríamos diante da representatividade de fato, que necessitamos. Para tanto, compreende-se a razão comunicativa como proposta de solução diante dos dissensos, pelo *medium* linguístico, dentro do contexto do sistema do direito.

Observa-se de forma clara o desequilíbrio nas relações entre os poderes, do sistema de pesos e contrapesos harmonizados de forma que pudessem o Judiciário, Legislativo e Executivo regularem-se entre si de forma pacífica e ordenada. Neste cenário, conseqüentemente, até mesmo o Estado é responsável por violar direitos humanos. Na tentativa de regular essa tensão e assegurar os direitos inerentes aos cidadãos, surge como “solução” a medida intervencionista do sistema jurídico, a sobreposição do judiciário, há uma aproximação do direito com os indivíduos, para conter os conflitos gerados até mesmo pelos poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo das premissas e abordagens teóricas, bem como das problemáticas e propostas com embasamento teórico, é possível verificar a necessidade, dentro da estrutura social atual, do aprofundamento das propostas de políticas deliberativas e que concentrem – de fato – no indivíduo o objetivo do Estado democrático de direito.

Tendo como premissas os processos reconstrutivos das condições da integração social, é possível uma coordenação das ações dos indivíduos. A partir do agir comunicativo, no qual está inserida a coordenação, temos a reconstrução e manutenção das ordens sociais, de maneira que haja uma socialização comunicativa pelas pretensões de validade tomadas nas discussões interpessoais.

Habermas, em seu *Direito e Democracia II* aborda as ideias de Luhmann e Willke no que se refere a configurações da sociedade (formações em sistemas) para a compreensão e entendimento dos discursos direcionando a possibilidade de análise intersubjetiva (HABERMAS, 2003b). Apresenta o ideal filosófico de Willke (1996, p. 232). Desta maneira, Habermas nos traz:

“o direito não pode assumir a forma de edições sucessivas, nem impor uma regulação autoritária; ele deve assumir, ao invés disso, a figura de “programas de relação”, que levam o próprio sistema que está gerando os perigos a reorientações na regulação. Desta forma, o Direito funciona como catalisador de transformações internas” (HABERMAS, 2003b, p. 77)

Daqui, podemos observar o debate acolhido pelo filósofo de que, como os expectadores estão encerrados em suas bases fundamentais de diálogo e discussão, estariam reunidos em grupos – ou subsistemas – onde desenvolveriam um material dialético e argumentações tomando como forma – ou fórmula – geral uma linguagem “comum”. Ou seja, o desenvolvimento interno dos subsistemas faria “emergir uma linguagem que simula exatamente aquilo que a linguagem comum, origem das semânticas especializadas, realiza normalmente” (HABERMAS, 2003b, p. 80). Neste meio, o Direito é apresentado como “portador” de “programas de relacionamentos” dos quais derivam análises ao mundo da vida, no caso em questão, no que se refere à ligação com a linguagem

comum ou ordinária para compreensão dos discursos pela sociedade (“inteligíveis”) (HABERMAS, 2003b, p. 80).

Da compreensão do entendimento linguístico, suscitado na força dos atos ilocucionários no mundo da vida, surge, posteriormente, a legitimidade do direito, como *medium* linguístico, observada não só na coordenação com o Estado, mas na integração dos atores sociais.

Desta maneira, temos a racionalidade como premissa a uma legitimação efetiva do Direito e a garantia dos direitos fundamentais, da defesa da dignidade humana a partir do agir comunicativo (razão comunicativa). Habermas aponta seus estudos e acredita no uso racional da comunicação como resposta. É, porém, limitante dizer que somente essas considerações são suficientes a uma política efetiva de manutenção da ordem social que compreenda a subjetividade de cada indivíduo e trate propriamente a dignidade humana, objetos de estudo que, por sua densidade, não se incluem na presente discussão.

A efetividade das categorias representativas seria atingida de forma plena a partir do momento em que o direito assumisse seu papel integrador, sua instrumentalidade e se tornasse o elo entre o indivíduo e Estado e mesmo *médium* das relações interpessoais. Isto seria a composição de um mecanismo propício à manifestação da vontade social e mesmo *individual*, em seu formato intersubjetivo.

No mais, nestas relações interpessoais, a adoção dos discursos intersubjetivos em si e a compreensão dos diálogos unida à utilização racional da linguagem culmina no estabelecimento ou formulação de uma objetividade, resultando no consenso.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo.** Trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra: 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015

DURÃO, Aylton Barbieri. **Habermas: os fundamentos do Estado democrático de direitos**. Marília: Trans/Form/Ação. V.32, n. 1, p.119-137, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-317320090000100008&Ing=en&nrm=rso Acesso em: 06 de agosto de 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-317320090000100008>

_____. A tensão interna entre facticidade e validade no direito segundo Habermas. In: MARTINS, Clélia Aparecida; POKER, José Geraldo (Org.). **O pensamento de Habermas em questão**. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico: Estudos filosóficos**. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **A inclusão do outro: Estudos de teoria política**. Trad.: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

SANTOS, Boaventura de S. **A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, Luciano Braz da. A função do direito no mundo da vida: linguagem, emancipação e reconhecimento. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 85-115, set/dez, 2013. Quadrimestral.

_____. Democracia e Comunidade Jurídica: ações, deliberações, ética e responsabilidade. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, 2015, p. 141-172.

WARAT, Luis. A. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Flávia de Luca Oliveira¹

RESUMO

Busca-se abordar, no presente estudo, o princípio constitucional da proporcionalidade como essencial no Estado Democrático de Direito, pois este princípio é um instrumento de concretização da dignidade humana, núcleo intangível dos direitos fundamentais. A sua correta aplicação pressupõe, nesse sentido, a compreensão dos valores subjacentes ao modelo estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Nota-se, todavia, uma tendência, no processo penal em se aplicarem medidas cautelares e penas desproporcionais, como aptas a conter a criminalidade. Tal prática se revela equivocada à luz da Constituição Federal que adota o modelo acusatório, cuja finalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais e a prevalência dos direitos do acusado, único caminho a legitimar o *jus puniendi* estatal.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da proporcionalidade; Processo penal; Direitos fundamentais; Constituição federal; Estado democrático de direito.

¹Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, objetiva-se analisar as implicações do princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal brasileiro. A abordagem dessa temática demonstrará que se vive, atualmente, uma crise do constitucionalismo democrático gerada pela falta de compreensão dos valores constantes da Constituição Federal de 1988.

Como cedo à democracia no Brasil, é ainda um processo em consolidação, haja vista os antecedentes históricos da vida republicana que, a partir de 1889, foi politicamente atravessado por modelos ditatoriais de exercício violento e arbitrário do poder. Neste percurso de quase 130 anos somente os últimos 29 é que se mostram mais receptivos à ideia de cidadania como vetor central do modelo democrático. Tais dados já denotam uma distorção nas relações de poder entre cidadão e Estado, o que, no limite, expressa uma desproporção entre o que preveem as normas e os resultados que delas se esperariam.

Não só as desigualdades sociais sempre foram acentuadas no Brasil, mas também as instituições que deveriam atuar legalmente para debelar tais situações de desigualdade e arbítrio mostraram-se historicamente descompromissadas com os deveres a elas impostos, agindo, em geral, salvo períodos breves de *normalidade*, agindo em prol de privilégios e em detrimento dos direitos dos cidadãos. Disto resultaram práticas estatais em descompasso com as legislações vigentes, o que para o Processo Penal iria se traduzir em flagrantes violações de direitos e garantias fundamentais.

Não obstante as reformas pelas quais passou, há evidente inadequação do Código de Processo Penal de 1941 ao texto constitucional, pois vem sendo utilizado como instrumento de defesa social e não como instrumento constitucional de efetivação das garantias fundamentais (LOPES JR, 2015, P. 24).

Apesar da Constituição Federal estabelecer um imenso rol de direitos e garantias fundamentais e instituir um Estado Democrático de Direito, a realidade que se vivencia destoa, e muito, desse modelo. Essa é a razão pela qual se busca, ao estudar o princípio da proporcionalidade e suas implicações no processo penal, compreender a realidade na qual se inserem e os impactos que resultam aos direitos e garantias fundamentais em termos de (in)efetividade.

As condições a que são submetidos os acusados em processo penal no Brasil são de extrema violência e descompromisso com o princípio da inocência, que se pode dizer é a pedra de toque do modelo ocidental de persecução penal.

O princípio da proporcionalidade surgiu na Europa, no século XVIII², no período do Iluminismo. Inicialmente, relacionava-se ao Direito Administrativo, cuja finalidade era a de limitação do poder estatal. Já por volta do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, referido princípio, por via doutrinária e jurisprudencial, sobretudo na Alemanha, foi reformulado, sendo elevado a princípio constitucional (GUERRA FILHO, 2007, p. 63 e ss).

O conteúdo do princípio da proporcionalidade que, até então, era de proibição de excesso na atividade policial, passou a ser composto pelos subprincípios da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, dentro do faticamente possível o meio escolhido deve se prestar a atingir o objetivo pretendido do modo menos gravoso, estabelecendo-se uma correspondência entre meio e fim com respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais (CANTARINI, 2017, p. 218-219).

Esse princípio, então, com tal conteúdo, passou a constar implicitamente da Constituição Federal de 1988 e coincide com a essência do texto constitucional, que institui o Estado Democrático de Direito e um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Sendo um princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado ao processo penal e vincula o magistrado a uma interpretação constitucional a fim de que, apesar da restrição de direitos, seja preservado o núcleo fundamental e intangível dos direitos fundamentais, que é a dignidade humana. Isso implica na tomada de decisões adequadas, necessárias e proporcionais.

Todavia, a realidade destoa, e muito, do sistema formalmente adotado. Isso porque, apesar da boa intenção dos legisladores constituintes em promulgar um texto constitucional avançado e moderno tais normas, ainda que representassem os anseios da população, não foram suficientes a mudar as práticas

² Mas a ideia de proporcionalidade pode ser encontrada ainda na Grécia Antiga: “A ideia de proporcionalidade remonta à Grécia, encontrando-se nas expressões “nada em excesso” e “conhece-te a ti mesmo, na medida de tua proporção [...]”. CANTARINI, Paola. Princípio da proporcionalidade como resposta à crise autoimunitária do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

de atuação do Estado brasileiro, arraigado no modelo patrimonialista, de clientelismo e abuso de poder e de autoridade. Neste sentido, continua sendo uma análise fundamental aquela de Faoro. (FAORO, 2001, *passim*).

Isso se evidencia à medida que se observa que no processo penal ainda permanece o discurso de defesa social como se fosse instrumento apto a solucionar o problema da criminalidade. A segurança pública, ou a *ordem pública* não são bens jurídicos passíveis de proteção pelo processo penal, isto porque são questões afetas precipuamente ao Poder Executivo encarregado de traçar política públicas de segurança a curto, médio e longo prazos. Em suma, tais questões se subsumem à órbita dos direitos materiais e, não processuais! Sendo assim, quaisquer medidas cautelares aplicadas com essa finalidade são inadequadas, ferindo, dessa forma, o princípio da proporcionalidade ainda que expressamente previstas em leis, pois neste caso acarretam norma inconstitucional.

Ademais, a criminalidade não é problema simples que se resolva com soluções simplistas. São vários os fatores que levam ao incremento da criminalidade, alguns deles, inclusive, desconhecidos. Ora, problemas desta natureza não se resolvem na decisão judicial penal condenatória transitada em julgado, no máximo dão pretensa sensação de tranquilidade momentânea e superficial. O enfrentamento desta ordem de problemas envolve todo o Estado e toda a sociedade nas mais variadas dimensões das políticas de segurança pública. Já se denota que a utilização desta *lógica* afronta o princípio da proporcionalidade uma vez que espera do processo muito mais que aquilo que pode dele obter!

O mau uso do princípio da proporcionalidade se deve à não compreensão dos valores constitucionais. As ideias de *sujeito perigoso* e de *cidadão de bem* têm sido reproduzidas por boa parte da comunidade jurídica que acredita que a imposição de medidas cautelares desse jaez ou penas em elevada dosimetria vão acabar com a *criminalidade*. Em nome da proteção do *cidadão de bem* a fim de imunizá-lo do *sujeito perigoso*, tem-se cometido abusos e arbitrariedades com clara violação aos princípios da igualdade, presunção de inocência e, de consequência, da proporcionalidade.

Como se percebe, a questão distorce a realidade do problema, pois foca em buscar solução que se utiliza de método inadequado para tais fins. Ao mesmo tempo, deixa intocado o principal fator de incremento da criminalidade

no país que é a ineficiência do Estado que não se desvencilhou de suas práticas vetustas, de suas omissões também criminosas e de mentalidade antirrepublicana e antidemocrática.

A proporcionalidade também não se verifica na atuação dos deveres estatais, uma vez que aplica as leis de forma a denotar a hipertrofia do próprio Estado em detrimento do cidadão, ferindo-se o princípio democrático o qual está submetido por força da dicção do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, pois se todo o poder emana do povo, seu exercício por intermédio dos agentes do Estado, sempre de forma indireta, deveria se submeter a tal cláusula que também se constitui em direito e garantia fundamental do cidadão nas relações de poder que estabelece com os órgãos públicos em suas mais variadas dimensões.

O processo penal, portanto, nunca poderia se prestar a instrumento de abuso de autoridade contra qualquer cidadão, tenha ele cometido crime de qualquer natureza, pois admitir tal hipótese seria caminhar para o caos. O fato é que o sistema de persecução penal brasileiro chegou inequivocamente a este ponto de desproporção entre o ritual de violência autorizada pelo Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias individuais do acusado, inclusive com o reconhecimento de tal situação pelo próprio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, em que ficou patenteado o *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro e, de consequência, a desproporção como regra!

REFERÊNCIAS

CANTARINI, Paola. *Princípio da proporcionalidade como resposta à crise autoimunitária do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017

D'URSO, Flavia. *O princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3 ed., São Paulo: Editora Globo, 2001. 838 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3. Ed. São Paulo: RCS, 2007.

LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Sarah Furtado Violante¹

José Eduardo Lourenço dos Santos²

RESUMO

Com a finalidade de preservação do princípio da dignidade humana, verifica-se a necessidade de garantir os direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. Assim sendo, estes direitos devem ser verificados em todas as situações, mesmo em casos em que o indivíduo é investigado pela prática de algum ato ilícito. Por esta razão, o presente estudo, por meio de revisão bibliográfica e método hipotético dedutivo, busca analisar os métodos de investigação que oportunizam situações durante a investigação criminal para a violação de direitos fundamentais do suspeito, como os métodos excepcionais de apuração de provas previstos na Lei 12.850/13, bem como ressaltar a importância da limitação da atividade investigatória pelo poder judiciário, com a finalidade de defesa destes direitos, sem afetar a apuração dos fatos. Desta forma, infere-se que o andamento da investigação criminal pode ocorrer sem prejuízos, para a apuração da materialidade e a autoria dos fatos, apesar dos limites impostos pelo Poder Judiciário ao visar o respeito aos direitos e às garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Investigação criminal – Organização criminosa - Direitos fundamentais – Limites – Poder judiciário.

¹ Acadêmica em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, pesquisadora do Grupo de Estudo de Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO) e estagiária no escritório AOM Assessoria e Consultoria Jurídica.

² Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Atualmente é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A investigação criminal caracteriza-se como uma intromissão à vida pessoal do suspeito e, por esta razão, ocorrem diversas oportunidades, durante seu andamento, para violação dos direitos fundamentais inerentes ao investigado, de modo que, ao realizar a apuração da materialidade e autoria dos fatos, o responsável pela investigação pratica diversos atos investigatórios que podem causar prejuízos ao indiciado.

Ao tomar conhecimento sobre a ocorrência de um delito, a investigação se inicia para que o autor deste ato arque com as consequências de suas atitudes e as vítimas sejam amparadas pelo Poder Estatal. A partir disso, são praticados atos investigatórios para apuração dos fatos, sendo que estes atos podem interferir diretamente na vida da pessoa que está sendo investigada.

Nestas oportunidades, os direitos fundamentais do investigado devem ser observados. Ademais, o indiciado possui o direito de permanecer calado, de não produzir provas contra si, bem como direito a ter a sua privacidade assegurada, entretanto é possível a relativização destes direitos para que a investigação alcance seu objetivo e as autoridades policiais descubram quem cometeu o delito e em que circunstâncias ele foi praticado.

Neste sentido, ao relativizar o direito do investigado, é necessário que o Poder Judiciário atue na investigação, pois somente uma autoridade judicial tem competência para flexibilizar um direito previsto na legislação brasileira. Neste caso, ao ser verificada a colisão de direitos, o Juiz deve adotar os métodos de ponderação, analisando o princípio da proporcionalidade e concluir pela melhor resolução da situação, mesmo que alguma das partes saia prejudicada.

O fato é que, apesar de ser possível a relativização dos direitos fundamentais, os responsáveis pela investigação não podem simplesmente flexibilizá-los, sem a atuação da autoridade judicial, a qual é competente para implementar os princípios da ponderação e da proporcionalidade de maneira fundamentada.

A partir disso, mostra-se necessário verificar os meios utilizados para a investigação criminal. Deste modo, observam-se as condutas dos investigadores para a garantia dos direitos fundamentais que são previstos na Constituição Federal e não podem ser violados, apesar de os investigadores possuírem a

intenção de solucionar o caso da maneira mais rápida possível.

Neste sentido, evidenciam-se as oportunidades em que os responsáveis pelas investigações possam agir de forma autoritária, sem a observância dos direitos inerentes ao indiciado. Por esta razão, o presente estudo restringe-se à análise dos métodos utilizados para a realização de investigações efetuadas por autoridades policiais que oportunizam situações em que os princípios e fundamentos constitucionais podem ser relativizados sem qualquer ponderação, ou até mesmo violados.

Restando, portanto, evidente a importância da análise de condutas tomadas pelos investigadores para que sejam garantidos todos os direitos fundamentais previstos ao suspeito. Na pesquisa serão descritos os direitos fundamentais mais ameaçados pelas condutas dos investigadores e demonstrada a importância destes, bem como as oportunidades em que podem ocorrer as suas violações. Neste sentido, ressalta-se, por fim, como as investigações criminais podem colaborar com as ações penais, caso observem os direitos fundamentais dos investigados.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação criminal caracteriza-se pela apuração da materialidade do fato constituído como crime, bem como de sua autoria. Diferente do que existia na época da ditadura militar, quando o Estado agia de forma autoritária, hoje para imputar um crime a uma pessoa, deve ser realizada uma investigação que respeite os direitos fundamentais do suspeito e possua como finalidade a averiguação dos fatos para que seja alcançada a realidade dos acontecimentos.

Neste diapasão, a investigação criminal é instaurada como instrumento hábil para a fundamentação de possíveis alegações futuras para imputação de um delito a uma pessoa (MOREIRA, 2016). Desta forma, o Código de Processo Penal consagrou o inquérito policial como um dos meios utilizados para a averiguação dos fatos, incumbindo as funções investigatórias criminais à polícia civil, militar, federal e as Forças Armadas.

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser de uma maneira, na cultura ocidental, de auferir a verda-

de, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir (FOUCAULT, 1999, p. 11).

O inquérito é um instrumento utilizado para apuração dos fatos e, ao ser instaurado, os responsáveis utilizam de diversos meios de apuração de provas para alcançar seus objetivos. Entretanto, não se configura como único meio de investigação utilizado pelo poder policial na fase pré-processual. O direito penal mantém-se em constante atualização, alterando seus métodos de investigação a cada nova forma de cometer delitos que surgem no decorrer do tempo. Nesta perspectiva, apesar da constante alteração dos métodos investigativos, em razão do acelerado desenvolvimento da globalização, os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal devem permanecer assegurados.

Ademais, em virtude da existência da investigação na fase pré-processual, o Brasil tornou-se um país democrático, uma vez que não há mais a punição arbitrária de cidadãos. Todavia, esta fase se caracteriza como inquisitorial por, em regra, não aceitar a ampla defesa e o contraditório, sendo ainda imune ao controle do judiciário, razão pela qual muitos utilizam deste argumento para suprimir direitos e garantias dos investigados.

Entretanto, é pacífico o entendimento de que durante a fase investigatória existem oportunidades de atuação por parte do Poder Judiciário quando forem necessárias medidas urgentes e de natureza cautelar, bem como para o controle de legalidade. Portanto, as limitações impostas à atuação do judiciário, bem como à defesa do indiciado durante a investigação criminal, não significam que o suspeito não possui direitos tais como o direito ao silêncio, de não produzir prova contra si, entre outros.

Em virtude do desenvolvimento da globalização, houve um aumento considerável da corrupção cometida por grandes grupos, os quais pertencem à criminalidade organizada, razão pela qual foi criada a Lei 12.850/13 que define o conceito de organização criminosa, bem como dispõe sobre infrações penais correlatas, o procedimento criminal, a investigação criminal, e os diversos meios de obtenção da prova, muitos considerados específicos para a investigação de investigados associados em uma organização criminosa.

De acordo com o artigo 1º, § 1º desta lei, a organização criminosa caracteriza-se pela associação de quatro ou mais pessoas, de forma estrutural-

mente organizada, com divisões de tarefas, mesmo que de maneira informal, com objetivo de obtenção de vantagens por meio de práticas de condutas ilícitas cujas penas máximas ultrapassem quatro anos ou sejam de caráter transnacional. Além disso, é possível a aplicação desta lei a demais crimes previstos no § 2º e, no artigo 2º, ficou estabelecido a sanção por participação ou possuir qualquer relação com organização criminosa.

Desta forma, a Lei 12.850/13 trata sobre as organizações criminosas com a finalidade de instrumentalizar a atividade investigatória com atos mais rigorosos para a melhor solução do problema da criminalidade organizada (BUSATO, 2016). Neste sentido, esta lei estabelece em seu artigo 3º meios de provas diversos daqueles geralmente utilizados em investigações criminais, como a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada de agentes policiais, bem como o acesso a registros de ligações e a dados cadastrais, dentre outros.

Como pressuposto para a aplicação destes meios de prova, deve ocorrer a caracterização de uma organização criminosa ou a equiparação a esta, de acordo com o artigo 1º da Lei 12.850/13 como já apresentado acima. Entretanto, como citado por Gustavo Badaró (2017, p. 22-23), não ficou expresso na Lei “quais as situações fáticas e seus respectivos graus de suporte probatório que autorizam o emprego dos meios excepcionais de obtenção de provas”. Segundo este autor, não se trata de quantificar o grau de probabilidade, mas sim analisar as provas que autorizam a caracterização de organização criminosa e a atuação do suspeito perante essa associação.

No Brasil, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos somente é permitida nas investigações realizadas para a apuração de delitos praticados por organizações criminosas, portanto tal relação entre os investigados deve ser caracterizada anteriormente a estes atos investigatórios. Segundo entendimento de Eduardo Araújo da Silva (2014, p. 110), em razão da ausência de regulamentação específica sobre este meio de prova, não há certeza sobre a sua constitucionalidade, portanto se deve aplicar a Lei 9.296/96 de forma analógica, pois esta lei possui critérios para a realização de interceptação telefônica, a qual também se caracteriza como uma forma de violação do direito à privacidade.

Em contrapartida, de acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio

(2003, p. 206), a captação realizada em lugares públicos não requer a autorização judicial, a qual é necessária para a realização da interceptação telefônica, pois, segundo o autor, neste caso, não há, por parte do investigado, uma expectativa de privacidade, uma vez que se encontra em local acessível a todos.

No artigo 8º da Lei 12.850/13 ficou estabelecida a possibilidade dos investigadores agirem de forma infiltrada e da intervenção policial ser realizada de maneira postergada, em razão da espera pelo melhor momento para que sua atuação seja eficaz na obtenção de provas e informações. Desta forma, foi permitida a ação controlada dos agentes policiais, apesar de, em regra, terem a obrigatoriedade de agirem no momento em que o delito é cometido para evitar maiores prejuízos.

De acordo com Francisco Sannini Neto (2016), o artigo 8º em seu § 1º prevê a necessidade de comunicação prévia ao Juízo sobre o retardamento da ação policial, não sendo necessária, portanto, uma autorização por parte do Poder Judiciário. Ao contrário deste pensamento, Gustavo Badaró (2017, p. 29) entende ser necessária a autorização judicial para a prática do ato investigatório, já que o juiz pode estabelecer limites a essa atuação. Desta forma, ficam evidentes as dúvidas que a lei deixou em razão da não regulamentação correta de seus métodos de apuração de provas.

Já com relação ao acesso a registros telefônicos e telemáticos, este não foi regulamentado pela lei 12.850/13, pois as interceptações não são somente realizadas em investigações de organizações criminosas, sendo possível sua adoção na investigação de delitos sancionados com pena de reclusão e quando há indícios suficientes de materialidade a autoria (BADARÓ, 2017, p. 37).

Desta mesma forma foi entendido para o sigilo bancário e fiscal, uma vez que o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a flexibilização deste sigilo para o esclarecimento de qualquer atividade criminosa, desde que autorizada pelo Poder Judiciário de forma fundamentada, não sendo este, portanto, um meio de prova específico da investigação de organizações criminosas. Ademais, este meio de prova é importante em razão da natureza dos delitos que necessitam destes métodos, os quais, geralmente, precisam de provas documentais para serem comprovados (BADARÓ, 2017, p. 39).

Quanto aos dados cadastrais e informações, a lei 12.850 regulamenta este método a partir do artigo 15, em que estabelece a possibilidade de

acesso a dados cadastrais para identificação do investigado, para o qual não é necessária a autorização judicial, uma vez que somente serão acessados dados para a qualificação do suspeito. Além disso, esta conduta pode ser tomada em investigações diversas, não somente nas que possuem como objeto a organização criminosa.

Já no artigo 16 e 17, a lei prevê, respectivamente, a possibilidade de acesso a informações de serviços de viagens e a identificação de números telefônicos. Nestes casos, mostra-se necessária a autorização judicial para o acesso a estes dados, já que se caracteriza como uma violação à vida pessoal do investigado, devendo ocorrer a ponderação dos direitos colididos, ou seja, o direito à privacidade contra a necessidade de investigação para apuração dos fatos (BADARÓ, 2017, 33-36).

Em suma, ao analisar os meios de apuração de provas previstos na Lei 12.850/13, é possível reconhecer que a sua aplicação destes somente é aceita quando não existirem mais outros métodos a serem utilizados, de modo que são aplicados de forma subsidiária. A execução destes atos investigatórios, principalmente os considerados específicos para as organizações criminosas, oportunizam situações de relativização de direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, serem implementados de maneira cautelosa e limitados pelo Poder Judiciário.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

Para que seja considerada como uma base forte para o oferecimento da denúncia, a investigação criminal deve ser exercida de maneira cautelosa, permitindo que o investigado exerça seus direitos. Essa investigação não pode se dar de qualquer forma, já que poderá ser utilizada como uma possível sustentação para a imputação de um crime cometido. Devem, portanto, ser respeitados todos os direitos previstos para a eficácia da investigação.

Os direitos fundamentais são direitos inerentes a todo ser humano que estão positivados na Constituição Federal Brasileira. Tais direitos devem ser observados para a preservação do princípio da dignidade humana, bem como para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, ainda são previstos na Carta Magna direitos específicos de indivíduos investiga-

dos pela prática de um delito.

Em virtude dos novos meios de apuração de provas previstos na Lei 12.850/13, demonstra-se importante ressaltar estes direitos, como por exemplo, o direito a defesa em todos os atos investigatórios, sendo este entendimento pacífico na jurisprudência por meio da súmula vinculante número 14 do STF.

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.³

Ademais, com a alteração do Estatuto da Advocacia, pela lei 13.245/2016, tornou-se evidente o direito do advogado em atuar em defesa do suspeito durante a investigação, estabelecendo a necessidade da presença do advogado durante o interrogatório do indiciado e o acesso a todas as provas já documentadas no inquérito. Entretanto, por ser uma novidade, muitas vezes, é possível deparar-se com situações em que este direito não é garantido ao investigado, uma vez que o inquérito possui natureza inquisitiva e boa parte de seu conteúdo é sigiloso para que a apuração dos fatos seja frutífera (SANTOS, 2012).

Além disso, em virtude das torturas realizadas antigamente aos suspeitos para conseguir provas e até a confissão de um crime, nasceu o direito a não produzir provas contra si mesmo, conhecido como princípio da não auto-incriminação ou *Nemo tenetur se detegere* que está previsto no inciso LXIII, artigo 5º, da Constituição Federal⁴. Neste direito, está previsto que, ao existir a pretensão do Estado em apurar determinado fato, o suspeito quando interrogado pode ocultar determinada informação com a finalidade de não se incriminar.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 21 jun. 2017.

⁴ Art. 5º CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Desta forma, caso o investigado opte por não colaborar com a investigação não poderá ser punido pela ocultação dos fatos, vez que se encontra respaldado por este direito. Entretanto, tal princípio não permite ao investigado atrapalhar a apuração dos fatos, sendo o suspeito punido caso pratique atos protelatórios que dificultem a investigação, obstruindo a investigação da infração penal.

O direito de não produzir prova contra si condiz com a natureza do ser humano em se defender, de preservar a sua liberdade e possui respaldo tanto na fase investigatória, quanto na fase processual do direito penal, bem como em todas as demais áreas do direito, facultando ao cidadão invocar esta garantia perante qualquer juízo, independentemente de seu ramo (GOMES, 2010). Por esta razão, os tribunais vêm entendendo que este direito impede a condenação por falso testemunho⁵, haja vista que, independentemente da situação em que a pessoa depõe em juízo, ela pode invocar esta garantia.

Neste mesmo sentido, por consequência do direito a não produzir provas contra si, o investigado possui a faculdade de manter-se em silêncio durante seu interrogatório é considerado um meio de defesa e, desta forma, o indiciado não é obrigado a apresentar provas que lhe comprometam a sua defesa. Por esta razão, conforme estabelecido no texto normativo do artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não se pode considerar o silêncio como uma confissão, nem extrair desta conduta qualquer valoração em prejuízo da defesa⁶.

O direito de não se incriminar e o direito ao silêncio, mencionados acima, derivam do “princípio da presunção de não culpabilidade ou estado de inocência” (SANTOS, 2012), expressamente previsto na Carta Magna, no artigo 5º, inciso LVII, o qual se caracteriza como “regra de tratamento”, sendo possível a incidência deste “independentemente da verossimilhança da imputação que recai sobre o acusado” (QUEIROZ, 2017).

⁵ Referência ao caso de nº 0000677-61.2012.8.26.0664, em trâmite no TJSP – A 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um homem e uma mulher que haviam sido condenados pela 3ª Vara Judicial de Votuporanga a dois anos de prisão pelo crime de falso testemunho.

⁶ Art. 186. Parágrafo único. CPP: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Neste sentido, existe ainda o direito à privacidade, que se caracteriza como um dos direitos mais vulneráveis durante a investigação criminal, principalmente quando aplicados os métodos excepcionais de apuração de provas previstos na Lei 12.850. Ademais, com o avanço da tecnologia, a apuração de fatos e a averiguação da autoria tornaram-se cada vez mais eficazes, possibilitando amplo acesso às provas e, por consequência disso, as questões particulares destes cidadãos também ficaram mais acessíveis.

O direito à privacidade é mencionado na Constituição Federal, em seu artigo 5^o⁷, inciso X, em que está prevista a inviolabilidade da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas. Trata-se, portanto, de uma das garantias integrantes aos direitos da personalidade. A garantia a este direito encontra-se assegurada também pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.⁸

Desta forma, caso ocorra o desrespeito a essa garantia, nasce para o prejudicado o direito de reivindicar as indenizações cabíveis. No mesmo sentido, o autor Pontes de Miranda, em seu livro *Tratado de Direito Privado*, confirma que a pessoa “tem o direito de manter-se na reserva, de velar sua intimidade, de não deixar que se lhe devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública”.

Além disso, segundo Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 62), os atos de indiscrição abrangidos pela violabilidade da vida privada se subdividem em intromissão direta, a qual se dá no âmbito espacial que o indivíduo vive, ou indireta, por meio de interferência nos meios de comunicação, com uso da tecnologia. Assim, ao relacionar este entendimento com a investigação criminal, a forma indireta de intromissão na vida do indivíduo é mais habitual, vez que, cada dia mais, são utilizados meios tecnológicos para o controle dos indivíduos.

⁷ Art. 5^o X CF: 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.

⁸ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em 15 abr. 2017.

Desta forma, é possível verificar diversos direitos inerentes a todo ser humano, os quais devem ser sempre respeitados, principalmente, quando o indivíduo é investigado pela execução de algum ato tipificado como crime. Entretanto, para garantir o sucesso da investigação, é possível a relativização destes direitos, de forma fundamentada e determinada por um magistrado, de modo que, haja a ponderação entre direitos e que nenhuma das partes seja ilegalmente prejudicada.

Portanto, para a relativização de direitos fundamentais durante a investigação criminal, o Poder Judiciário deve realizar a análise do caso em questão e não simplesmente infringir as garantias constitucionais em razão da ausência de normas concretas que estabeleçam diretrizes para a colisão dos direitos fundamentais.

A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS DURANTE A INVESTIGAÇÃO

Ao prever a implementação de diversos métodos para a apuração de provas, ficaram evidentes as situações em que poderiam ocorrer a violação dos direitos e garantias previstos na Carta Magna. Apesar dos diferentes meios de provas admitidos, a Lei 12.850/13 não devia proporcionar situações que relativizam os critérios para a realização de atos investigatórios que violem os direitos e garantias do investigado, devendo estes serem sempre dependentes do Poder Judiciário, o qual possui competência para a aplicação dos métodos e pode permitir a flexibilização de direitos.

Portanto, ao ter que utilizar medidas excepcionais para a investigação dos fatos, os responsáveis por essa averiguação devem requisitar uma permissão ao Poder Judiciário para realização de atos investigatórios que, possivelmente, poderão prejudicar a vida pessoal e os direitos do suspeito. Nesta oportunidade, com fundamento na teoria de Robert Alexy, o juiz competente analisa a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da colisão destes direitos para alcançar a solução mais justa para a situação.

Desta forma, os direitos podem ser flexibilizados perante outros direitos e princípios fundamentais (JÚNIOR, 2004, p. 62.). Ressalta-se que, para a relativização de um direito fundamental, deve ser respeitado o princípio da ponderação, balanceando os interesses, bens, valores ou normas (BARROSO,

2004, p. 358.), bem como o princípio da proporcionalidade, analisando sua necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2005, p. 113.), sendo desta forma entendido por Pedraz Penalva:

“a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar consequências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto a sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.”⁹

Tais princípios aplicam-se em casos de colisões entre estes direitos, de modo que, em razão da oposição, eles são comparados e, levando em consideração os princípios citados, chega-se a uma nova interpretação para o caso em questão. Não bastasse, ao relativizar os direitos previstos na Constituição Federal, o julgador deve motivar sua interpretação, descrevendo o método utilizado por ele, pois um direito fundamental não pode ser violado somente em razão da sua não observância, sem qualquer justificativa.

Assim, apesar da Lei 12.850/13 estabelecer diferentes meios de prova para a verificação de delitos cometidos por organizações criminosas, a realização da interceptação telefônica descrita na lei 9.296/96 ainda necessita da expedição de mandado judicial, pois ocorre a colisão do direito à privacidade, previsto na Constituição Federal, com o direito de proceder a investigação criminal para a apuração dos fatos.

Neste mesmo sentido, as quebras de sigilo bancário e fiscal também dependem de respaldo judicial, uma vez que, do mesmo modo, oportunizam a situação de violação ao direito à privacidade e intimidade, ligado diretamente ao princípio da dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade (BUSATO, 2016).

A situação de colisão de direitos, principalmente entre o direito à privacidade e o direito à investigação criminal, acontece com relação aos demais

⁹ Apud Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.60

métodos de apuração de provas, já que a Lei 12.850/13 não estabeleceu a necessidade de autorização judicial para a ação controlada de agentes policiais, bem como para a infiltração destes nas organizações criminosas e para a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos. Desta forma, restam-se argumentações doutrinárias quanto à necessidade de autorização, como citadas no primeiro capítulo e, muitas vezes, deve ser requisitada a atuação do Poder Judiciário para a ponderação destes direitos e a aplicação dos métodos investigatórios sem prejuízo de sua legitimidade (BADARÓ, 2017, p. 24 e 28).

Deste modo, a investigação criminal mostra-se como terreno fértil para o descumprimento de direitos fundamentais dos cidadãos e, por esta razão, demonstra-se necessário que sejam determinados critérios mais rígidos para a realização de investigações criminais com a finalidade de garantir o Estado Democrático de Direito, devendo ser respeitados os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Ademais, ao ser investigado o suspeito de ter cometido algum ato ilícito poderá sofrer com a violação de seus direitos, como o direito de defesa em todos os atos investigatórios, bem como o direito de não produzir prova contra si mesmo, ou até o princípio da presunção de inocência. Deste modo, deve existir um controle formal sobre as atitudes investigatórias realizadas, razão pela qual, deve-se ficar atento às condutas tomadas pelos responsáveis durante a investigação, para que não sejam ultrapassadas as barreiras e haja a colisão com os direitos fundamentais do cidadão.

Portanto, em razão da abrangência da Lei 12.850/13, muitas vezes os direitos do investigado, previstos na Constituição Federal, podem ser violados. Desta forma, verifica-se a contradição à evolução do direito, o qual se posiciona contra as atrocidades do antigo sistema inquisitivo, que possuía um procedimento secreto, desrespeitava o sistema acusatório, bem como obrigava a confissão do suspeito (GOMES, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao serem adotados os diversos métodos de apuração de provas durante a investigação criminal, o investigado encontra-se em uma situação de

vulnerabilidade, na qual seus direitos e garantias fundamentais podem ser claramente violados, caso não sejam respeitados os critérios investigatórios estabelecidos na legislação brasileira vigente.

Deste modo, o responsável pela averiguação dos fatos deve respeitar as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à investigação criminal, sendo a observância destas normas imprescindível para uma conclusão efetiva da investigação. A conduta do membro fiscalizador, ao qual foi dada a competência de investigar, deve ser condizente ao previsto na lei brasileira para que seja possível a sustentação para uma futura condenação na esfera criminal.

Ademais, caso haja prejuízo ao investigado, além desta investigação não ser aceita como base para a imputação de um crime em uma ação penal, o responsável deve responder pelas violações realizadas, como por exemplo, indenizando o indiciado em razão do direito infringido. As investigações feitas de acordo com os critérios determinados na legislação já se caracterizam como uma intromissão na vida do suspeito, assim, uma investigação sem limitação de autoridade judicial pode ser ainda mais prejudicial ao investigado.

Portanto, independentemente de tratar-se de crimes cometidos por organizações criminosas ou por um só indivíduo, a investigação realizada para apuração da materialidade e autoria dos fatos deve garantir todos os direitos e princípios constitucionais e infraconstitucionais para ser um fundamento válido ao oferecimento da denúncia, ou seja, é necessário que sejam respeitados os direitos do investigado para que essa apuração seja utilizada como fundamento para imputar uma sanção ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

Apud Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “**O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.º ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo. **Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova**. In: Crime Organizado: análise da Lei 12.850/2013/ Gustavo Badaró [et alii]; organização: Kai Ambos, Eneas Romero – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. **Lei Nº 9.296, De 24 De Julho De 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm> Acesso em 16 abr. 2017.

_____. **Lei. Nº 12.850, De 02 de Agosto de 2013**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em 28 de jul. 2017.

_____. **Lei. Nº 13.245, De 04 de Julho de 1994**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso em 08 de jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BUSATO, Paulo César. **As Inovações da Lei 12.850/13 e a Atividade Policial**. In: Polícia e Investigação Criminal no Brasil/ Daniel Josef Lerner... [et al.]; coordenação Eneas Romero de Vasconcelos, Ezequiel Malarino, Kai Ambos. – 1. Ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

CARAZAI, Marcos Marins. **A Interpretação do STF sobre o Direito ao Silêncio e o Contraditório no Processo Penal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas

Tadeu, fev. 2014. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/14-mar-cos-carazai.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

COLARES, Samuel Miranda. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. Instituto brasileiro de ciências criminais. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10659-O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

DUTRA, Marina Tomaz Katalinic. **Breves considerações sobre o direito à privacidade**. Consultor Jurídico, set. 2006 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-set-02/breves_consideracoes_direito_privacidade>. Acesso em: 18 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Jan. 2010 Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. – 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JÚNIOR, Paulo José Da Costa. **O direito de estar só: A Tutela Penal do Direito à Intimidade**. 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

JUSTIFICANDO. **Direito de “não produzir prova contra si mesmo” impede condenação por falso testemunho**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/05/principio-de-nemo-tenetur-se-detegere-impede-condenacao-por-falso-testemunho/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à Intimidade e Privacidade**. Tribunal De Justiça Do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

MICHEL FOUCAULT, **A verdade e as formas jurídicas**, Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Função da Polícia e Formas de Investigação**. In: Polícia e Investigação Criminal no Brasil/ Daniel Josef Lerner... [et al.]; coordenação Eneas Romero de Vasconcelos, Ezequiel Malarino, Kai Ambos. – 1. Ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

NETO, Francisco Sannini. **Lei 12.850/13, ação controlada e organizações criminosas**. Canal Ciências Criminais, set. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/acao-controlada-organizacoes-criminosas/>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

NETO, Francisco Sannini. **Lei 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal? (Parte 2)**. Canal Ciências Criminais, jan. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/lei-13-2452016-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal-parte-2/>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.unu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 15 abr. 2017.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Princípio da presunção de inocência**. Mar. 2017. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

RIOS, Rodrigo Sanches. Direito Penal Econômico: **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal**. São Paulo: Saraiva-GV Law, 2012.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Proteção da privacidade na internet: aspectos criminais**. 2002. f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília.

SANTOS, Luciano Aragão. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: “Nemo tenetur se detegere”**. DireitoNet, out. 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

SANTOS, Marcio Cursino Dos. **As Garantias Constitucionais Insertas no Inquérito Policial**. EPD, fev. 2012. Disponível em: <<https://www.epd.edu.br/artigos/2011/11/garantias-constitucionais-insertas-no-inqu-rito-policial>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.

TRANSPARENCY. **Convenções anticorrupção nas Américas**. Disponível em: <http://www.transparency.org/regional_pages/americas/convenciones/convencoes_anticorrupcao_nas_americas/onu>. Acesso em: 14 jun. 2017.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E MILITARES – IGUALDADE DE DIREITOS?

*Ana Carolina da Silva Degrava*¹
*Bruna de Paula Polanzan*²

RESUMO

A imunidade tributária é um princípio que advém da dignidade da pessoa humana, e, por esta razão, não pode evidentemente ser relativizada. Para que compreendamos a afirmação posta anteriormente, faz-se necessário um criterioso estudo sobre os princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo de maneira clara a utilização e os limites da aplicação da imunidade tributária. Deve-se ter sempre em mente que os cidadãos não podem ter extirpados os seus direitos aleatoriamente. No artigo em referência, os servidores públicos sejam civis ou militares não devem ser diferenciados diante de sua dignidade como seres humanos, seja para concessão ou não de privilégios.

PALAVRAS-CHAVE

Imunidade; Civis; Militares; Dignidade; Isonomia e tributária.

¹ Ana Carolina da Silva Degrava: Advogada, Mestranda do Programa de Mestrado Sistema Constitucional de Garantias de Direitos. Do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Pós-Graduada em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Pós-Graduada em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito. Graduanda de Licenciatura em Letras pela Universidade Anhanguera.

² Bruna de Paula Polanzan: Advogada, Mestranda do Programa de Mestrado Sistema Constitucional de Garantias de Direitos. Do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Previdenciário pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Presidente da Comissão OAB vai à Escola da 21ª Subseção de Bauru/SP.

INTRODUÇÃO

No sistema previdenciário brasileiro, temos a distinção entre Regime próprio e Regime geral de previdência. Os servidores públicos regidos pelo Regime próprio de previdência são os elencados na constituição federal em seu artigo 40, os quais têm direitos e deveres específicos.

A imunidade tributária concedida aos servidores públicos deve abranger a todos os servidores, de forma a concretizar o princípio da igualdade.

No entanto, os servidores civis e militares são diferenciados no que tange a imunidade parcial previdenciária, razão pela qual tal artigo vem a discorrer a respeito da desigualdade da aplicação de tal benefício, que só aplicado aos servidores civis.

A discrepância acima relatada e seus equivocados fundamentos norteiam o presente texto. Ademais, será dada ênfase à análise de casos concretos, nos quais tal conflito se manifestou e foi resolvido.

A metodologia empregada neste trabalho foi a de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sem que houvesse, em razão da natureza do próprio trabalho, recurso a métodos quantitativos.

O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: REGIME PRÓPRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O sistema previdenciário brasileiro é obrigatório para todos os trabalhadores que exercem atividade remunerada, todavia o regime a ser contemplado a cada trabalhador possui diferenciações. No Brasil, os servidores públicos de cargos efetivos seguem o Regime Próprio da Previdência Social, enquanto os demais proletários são abrangidos pelo Regime Geral da Previdência Social, o qual é gerido por uma autarquia federal - Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

Esclarece Leitão e Meirinho (2014, p.751, 753 - 754):

Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegure por lei, inclusive constituição estadual ou lei orgânica distrital ou municipal, a servidor público pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no artigo 40 da CF/88. Cada ente fede-

rativo que pretenda instituir seu regime próprio de previdência deverá editar a lei correspondente regulamentando o respectivo regime, observando a legislação federal geral (de natureza nacional). [...] Infere-se, pois, que os regimes próprios são sistemas fechados de proteção previdenciária que têm como filiados os servidores titulares de cargos de provimento efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo suas autarquias e fundações.

Perfazendo uma análise de toda a história da previdência no Brasil, é possível afirmarmos que, notadamente, os funcionários públicos de cargo efetivo sempre tiveram tratamento diferenciado no que concerne aos benefícios de aposentadoria, nas palavras de Castro e Lazzari (2017, p 95):

Num breve esboço histórico, é curial dizer que as regras de aposentadoria dos servidores públicos sempre foram diferenciadas dos trabalhadores da iniciativa privada, sendo traços marcantes, até as Reformas Constitucionais da Previdência... A Constituição Federal de 1988, quando promulgada, concedia o mesmo tratamento diferenciado aos agentes públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como os das autarquias e fundações públicas. Foi a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, que inovou na matéria ao prever a instituição de um regime previdenciário próprio, o qual também se aplica aos agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios (magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas) – art. 40, caput, com a redação conferida pela EC n. 41, de 2003. A Constituição Federal estabelece que para os agentes públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como os das autarquias e fundações públicas, deve haver Regimes Previdenciários próprios, os quais também se aplicam aos agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios (magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas) – art. 40, caput, com a redação conferida pela EC n. 41, de 2003. Tais agentes públicos não se inserem no Regime Geral de Previdência Social, o que significa dizer que lhes é assegurado estatuto próprio a dispor sobre seus direitos previdenciários e a participação destes no custeio do regime diferenciado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 24, inciso XII, confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a autonomia para legislarem concorrentemente a respeito da previdência social, no entanto, estabeleceu no mesmo texto critérios limitativos a serem respeitados, ou seja, limites sequenciais que devem ser respeitados pelos entes da federação acima citados, limites esses claramente expostos no texto constitucional, sendo eles: a própria Constituição Federal em especial o seu artigo 40, que é a base legal do Regime Próprio da Previdência Social, a Lei nº 9.717 de 27 de novembro de 1998, a Lei nº 9.796 de 05 de maio de 1999, a Lei nº 10.887 de 18 de junho de 2004 e a Lei nº 12.618 de 30 de abril de 2012.

O Regime Próprio da Previdência Social, que fora instituído pela Emenda Constitucional nº 20/1998, pode ser um instituto autônomo ou órgão público de acordo com a Lei que o origina e possui controle financeiro separado dos demais órgãos públicos. Cabendo à União fiscalizar o cumprimento das regras.

A título de exemplo, no Estado de São Paulo, especificadamente, a unidade gestora única do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS) e a do Regime Próprio de Previdência Militar (RPPM) são a mesma, qual seja: São Paulo Previdência-SPPREV, que fora criada pela Lei nº 1.010/2007. Portanto, a SPPREV é a autarquia responsável pelo pagamento de pensões e aposentadorias dos funcionários da administração direta e indireta, como também dos militares do Estado de São Paulo.

O DIREITO CONSTITUCIONAL A IMUNIDADE PARCIAL PREVIDENCIÁRIA AOS PORTADORES DE MOLÉSTIA GRAVE: FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS X FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MILITARES

Como sabemos, as contribuições previdenciárias dos servidores públicos seguem requisitos abrangidos por legislação específica. Dentre as normas que tratam do regime próprio, trazemos aqui em uma perspectiva para debater a norma instituída pelo artigo 40, §18 da Constituição Federal, que abaixo translada-se:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter

contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...] §18 Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Tal dispositivo trata da continuidade da contribuição previdenciária aos aposentados e pensionistas que possuem proventos que superem, ultrapassem o teto máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

Em outras palavras, diferente do RGPS em que o contribuinte após a concessão da aposentadoria não contribui mais para a previdência, no RPPS aquele que auferir proventos maiores que o teto máximo previdenciário continua a contribuir para a previdência com o percentual igual ao estabelecido aos servidores da ativa.

Todavia, aos servidores públicos aposentados e pensionistas portadores de moléstia grave há a possibilidade de imunidade parcial previdenciária instituída pelo artigo 40 §21 da Constituição Federal. Salienta-se que embora o artigo da Carta Magna não defina o rol de doenças incapacitantes a serem abrangidas pela imunidade parcial previdenciária, segue-se o rol do artigo 151 da Lei nº 8.213/1991, que trata da isenção do imposto de renda aos portadores de moléstia grave.

Entretanto, a imunidade parcial previdenciária, em destaque, abrange tão apenas os servidores públicos civis aposentados, sendo excluídos deste rol os militares e pensionistas desta categoria profissional.

Tal exclusão tem fundamentação trazida pelas autarquias estaduais responsáveis pela gestão do RPPS, que é a de que essa exclusão se dá pelo fato de a Emenda Constitucional nº 18/98, dar tratamento diferenciado aos militares, pois não os reconhece mais como servidores públicos, esclarece Castro e Lazarri (2017, p.96):

Os militares não são mais considerados, pelo texto constitucional, servidores públicos, em face das alterações propostas pelo Poder

Executivo e promulgadas pela Emenda Constitucional n. 18, de 5.2.1998, criando tratamento diferenciado para os membros das Forças Armadas em vários aspectos, fundamentalmente acabando com o tratamento isonômico exigido pelo texto original da Constituição entre servidores civis e militares. Além da diferenciação no que tange ao modo de reajuste da remuneração, permitindo-se que os oficiais e graduados das Forças Armadas tenham índices de majoração e épocas diversas em relação aos servidores públicos “civis”, também no que concerne à concessão de benefícios de inatividade são os militares privilegiados pela ordem jurídica, tendo passado incólumes pelas reformas constitucionais. Assim, a Constituição, em seu atual art. 142, X, remete à lei ordinária o tratamento de várias matérias de interesse dos militares, entre as quais as “condições de transferência do militar para a inatividade”, apenas exigido que sejam respeitados os §§ 7º e 8º do art. 40. Importante consignar que a EC n. 41/2003 poupou os militares quando extinguiu a regra da paridade do reajuste de aposentadorias e pensões aos demais servidores públicos civis, e também os preservou das modificações operadas no cálculo da pensão por morte, tendo em vista que a EC n. 41/2003 revogou o inciso IX do § 3º do art. 142 da CF, com a redação dada pela EC n. 20/1998. A Lei n. 6.880, de 9.12.1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares – considerados assim os membros das Forças Armadas –, norma recepcionada pela ordem constitucional vigente, prevê a transferência para a reserva remunerada, nos arts. 96 a 103, e a reforma, nos arts. 104 a 114. O Estatuto em comento sofreu alterações pela Lei n. 10.416, de 27.3.2002, e pela Medida Provisória n. 2.215-10, de 31.8.2001, esta mantendo-se vigente até deliberação do Congresso Nacional sobre a matéria, conforme disposto no art. 2º da EC n. 32/2001. Os militares das Forças Armadas contribuem apenas para fins de pensão por morte (7,5% do soldo), ou seja, os proventos de reserva remunerada e de reforma são custeados exclusivamente pelos cofres da União.

Relevante observarmos ainda, que algumas autarquias estaduais responsáveis pela gestão do RPPS entendem que o tratamento diferenciado dado aos militares importa em privilégios em suas aposentadorias e pensões, privilégios esses que não são concedidos a outros servidores públicos, e por isso,

trazem o “equivocado” entendimento de que diante de tantos privilégios concedidos aos militares, não devem eles serem beneficiados também com a “vantagem” prevista no artigo 40 § 21.

Todavia, como será demonstrado de maneira cabal neste artigo, a não concessão da imunidade parcial previdenciária aos militares da reforma (aposentados) portadores de doença incapacitante fere o princípio base de todo ordenamento jurídico, agredindo prontamente a dignidade da pessoa humana, bem como, contraria integralmente o princípio da igualdade tributária prevista nos artigos 5º e 150, inciso II da Constituição Federal de 88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte: [...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Salienta-se que as imunidades tributárias auferidas do artigo 150 da Constituição Federal recebem respaldo por via das cláusulas pétreas, posto que sua razão está vinculada a valores éticos intrínsecos do Estado.

Segundo a doutrina majoritária, as imunidades e os princípios tributários são limitações impostas constitucionalmente ao poder de tributare tem por razão força de cláusula pétrea.

As imunidades tributárias trazidas pelo artigo 150 da Constituição Federal estão elevadas a princípios constitucionais de alto grau, sendo que sua razão essencial, que seus pressupostos primordiais possuem valores éticos intrínsecos do Estado, tanto que, recebem respaldo por via de cláusula pétrea, o que quer dizer que são inalteráveis senão pelo poder constituinte originário.

Portanto, verifica-se que dentro dos ditames do ordenamento jurídi-

co, as imunidades tributárias não podem ser relativizadas, muito menos alteradas por meio de lei infraconstitucional.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A INSONÔMIA TRIBUTÁRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE À IMUNIDADE PARCIAL PREVIDENCIÁRIA

A imunidade tributária, em suma, está embasada no princípio da isonomia que, por sua vez, está vinculado a um princípio maior, qual seja: a dignidade da pessoa humana. Tracemos algumas considerações com relação aos princípios, para, assim, compreendermos melhor as afirmações acima postas:

Princípios jurídicos – conceituação

Primeiramente vejamos a conceituação das palavras. Princípio é o que serve de base a alguma coisa; causa primeira de algo, raiz, razão de alguma coisa; começo, início. Assim, temos que é o motivo inicial que sustenta, direciona e condiciona aquilo que cronologicamente dele se sucede.

Os princípios jurídicos, em uma acepção moderna do termo, são compreendidos como sendo “supernormas” de caráter e amplitude universal, consubstanciando-se em proposições diretivas para a construção, interpretação e aplicação das demais normas que lhe subjazem, sempre protegendo um fim maior a lograr e que tem como causa valores sociais superiores, são, portanto, amparados pelo ordenamento positivo.

Esses valores citados são atribuídos ao fato de que o ser humano tem como característica precípua, qualificar tudo aquilo que pode ser capturado pelos sentidos e classificá-los como sendo mais ou menos desejável.

Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Melo (2000, p.27):

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Necessário se faz, aqui, diferenciarmos os princípios das regras. Assim, regras são definidas neste trabalho como sendo normas imediatamente descritivas, retrospectivas e com finalidade de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exigem a avaliação de correlação entre a conceituação da descrição da norma e a construção conceitual dos fatos.

Enquanto os princípios são normas finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida como necessária à sua promoção. Logo, os princípios exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários à essa realização.

Humberto Ávila critica as teorias hoje predominantes, em especial, de Dworkin e Alexy, que diferencia regras de princípios com base no modo de aplicação e de colisão. Assim, enquanto as regras seriam aplicadas por “subsunção”, os princípios seriam aplicados mediante “ponderação”. Temos portanto, que para essas teorias a diferenciação seria o modo como seriam aplicados. Nesta linha de pensamento conforme entendimento de Humberto Ávila, seria ser uma norma-princípio uma norma que se caracteriza pela restringibilidade e afastabilidade, cuja fundamentação é a de que não há princípios absolutos e que todos eles podem ceder em favor de outros diante do caso concreto. Segundo Humberto, de acordo com essas teorias, todos os princípios podem ser afastados, inclusive os reputados fundamentais, justamente por veicularem valores que não podem ser descartados. Tal ideia esteriliza o caráter jurídico-normativo que define os princípios como normas jurídicas como bem afirmou Eros Roberto Grau.

Segundo a ideia contrária, os princípios devem deixar de serem caracterizados como normas carecedoras de ponderação e passar a serem qualificados como normas fundamentais e genéricas que demandam complementação por outras normas, quer em nível horizontal ou vertical. Ou seja, a capacidade de afastamento é meramente contingente e não necessário dos princípios.

Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia um estado de coisas a ser promovido, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de um princípio que exige do aplicador um exame de correlação entre esse estado e os comportamentos que devem ser adotados para a sua promoção.

Daí, a razão da afirmação feita por Humberto Ávila de que “os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais, como se o intérprete pudesse aplicá-los apenas quando assim desejasse. Os princípios, ao invés disso, instituem dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas.

Vejamos os princípios com relação a sua eficácia. Classificam-se da seguinte maneira: existe a eficácia interna direta e indireta, bem como, externa objetiva, que se subdivide em seletiva, argumentativa, direta e indireta.

Princípios jurídicos - Eficácia

Enquanto as normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo o seu sentido e seu valor. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras. Por exemplo, as regras de imunidade tributária são adequadamente compreendidas se interpretadas de acordo com os princípios que lhe são sobrejacentes, como é o caso da interpretação da regra da imunidade tributária com base no princípio federativo.

Eficácia interna direta: no plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, de modo que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Por exemplo: se não há regra clara expressa, que garanta a proteção da expectativa de direito – mas ela se faz necessária à implementação de um estado de confiabilidade e de estabilidade para o cidadão – deverá ser resguardada com base direta no princípio da segurança jurídica.

Eficácia interna indireta: a indireta baseia-se na atuação com intermediação ou imposição de outro princípio/subprincípio ou regra.

Primeiramente, relativo às normas de atuação mais ampla ou chamados “sobre-princípios”, os princípios exercem função definitória, na medida em que delimita o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio superior. Exemplo: os sobreprincípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para situações mais concretas, a atuação do so-

breprincípio da segurança pública.

Já com relação às normas de atuação mais restrita, os sobreprincípios exercem função interpretativa, pois servem para interpretar normas construídas a partir de textos expressos, delimitando seus sentidos. Por exemplo: o princípio do devido processo legal impõe a interpretação das regras que garantem a citação e a defesa de modo a garantir protetividade efetiva aos interesses do cidadão.

Outra função exercida é a função bloqueadora, uma vez que, afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas. Exemplo, há uma regra que prevê a abertura de prazo, contudo esse prazo é totalmente insuficiente para garantir efetivamente a protetividade dos direitos do cidadão, é certo que um prazo adequado deverá ser estabelecido em razão da eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal, que, como é sabido, compõe o rol de direitos fundamentais ditados pela Constituição Federal.

Os sobreprincípios citados são, a título de exemplo, os princípios do Estado de Direitos, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Vejamos que, como princípios que são, exercem a função típica dos princípios, no entanto, justamente por estarem “sobre” outros princípios, não exercem função integrativa e nem definitiva.

Na realidade, em verdade, os sobreprincípios exercem é a função rearticuladora, na medida em que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado.

A importância do princípio da igualdade tributária frente à imunidade parcial previdenciária

Neste item trataremos com destaque da imunidade parcial previdenciária dos portadores de moléstia grave, especificamente dos servidores civis e militares.

Observa-se que a negativa de concessão de imunidade parcial previdenciária aos militares portadores de moléstia grave, já citada neste artigo, trata-se de um tratamento totalmente desigual dado pelo Estado, posto que ao negar esse direito na via administrativa em razão tão somente do cargo pro-

fissional que ocupa, as autarquias estaduais competentes à gestão do RPPS desconsideram a situação de vulnerabilidade do contribuinte diante da doença incapacitante, coadunando com a negativa do princípio da igualdade e consequentemente atuando de forma a graduar os seres humanos de acordo com o cargo que ocupam e não pela sua igual dignidade.

Ora, o simples Fato de ser o servidor público civil ou militar não traz qualquer distinção quando se trata de saúde humana, a doença atinge a todos de uma mesma maneira e com a mesma gravidade e intensidade – lembremos que a saúde é um direito de todos, sem distinção dentro do texto constitucional.

Nas palavras de Sabbag (2016, p.253-257):

Quando o tratamento diferenciado dispensado pelas normas jurídicas, guarda relação de pertinência lógica com a razão diferencial (motivo da atitude discriminatória), não há que se falar em afronta ao princípio de isonomia. Por outro lado, a adoção de um dado fator de discriminação, sem qualquer correspondência com a lógica racional de diferenciação, colocará em xeque a almejada ideia de igualdade.(...) O Princípio da igualdade tributária é também conhecido por “princípio da proibição dos privilégios odiosos”, na medida em que visa coibir a odiosidade tributária, manifestável em comando normativos discriminatórios veiculadores de favoritismo por meio de tributação.

E é nesse sentido, ou seja, em análise ao princípio da igualdade tributária, que têm os Tribunais por todos os país se posicionado de forma favorável a concessão de tal benefício aos militares:

Proventos dos policiais militares, conquanto técnica e rigorosamente não possam ser classificados como servidores públicos, submetem-se a desconto da contribuição previdenciária. Importaria em violação ao princípio da igualdade (CR, art. 5º, caput) e da igualdade tributária (CR, art. 150, II) estabelecer qualquer distinção entre eles quanto ao limite da base de cálculo do tributo” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.000220-4, da Capital, relator Des. Newton Trisotto, j. 29-8-08).” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.010302-5, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, julgada em 14/11/2008).

“Em relação à primeira assertiva do ente estatal - não aplicação do artigo 40, § 21, da Constituição Federal para o militar reformado -, destaca-se, de antemão, que há julgado da Primeira Câmara de Direito Público refutando tal tese. É cediço que, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 18/98, a qual dispõe sobre o regime constitucional dos militares, não há mais como considerar que estes também possuem a qualidade de servidores públicos civis. Houve a criação de tratamento diferenciado entre as duas categorias, pois, em exame dos artigos relativos à aposentadoria, não há qualquer indicação que o benefício dos servidores públicos civis seja concedido da mesma forma aos militares. Ocorre que a resolução da presente lide não passa necessariamente pela análise da qualificação dos militares como servidores públicos. O que se deve ter em mente é a condição de contribuinte previdenciário do militar. (...) Estabelecida, então, essa premissa, não se pode perder de vista que há de se aplicar tratamento isonômico aos servidores públicos civis e aos militares. Isso porque a própria Constituição Federal estabelece, em seu artigo 150, II, que é vedado estabelecer diferenças no que tange ao tratamento dado ao contribuinte. (Tribunal TJSC, Órgão Publicador: DJSC, nº Acórdão 2009.03849-0, Data da Publicação 18/12/2009, Relator: Sérgio Roberto Basch Luz).

Outrora, observemos que o próprio artigo 40 da Constituição Federal não faz distinção dentre os servidores públicos civis e os militares, não traz em seu dispositivo a exclusão destes últimos ao benefício concedido no parágrafo 21 do referido artigo.

O Princípio Da Dignidade Humana

Nossa Constituição Federal é composta por regras e princípios. A existência de regras garante a segurança jurídica, enquanto os princípios permitem a consideração dos valores existentes na sociedade, uma vez que o preâmbulo da Constituição Federal estabelece que a sociedade é pluralista.

A dignidade da pessoa humana é um o princípio que, sucintamente, se abstém das garantias e condições indispensáveis para o exercício da vida humana, nos três principais aspectos, quais sejam: biológico, psicológico e social.

A dignidade da pessoa humana, como princípio, se encontra no topo

de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Por consequência, todos os demais princípios restam em posição inferior, o que naturalmente gera uma observância de todos os demais aos dizeres do princípio maior.

Sendo assim, se pensarmos numa ordem sequencial – temos a dignidade da pessoa humana no topo, dela derivam os princípios da legalidade, da equidade, da isonomia, da ampla defesa etc.

Voltando ao tema principal do presente trabalho, podemos compreender agora de maneira clara e objetiva, a relação existente entre a imunidade tributária e a dignidade da pessoa humana.

A natureza das imunidades tributárias concerne na consagração dos bens sociais caros, gerados democraticamente ao longo da história, cuja previsão na Constituição Federal vêm inserida na forma de direitos individuais e coletivos.

Segundo o professor Eduardo Sabbag (2016, p. 519):

As imunidades e os princípios tributários são limitações constitucionais ao poder de tributar, ganhando a estatura de cláusulas pétreas – limites não suprimíveis por emenda constitucional, uma vez assegurados de direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, CF), aptos ao resguardo de princípios, interesses e valores tidos como fundamentais pelo Estado.

As imunidades tributárias do artigo 150 da Constituição Federal, portanto, estão elevados a princípios constitucionais de alto grau, e sua razão essencial tem valores éticos intrínsecos do Estado, tanto que recebem respaldo por via de cláusula pétrea, ou seja, inalterável apenas pelo poder constituinte originário.

Como se vê as imunidades tributárias não podem ser relativizadas, nem alteradas por meio de lei infraconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar que a força dos princípios no ordenamento jurídico é assunto ultrapassado.

O direito à imunidade tributária relacionado ao princípio da igualdade

está correlacionado à igualdade tanto formal, quanto material. Sendo assim, falar em desigualdade do direito de imunidade de tributária é um campo bem arenoso, tendo em vista que o princípio da igualdade guarda relação íntima com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana não é um princípio que possa ser relativizado, posto que é o princípio maior de todo o ordenamento jurídico, pré-requisito para existência digna do ser humano.

Ao término deste breve estudo chegamos à conclusão de que a diferenciação dos servidores públicos civis e militares, no que concerne à imunidade previdenciária em caso de moléstia grave, é ato contrário à dignidade da pessoa humana, podemos dizer até que se trata de um ato desumano.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____.Tribunal de Justiça Santa Catarina. **Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.010302-5**, Relator: Des. Vanderlei Romer: julgado em 14 nov. 2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora> Acesso: 18 jun.2017.

_____.Tribunal de Justiça Santa Catarina. Órgão Publicador: **DJSC, nºAcórdão 2009.03849-0**, Data da Publicação, Relator: Sérgio Roberto Basch Luz. 18 dez.2009. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora> Acesso: 18 jun.2017

CASTRO, Carlos Alberto Perreira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2016.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

*Cláudia Haas AMARAL¹
Léia Fernanda de Souza RICCI²*

RESUMO

Na ausência de políticas públicas adequadas para atender aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário recebe a atribuição de aplicar o direito de acordo com a sua interpretação, o que, às vezes, pode extrapolar a sua competência, e isso é entendido como invasão de competência. Mas uma análise crítica do tema leva à conclusão de que o ativismo judicial pode ser positivo quando utilizado em prol dos direitos fundamentais, portanto não deve ser incluído nos temas discriminados pela doutrina, pois num momento em que as políticas públicas parecem ineficazes, traduz a confiança no Poder Judiciário, que deve ser imparcial e afastado dos interesses políticos, cabendo, naquele momento, àquele órgão a efetividade de muitos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Ativismo judicial, Constituição, direitos fundamentais, Poder Judiciário, políticas públicas, efetividade.

¹ Advogada. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Administração Pública pelas Faculdades Bagozzi.

² Assessora jurídica da Defensoria Pública do Paraná. Especialista em Direito do Trabalho pela UNIDERP. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Professora de Direito Eleitoral na Faculdade de Telêmaco Borba-PR- FATEB. Mestranda em Direito na Univem – Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha – Marília –SP.

INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo inaugurou uma fase histórica que garantiu os direitos fundamentais dos indivíduos, trazendo a sensação de que havia segurança jurídica para seus conflitos, porque estariam amparados pela supremacia das normas estabelecidas na Magna Carta. Paralelamente, surge a ideia de institucionalização do Estado Democrático de Direito, fundado na igualdade republicana, na busca pela justiça social e concretização dos direitos e garantias fundamentais. Na Constituição, estão garantidos os valores e bens necessários à defesa dos direitos das minorias, portanto, os direitos fundamentais prevalecem sobre os demais, tanto que são elevados à categoria de cláusula pétreia. O texto da Constituição Federal de 1988 já inicia tratando dos direitos fundamentais, o que representa a importância que é dada ao tema na Constituição. Por muito tempo, acreditou-se que a norma positivada na Carta Maior representou real garantia dos direitos fundamentais.

Contudo, com o decorrer do tempo, a dogmática passou a ser questionada, porque, mesmo diante de tantas garantias, os direitos das minorias continuavam sonogados, surgindo discussões para atribuir a responsabilidade a qualquer um dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Portanto, o Poder Constituinte Originário e o Derivado seriam os primeiros responsáveis pela definição das normas de direitos fundamentais, que serão regulamentados pelo Poder Legislativo, mas no momento da aplicação, pode demandar esforços do Poder Judiciário, que por meio da jurisprudência, como fonte de direitos e deveres, deve encontrar a melhor interpretação dentro do que existe positivado e garantir a efetividade dos direitos individuais.

O reconhecimento dos esforços dos Tribunais para exarar equacionamentos eficazes e justos é visível, a exemplo do que ocorre no Superior Tribunal de Justiça, que tem a função de guardião infraconstitucional, uniformizando a cidadania, a qual tem elaborado uma jurisprudência que uniformiza gradativamente o direito, e o Superior Tribunal Federal, que possui o domínio da jurisdição constitucional, tem sido consultado para responder a problemas dos mais variados matizes, pois a evolução da sociedade busca adaptar novos conceitos, novos comportamentos, novas necessidades.

Mas pelo fato de o Poder Judiciário ser a última instância a analisar

as diversas questões que surgem ao longo do tempo, acarreta a discussão em torno de sua hermenêutica constitucional, pois, no mínimo, é entendida como interferência na competência dos demais Poderes, o que acarreta críticas severas. Tais atos advindos do Poder Judiciário recebem até um nome específico: ativismo judicial.

O presente trabalho tem por finalidade avaliar se o ativismo judicial pode ser visto de maneira positiva quando utilizado para beneficiar direitos fundamentais que estão sendo desatendidos, seja por omissão da norma, seja por necessidade de melhor interpretação, direitos estes que por sua essencialidade não podem ser esquecidos sob a justificativa de que não há previsão legal. Por meio deste estudo, verificar-se-ão quais os reflexos e a contribuição que o ativismo judicial levará para o futuro dos direitos fundamentais, ao trazer novas interpretações.

1. JUDICIALIZAÇÃO: A RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, cada poder possui suas competências, definidas em determinados artigos da Constituição Federal de 1988. São harmônicos e independentes³, obedecendo à lógica da doutrina iluminista de Rousseau (contrato social), Montesquieu (tripartição de poderes), Kant e demais filósofos dos ideais adotados pelo estado democrático de direito. Trata-se de um sistema no qual a Constituição centraliza o modo de produção das leis e dos atos normativos, centraliza as decisões dos tribunais que se subordinam a ela, limitando as leis e o poder de atuação do Estado. A interpretação final das normas é feita por um órgão superior de justiça, que deve interpretar as normas constitucionais de forma vinculante. Assim é o estado democrático de direito, e no caso do Brasil, a interpretação das leis constitucionais é feita pelo Supremo Tribunal Federal, que aplica a Constituição de forma direta ou indireta⁴ por meio de sua jurisdição, que é constitucional.

³ Constituição Federal de 1988: Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴ Luís Roberto Barroso explica que a aplicação direta das leis refere-se às situações contempladas na Constituição, e que a indireta se dá no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

O estado democrático de direito pressupõe que as questões relevantes de caráter político, social ou moral são competência das instituições políticas tradicionais, que são o Poder Legislativo e o Poder Executivo, a eles cabe a criação do direito. Mas certos fatores políticos passaram a desgastar estas instituições, como por exemplo, quando estes poderes, com o intuito de não aumentar as dívidas públicas, não trabalham em prol de políticas públicas que reduzam as desigualdades sociais, o que proporciona certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral, e esta morosidade transfere o poder de decisão das suas políticas para o Poder Judiciário.

Existem outros fatores, como o reconhecimento de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, e como independente que é, prefere-se que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas controversos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação, etc., como estratégia para os políticos não se comprometerem diante do seu eleitorado.

Diante da falta de comprometimento das instituições políticas, coube ao Poder Judiciário o poder de decisão para questões que já deveriam estar sob consenso, e a este fenômeno denominou-se judicialização. No Brasil, ela decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina à matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e à matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio.

Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Barroso⁵ defende que nesse contexto, a judicialização constitui um fato contra o qual não se deve lutar, pois é uma circunstância decorrente

5 Op. cit., p. 08.

do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não teriam a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Nos dizeres de Barroso, a judicialização origina-se do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política; enquanto que, no ativismo, há uma escolha, uma opção do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude.

Com efeito, Luis Roberto Barroso assim se refere à judicialização e ao ativismo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2012)

Luis Flávio Gomes considera judicialização do direito e não ativismo na medida em que a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido.

Vanice Regina Lírio do Valle afirma que o problema na identificação do

ativismo judicial reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional, uma vez que o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo não reside numa controvertida posição sobre a qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. De acordo com a autora, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder perante casos difíceis.

As considerações acima são relevantes para esclarecer que judicialização não significa o mesmo que ativismo judicial, pois resulta de uma tendência a transferir para o Poder Judiciário casos mais complexos, quando não há interesse dos outros órgãos em adequar soluções para eles.

A judicialização é um fato natural que vem ocorrendo diante da dinâmica das relações sociais e políticas, ele é inevitável, causado pela necessidade de intervenção; o ativismo judicial é uma escolha, porque reflete a participação dos juízes em casos atualmente considerados relevantes, pois ao longo do tempo percebeu-se que a expectativa causada pela norma positivada na Constituição não correspondeu às expectativas e necessitam de maior atendimento por parte do Judiciário, que passa a expandir o alcance da Constituição. Portanto, num segundo momento, a judicialização pode se transformar em ativismo judicial, de modo que as considerações anteriores servem de norte para a compreensão das críticas e vantagens que o ativismo judicial pode vir a apresentar, especialmente se utilizado em prol da defesa de direitos de classes que não foram favorecidas pelas circunstâncias políticas e sociais.

2. ATIVISMO JUDICIAL

O termo “ativismo judicial” é uma expressão originada dos Estados Unidos, porque advém de discussões ocorridas em casuísticas do período do “*New Deal*” norte-americano⁶, por volta dos anos 40 em diante, em que o Po-

⁶ O New Deal (cuja tradução literal em português seria “novo acordo” ou “novo trato”) foi o nome dado à série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir os prejudicados pela Grande Depressão. (http://pt.wikipedia.org/wiki/New_Deal. Acesso em 20.08.2012).

der Judiciário (denominado “Suprema Corte”) daquele país interferiu na vida privada dos indivíduos, proferindo jurisprudências de caráter eminentemente político, sem participação do Congresso e do Presidente. Essa intervenção foi entendida como uma arbitrariedade da Suprema Corte, feita daquela forma inédita até então. Inclusive, ocorreram dois grupos de discussão, liderados por uma corrente que defendia o ativismo judicial para promoção do bem-estar social, e outra corrente que asseverava que o Judiciário possuía função relevante, mas limitada no sistema norte-americano. O período foi positivo para afirmar jurisprudências progressistas com relação aos direitos fundamentais, não obstante as críticas ideológicas, ora conservadoras, ora progressistas. Mas dentro deste caldo de cultura, o fenômeno do ativismo judicial começou a consolidar-se no sentido de maior participação dos juízes na concretização dos fins constitucionais, interferindo na atuação dos demais poderes, e com isso ocupando espaços vazios, lacunas que porventura ocorram.

Aqui no Brasil, o ativismo judicial tem precedentes em posturas ativas do Supremo Tribunal Federal, com diferentes linhas de decisão. Como exemplos, citam-se: casos não expressamente contemplados na Constituição e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como o caso da vedação do nepotismo, da paternidade afetiva, e o casamento de homossexuais; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, baseados em critérios menos rígidos do que os de patente e ostensiva violação à Constituição (interpretação conforme a Constituição), como exemplo, no caso da verticalização das coligações, e direito à eutanásia; imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador, como por exemplo, no precedente sobre greve no serviço público ou criação de municípios, quanto no caso de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde⁷.

Citam-se ainda ações civis públicas cujas decisões permitem que o Judiciário controle a destinação de recursos para a educação, para a saúde, em que não se podem aceitar argumentos da administração pública, relacionados à falta de orçamento, para deixar de construir e reformar escolas, ou deixar de

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.11.

fornecer equipamentos para hospitais⁸.

As hipóteses acima descritas distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

Mas considerando que tais atos do Poder Judiciário advêm de necessidades que a dinâmica do direito traz, e também ante as omissões legislativas, extrai-se que se trata de uma consequência do princípio da supremacia da constituição e da institucionalização do Estado Democrático de Direito, fundado na igualdade republicana, na busca pela justiça social e concretização dos direitos e garantias fundamentais. Alguns direitos que deveriam estar resguardados e assegurados, por diversos fatores, acabaram por perder uma aplicação eficaz, carecendo, então, de novas interpretações.

Nesse novo contexto, simples análise dos exemplos anteriores permite verificar que a Constituição passa a ser considerada, a partir de um novo campo teórico, como fonte de valores e bens que devem ser resguardados e protegidos, uma vez que determina o respeito à dignidade das minorias.

Flávia Piovesan salienta que:

(...) a busca do texto em resguardar o valor da dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais. Constata-se, assim, uma nova topografia constitucional, na medida em que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, à cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais." (PIOVESAN, 2000, p. 55).

O ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).

O controle de constitucionalidade traduz um exemplo de ativismo judicial, pois, se contrapondo a um ato legislativo ou um ato de um membro

⁸ REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.08.2009, DJE 27.08.2009; RE 410.715 AgR/SP- Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 03.02.2006, p. 76.10.

eleito pelo povo, o Judiciário opõe-se à vontade de representantes do povo. O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.

A importância do ativismo na efetivação dos direitos e garantias fundamentais é posta à prova toda vez que o fiel respeito às formalidades legais acaba por gerar injustiças, cabendo ao magistrado superar os formalismos excessivos para concretizar os direitos fundamentais. Se o rigor excessivo da lei impede a efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário encontrar a melhor forma de alcançar a justiça. E justiça, segundo Chaïm Perelman, “consiste, por certo, na aplicação da ideia de igualdade, porém como um elemento indeterminado, ou seja, que possibilite o levantamento e discussão de suas divergências. De tal elemento variável, numa pluralidade de determinações, é que advirão as mais opostas fórmulas de justiça, até que se chegue a um ideal de limite, sendo justiça a igualdade, não absoluta, mas a parcial, como algo possível de execução prática. Ser justo é tratar a todos de forma igual, contudo tendo em mente a ideia de “limite”, em contraposição às possibilidades de realização de tais critérios de distribuição do que seja justo” (PERELMAN, 2000, p. 19).

Ou então, na concepção de justiça de John Rawls, que preceitua:

“Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros”. (...) “Portanto, numa sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais” (RAWLS, 2008, p. 4).

Neste aspecto, cumpre ao Judiciário o dever de adaptar o conceito de justiça para o alcance dos direitos fundamentais, porque se a norma não atende aos anseios dos indivíduos, então não há justiça, e, naquele momento, deverá o magistrado superar as formalidades para assegurar o direito fundamental do cidadão.

3. COMPROMETIMENTO DO JUIZ NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais encontram-se enumerados no artigo 5^a. e incisos da Constituição Federal de 1988. Para Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais constituem a dimensão substancial da democracia em contraposição aos direitos políticos, dimensão meramente formal, porque incorporam valores mais importantes e pressupostos da democracia política. E isso decorre da natureza dos bens jurídicos protegidos por eles, que são dotados das características da: universalidade, igualdade, indisponibilidade, atribuídos pelas normas constitucionais, e que, inclusive, se sobrepõem aos poderes constituídos (apud ALVES, 2010, p. 93).

“Os direitos fundamentais são uma espécie de “espaço vedado”, de núcleo duro da democracia, e estão imunes aos acordos, compromissos, e negociações políticas que devem apenas, portanto, alcançar aspectos secundários da vida das pessoas. [...] Os direitos fundamentais são reconhecidos na medida em que os seus destinatários principais se organizam e reivindicam o reconhecimento desses direitos, que podem ser novos, em sentido estrito, ou decorrer de ampliação de concepções restritivas de direitos antigos. Ainda que sejam distintas as expectativas e as dinâmicas concretas das forças sociais e atores presentes em diferentes contextos institucionais, em um contexto de conquista de direitos e de amadurecimento da cidadania, a força dessas novas subjetividades se manifesta de maneira singular ao mundo do direito (ALVES, 2010, p. 93)”.

Das considerações acima, considera-se que o regime constitucional democrático pluralista, por mais que se avalie que o Judiciário não pode ser o idealizador solitário dos direitos fundamentais, porque eles transcendem interesses políticos e sociais. Fato é que o Judiciário tem o dever de intervir caso verifique violação ou omissão nos direitos, porque se uma situação permanece sem resposta, caberá ao Poder Judiciário, que tem poderes suficientes para tanto, atuar de maneira efetiva para solucionar a questão.

A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem compe-

tência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. Alguns direitos fundamentais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional.

Questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional, visando a implementação dos direitos fundamentais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos Poderes que constituem o Estado Democrático de Direito. Ora, basta o Poder Judiciário exercer a prudência⁹ que Aristóteles ensinou e assim confirmar a suma importância que tal operador do Direito exerce na sua função judicante, que não é a de interferir no trabalho do Poder Executivo, nem do Poder Legislativo, mas sim o de garantir a paz social, buscando a igualdade e a dignidade humanas, pois dentre inúmeras definições, o Poder Judiciário se traduz como sustentáculo para o Estado Democrático de Direito.

Se, num primeiro momento, espera-se do Judiciário que se pronuncie sobre a lei, num segundo momento, espera-se que seus atos traduzam a efetivação dos direitos fundamentais, ora suprimindo omissões legislativas, ora encontrando a melhor interpretação para temas controversos. É necessário que observe a lei não apenas formalmente, mas também a observe substancialmente, nos seus direcionamentos. Não basta o juiz ser impulsionado a agir quando alguém for lesado no seu direito fundamental, é necessário também que o juiz esteja preparado para adaptar seus conhecimentos à realidade local e contemporânea, e para isso necessita de um conhecimento multidisciplinar, conhecendo aspectos sociais, políticos e, naturalmente, legais, para que decida

⁹ Prudência é a ação ponderada, discutida, examinada, enfim, deliberada. Aristóteles desenvolveu o conceito de *phronêsis*, legado por Platão, e concebeu uma importantíssima teoria geral da ação, uma hermenêutica da existência humana enquanto agente no mundo e sobre o mundo. A *phronêsis*/Prudência é virtude opinativa da alma, a Prudentia é considerada a mãe e a guia das virtudes. A ação prudente é cautelosa, mas, ao contrário do que pensa o senso comum, Prudência não é morosidade, aliás, não admite perda de tempo. É rápida e certa, pois, o *kairós* (o tempo, do grego, no sentido de agir bem, no momento certo) é inerente à virtude da Prudência. "Nem antes, nem depois", como Odisseu (Ulisses) orienta a seu filho Telêmaco, na *Odisséia* Homérica. Tendo examinado cuidadosa e cautelosamente a questão que se apresenta, ao Prudente urge agir de imediato. Mas examina, delibera.

a fim de efetivar os direitos fundamentais.

O juiz não deve basear sua decisão apenas no que é legalmente previsto. Ao contrário, deve atentar-se, além da lei, à realidade social e aos direitos e às garantias fundamentais dos jurisdicionados.

O artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988¹⁰ prevê a fundamentação das decisões judiciais. Esta é a forma de ele legitimar-se materialmente, pois o poder de fundamentação de suas decisões servirá para efetivar os direitos da cidadania, em favor da coletividade.

“A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação” (RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19.02.2008, DJE de 02.05.2008).

A fundamentação das decisões judiciais também é considerada “uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa” (PORTANOVA, 2001, p. 248).

Sobre a interferência necessária do Judiciário em assuntos constitucionais, Luís Roberto Barroso assevera que:

“Na medida em que o assunto está na Constituição, ele sai da esfera política, da deliberação parlamentar, e se torna matéria de interpretação judicial. Então, em uma primeira abordagem, a Constituição de 88 contribui sim para que o Judiciário tenha um papel muito mais ativo na vida do país. Mas há um segundo motivo para isso. O atual sistema político brasileiro levou a um descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Há algumas demandas da sociedade que não são atendidas a tempo pelo Congresso Nacional. E o que acontece? Nos espaços em que havia demandas sociais importantes e o Legislativo não atuou, o Judiciário se expandiu”. (BARROSO, 2008).

¹⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Mauro Capeletti argumenta: “Percebe-se, desta forma, que o verdadeiro problema não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”. E prossegue: “Reconhece-se o fato de que todo ato de interpretação tem “[...] certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha [...]”, o que “[...] não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Essa liberdade ou discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos” (CAPELETTI, 1993, p. 21-23).

Desta maneira, é possível perceber a importância da postura e a responsabilidade constante da atuação dos juízes, pois eles representam, como membros do Poder Judiciário, fundamentais peças na concretização dos valores e fins objetivados pela Constituição Federal, conforme prevê em seu artigo 3º.:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Para a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social, deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal modo que, em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social, destaca-se o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais. (SARLET, 2008, p. 20).

O Direito e seus operadores, em especial, o Poder Judiciário, possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo respeitadas suas necessidades, tudo para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento almejado pelo Estado Democrático de Direito.

A prudência do jurista se qualifica pela regra de escolha, de correção de critério que assegura a decisão justa e o bem humano. Sobre a prudência aristotélica, o pensador francês Pierre Aubenque (citado por Félix, 2008), afirmou: “Não há justiça, se a decisão é tardia. O momento, o tempo, que permite que a justiça ocorra, é determinado pela Prudência”. Renomado estudioso dessa doutrina em Tomás de Aquino, o Professor Doutor Jean Lauand (citado por Félix, 2008), também atesta: “Na verdade, a *prudencia*, enquanto virtude da decisão, é a própria base da justiça e a *iurisprudencia* nada mais é do que a *prudencia* do *ius*”.

O pensamento prudencial deve guiar o juiz na compreensão teórica e prática dos direitos fundamentais. O juiz deve utilizar a interdisciplinaridade da Filosofia com a Sociologia e o Direito para exercitar a prudência aristotélica, logo após constatar que a virtude da Prudência se estabelece em circunstâncias bem peculiares.

Conforme atesta Aubenque, citado por Félix, 2008: “é a indeterminação dos futuros que faz do homem princípio; o inacabamento do mundo é o nascimento do homem”.

É por isso que não há como se atribuir à ciência meramente lógica, um valor moral, ela não é meritória, é o que é, da forma como se apresenta. Por isso que a prudência faz-se indispensável, aqui, no Direito, aliada ao caso concreto, após análise de fatores externos e internos que tornam o cidadão desamparado e carente da atuação dos demais Poderes, momento em que o Poder Judiciário deve intervir de forma invasiva, se necessário, para que o Direito seja atendido.

A tarefa do juiz, portanto, exige comprometimento com uma atividade jurisdicional voltada para a pessoa humana, tendo como norte a dignidade humana. Uma jurisdição determinada a não favorecer a injustiça no mundo, jamais se prevalecendo do fato de que a norma foi omissa ou por dificuldades de interpretação literal.

4. DIREITO E REALIDADE SOCIAL

Os direitos fundamentais ora comportam prestação positiva do bem ou do direito que constitui o seu objeto; ora comportam interpretação adequada para serem efetivados; ora comportam atos omissivos, de não interferência estatal. No contexto dos direitos fundamentais, exige-se do Estado e da sociedade uma atuação concreta para que sejam efetivados. Ou seja, o juiz tem a seu dispor meios para efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

A realidade social é um fator de apreciação judicial no desenvolvimento de um processo, quando surgem questionamentos sobre a norma positiva. É necessário afastar a postura dogmática quando se fizer necessário reconhecer um direito fundamental.

É indispensável ao Judiciário, como aos demais Poderes, a observância e o respeito aos fins colimados pela Constituição, mediante uma interpretação das “normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa” (MARINONI, 2007, p. 34).

Para tanto, efetivar os direitos fundamentais não significa examinar a existência de recursos, mas, sim, a observância de princípios de igualdade e de justiça material.

Atualmente, devido aos processos de globalização econômica e cultural, justifica-se com maior intensidade a positivação de direitos fundamentais, de modo a desfazer assimetrias de interesses e de gozo de direitos e de bens e para refazer ou construir o equilíbrio de obrigações nos contratos de massa e de consumo, tome-se como exemplo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº. 8.078/90), ou mesmo o Código Civil (Lei nº. 10.406/2002). Na ausência de normas que regulamentam tais direitos, abrem-se precedentes para o Judiciário decidir de acordo com seu entendimento.

O modo como deve ser operada a concretização dos direitos fundamentais, e modulada a vinculação deles resultante, depende da compreensão de que a fundamentalidade implica duplo comando da Constituição para o legislador, no campo da legislação ordinária e, para o juiz, no exame dos elemen-

tos do caso concreto. O primeiro comando refere-se à necessidade de delimitar, na lei ordinária ou na incidência do caso concreto, o alcance da prestação e dos limites de recursos, ambos envolvidos no direito fundamental individual ou social. O segundo comando trata do imperativo de que, nem o legislador, nem o juiz, no processo de concretização e de delimitação, podem esvaziar o direito da liberdade de gozo que lhe é inerente (direito de exercer a autonomia). Os direitos fundamentais resistem às práticas de esvaziamento de direitos que possam surgir da legislação ordinária ou da atividade jurisdicional.

Verifica-se que a classificação dos direitos humanos em gerações ocorre de acordo com o momento histórico em que se identificam novos anseios humanos, os quais, diante de uma opressão vivida, buscam a participação política e o seu espaço dentro do sistema social vigente, para tornar suas vidas menos sofridas.

Segundo Boaventura Souza Santos:

Os direitos humanos estão no cerne desta tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos. (SANTOS, 2003, p. 10).

Não pode haver escusas para que os direitos do cidadão sejam desatendidos. A sociedade clama por soluções para os mais variados casos, questões trazidas pela evolução da sociedade de um direito dinâmico, que muitas vezes não estão expressas no texto constitucional.

No entendimento de Bobbio, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, reconheceram-se os direitos políticos, os quais conceberam a liberdade não negativamente, mas no sentido de autonomia, positivamente, e que tiveram como consequência a participação, cada vez mais

ampla dos membros de uma comunidade, proclamando os direitos sociais, com novas exigências, novos valores, da liberdade no Estado, e como terceira consequência desse amadurecimento, os direitos sociais, que traduzem novos valores como os do bem-estar e da igualdade, não apenas no plano formal, e sim por meio do Estado. São estes últimos direitos nos quais o cidadão participa e adapta-se de acordo com o desenvolvimento técnico e econômico da sociedade. (BOBBIO, 1992, p. 33-34).

“A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originada da Revolução Francesa, associou o regime constitucional à garantia dos direitos fundamentais, tanto que as solenes Declarações de Direitos no preâmbulo dos textos constitucionais implicam verdadeira submissão do Estado aos direitos fundamentais, topograficamente inseridos em primeiro plano, exprimindo, em três vetores cardeais, todo conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização, qual seja, a LIBERDADE, a IGUALDADE e a FRATERNIDADE. (INÁCIO, apud ROMANELLI, 2002, p. 39)”.

A este desenvolvimento dos direitos humanos, chegou-se a um ponto sobre o qual não deve haver questionamentos, mas sim a efetiva aplicação do direito. Toda e qualquer discussão sobre legitimidade, invasão de competência e arbitrariedade perde o sentido ao se considerar a importância dos direitos do cidadão.

Mesmo que a Constituição Federal explicita o capítulo que enumera os direitos fundamentais, devem-se afastar interpretações restritivas, ou seja, deve-se preservar a dignidade da pessoa humana, conforme o que Paulo Ricardo Schier caracteriza como *neoconstitucionalismo* e *filtragem constitucional*, defendendo que o argumento de dignidade de pessoa humana não deve ser o remédio para todos os males, pois é um erro entender que nada fica imune ao princípio da dignidade humana, que ela resolve todos os conflitos, em especial porque a Constituição permite a materialização de seus objetivos, não devendo seus princípios permanecer no plano formal. (SCHIER, 2008). A lição de Schier cabe ao Judiciário, pois para alcançar os ideais de justiça, deve inspirar-se nos princípios constitucionais.

5. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é bastante elogiado por alguns, mas também encontra ferrenhos críticos que enxergam nele uma interferência indevida no Legislativo e uma conseqüente quebra de harmonia entre os três Poderes. Um desses críticos é o professor e procurador do Estado de São Paulo Elival da Silva Ramos. O professor acaba de conquistar uma cadeira no departamento de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. A façanha não foi pequena. Disputou o lugar com Marcelo Neves, renomado constitucionalista e, hoje, conselheiro do Conselho Nacional de Justiça.

Ramos estudou o ativismo judicial praticado pelo Supremo a fundo. O resultado é a sua tese *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. Nela, ele reconhece que, às vezes, o ativismo pode ter resultados bons, mas, mesmo assim, é prejudicial pois viola a separação entre os Poderes e, conseqüentemente, prejudica o sistema democrático. “O Judiciário está na verdade substituindo o Congresso e isto é ruim independentemente do resultado”, diz.

Ele admite que o ativismo é fruto, principalmente, da inércia do Legislativo, mas afirma que o problema precisa ser resolvido. Não se pode simplesmente reconhecer a incompetência legislativa e deixar o Judiciário cumprir missão que não é sua. “Não se pode, na interpretação de texto constitucional, chegar a um ponto em que se reescreva o seu conteúdo. O texto é um limitador objetivo, ele existe.” Para Ramos, o STF saiu dos trilhos ao regulamentar temas como fidelidade partidária, demarcação de reserva indígena, direito de greve do servidor e nepotismo. “O problema é que pode ser de uma forma atrapalhada — própria de adolescente”, disse ele ao acrescentar que o ativismo judicial não pode ser visto como uma coisa natural.

No entanto, apesar das críticas, enquanto os poderes legislativo e executivo não cumprirem seus papéis, vale destacar que, em se tratando de efetivação de direitos fundamentais, não podemos dizer que está sendo negativa a atuação do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o tema ativismo judicial dentro do contexto da judicialização das políticas públicas, tem-se que é de extrema importância para a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais são muito amplos, não se pode submeter a questões formais, que dependam de atuações positivas que os tornem eficazes.

Não se defende a ideia de supremacia do Poder Judiciário, mas sim espera-se uma atitude eficaz deste órgão: que ele se permita agir com prudência, ampliando sua margem de atuação para que se torne um órgão fiscalizador do fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

Trata-se de um novo perfil atribuído ao Judiciário no Brasil contemporâneo, como um dos efeitos da redemocratização do país, fruto da promulgação da Constituição Federal de 1988, que prima por mais poder e autonomia a este Poder, sendo o ativismo judicial mais contundente no Supremo Tribunal Federal, por ser o guardião da Constituição. Porém, não há motivos para não ser exercido também pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, considerando-se a importância da atividade jurisdicional.

Com o objetivo de atender aos anseios da sociedade, atendo-se aos princípios constitucionais, o juiz ativista passa a ter elementos necessários para legitimamente suprir a omissão legiferante, pois diante do vácuo legislativo que se apresenta, o juiz acaba por atrair para si o ônus de efetivar os direitos e garantias constitucionais, tornando, enfim, eficazes os direitos conferidos diante dos instrumentos jurídico-processuais, em especial, os constitucionalmente previstos.

Em que pesem as objeções que têm sido opostas ao ativismo judicial, em sua maioria por entender que este fenômeno interfere na independência dos poderes, o que se defende por meio do presente estudo é que, na realidade, não há interferência na independência dos poderes, uma vez que, diante da omissão do Poder Executivo e do Legislativo, tem o Judiciário, com amparo na Constituição Federal e nos princípios que a norteiam, como razoabilidade e proporcionalidade, o dever de efetivar os direitos nela já consubstanciados, não se tratando esta atividade judicial, nesta hipótese, de atividade legislativa pelo Judiciário, ou seja, não está o Judiciário a legislar, mas sim, a aplicar o direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em: 20.08.2012.

BARROSO, Luís Roberto. “Quando a política vai mal, o judiciário toma conta”. In: *Jus Brasil Notícias. Entrevista à revista Consultor Jurídico em 21.09.2008*. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-constitucionalista>. Acesso em: 20.08.2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

FÉLIX, Luciene. “Prudência em Aristóteles e a questão da sustentabilidade”. *Conhecimento sem fronteiras. Artigos de Filosofia*. Disponível em: http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_sustentabilidade.htm. Acesso em: 19.08.2012.

O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acessado em 01/10/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de processo civil*, vol. 2: processo de conhecimento. 6. Ed. rev., atual. e ampl. Da obra Manual do processo de conhecimento – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 4ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Boaventura Sousa. “As tensões da modernidade”. In: *Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea-UFRJ. Ensaios*. In: http://www.arquivos.fir.br/disciplinas/001DHU1_astensoesdamodernidade.pdf. Acesso em: 19.08.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.;

ATIVISMO JUDICIAL . Disponível em: <https://joamartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/157291066/ativismo-judicial-> Acesso em 01/10/2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo*. In: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto937.pdf>. Acesso em: 18.08.2012.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

A democracia desequilibrada: O ativismo judicial é ruim independente do resultado”; Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>. Acessado em 01/10/2017.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elídia Aparecida de Andrade Corrêa¹

RESUMO

O excesso de demandas em andamento no Poder Judiciário Nacional (mais de 100 milhões em 2016) é um dos fatores para a manutenção indevida e por tempo superior ao necessário de prisões cautelares no Brasil, inclusive impactando na Administração Pública carcerária. Esta situação, somada ao fato do Brasil não cumprir normas fixadas em tratados e convenções internacionais, nas quais vem prevista a obrigação de apresentação imediata de pessoas presas em flagrante ou por decisão definitiva, a autoridade judiciária competente levou o CNJ à edição da Resolução nº 213/17, exigindo-se, a partir daí, e em todo o Brasil, a realização da chamada audiência de custódia. Este artigo se propõe a abordar a evolução histórica da implantação da audiência de custódia no nosso país, e a desenvolver uma análise acerca da constitucionalidade de sua exigência por meio de regramento administrativo sem lei formal e material. Tem a pretensão, ainda, de fazer uma análise sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na validação de tal resolução. Ao final, analisará se o prazo de 24 horas, previsto na mencionada resolução para a apresentação de qualquer preso ao juiz, pode ser exigido das autoridades policiais e do próprio Judiciário, sem ferir o devido processo legal. O método de pesquisa utilizado para desenvolver este artigo é o histórico-dedutivo, com técnicas indireta e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Prisão cautelar; audiência de custódia; dignidade da pessoa humana; resolução administrativa. Constitucionalidade.

¹ Mestre e doutoranda em Ciências Jurídicas pela UENP/Jacarezinho.
Juíza Federal em Ourinhos/SP

INTRODUÇÃO

Segundo levantamento propagado pelo Conselho Nacional de Justiça em julho de 2014, o Brasil está entre os primeiros países no mundo em população carcerária, mais especificamente o 4º maior em população carcerária do mundo (563.526 detentos), ou ainda o 3º maior, desde que computadas as prisões domiciliares (147.937 pessoas), o que totalizaria 711.463 pessoas presas. Isso sem contar com os 373.991 mandados de prisão que constavam como pendentes de cumprimento no Banco Nacional de Mandados de Prisão que, se cumpridos, resultaria em uma população de 1.085.454 de pessoas encarceradas. Diante de um sistema prisional que oferece tão somente 357.219 vagas, ter-se-ia um déficit de 728.235 de vagas.²

Ainda analisando os dados desse levantamento, apurou-se que 41% das pessoas presas eram presos provisórios, sem condenação pelo sistema de justiça brasileiro, e mais da metade dos presos provisórios estariam custodiados há mais de 90 dias, em desprezo ao princípio da presunção da inocência.

Por conseguinte, a pena de prisão, que deveria ser concebida para ressocializar a pessoa, ao mesmo tempo que restringe seu direito de ir e vir, acaba por macular diversos outros direitos do encarcerado, de maneira a, na prática, violar o reconhecimento de sua dignidade. Deveras, em dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional no ano de 2014, em estudo denominado INFOPEN, constatou-se que apenas 40% das unidades prisionais contavam com unidade de saúde, além do que apenas 449 médicos clínicos gerais atendiam a toda a população encarcerada.

O número de mortes nos presídios brasileiros também causa espécie, pois, mesmo desconsiderando os números não fornecidos pelos Estados de Rio de Janeiro e São Paulo, tem-se que somente no primeiro semestre de 2014 foram noticiadas 565 mortes nos demais Estados, sendo que aproximadamente metade delas foi classificada como violentas e intencionais. Dados exibidos pelo próprio Ministério da Justiça dão conta de que a taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas, o

²As informações estatísticas completas podem ser obtidas no seguinte endereço eletrônico. Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf - (acesso em 31.07.2017)

que faz esse valor sobrepujar em seis vezes a taxa de crimes letais intencionais verificados no Brasil, no ano de 2013. Em outras palavras, a pessoa presa no Brasil tem seis vezes mais chance de sofrer uma morte intencional em relação à pessoa que se encontra solta.

Esse quadro demonstra que algo não funciona na administração pública carcerária, pois o que temos revela um número absolutamente insuficiente de vagas, trazendo uma superpopulação carcerária com todos os problemas periféricos que vêm se mostrando atualmente, entre eles as revoltas carcerárias e assassinatos em massa de detentos.³

Os números acima apresentados, além de demonstrar a insuficiente estrutura carcerária nacional disponibilizada pelo Poder Executivo em favor dos presos, ainda demonstra que algo não está funcionando no Poder Judiciário, pois vemos um alto índice de encarceramento, especialmente o encarceramento provisório, sem posterior conversão em condenação com regime de cumprimento de pena fechado.

Esse conjunto de fatos fez com que nos últimos anos se criassem medidas buscando redução do encarceramento indevido e, em consequência, diminuir a superlotação do sistema prisional brasileiro, destacando-se positivamente um aumento dos números de transação penal e suspensão condicional do processo (na linha da valorização das medidas autocompositivas). A edição da Lei nº 12.403/11 é exemplo desse movimento, trazendo ao magistrado a possibilidade de substituir a prisão cautelar por outras medidas cautelares (descritas nos artigos 317 e 318 do CPP), especialmente o monito-

³ Recomenda-se a leitura das reportagens: <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>; <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/facciao-familia-do-norte-fdn-mata-integrantes-do-pcc-no-amazonas/>; <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml>;

ramento eletrônico⁴ e a prisão domiciliar⁵, que se mostram ferramentas inibidoras do encarceramento por meio da adoção da necessária razoabilidade em cada caso concreto.

Entre as novas medidas editadas por força dessa nova mentalidade encontra-se inserida a criação da audiência de custódia, cuja realização vem determinada na Resolução nº 213/15, do Conselho Nacional de Justiça. Este instituto processual centra-se na obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa a um juiz competente, no prazo máximo de 24 horas, para verificação das condições de sua prisão e a necessidade de sua manutenção. Visa, também, evitar prisões desnecessárias e coibir a prática da tortura e violência policial.

Ainda sem completar dois anos da edição da resolução 213/15 e apesar de ainda estar em processo de adoção nas centenas de unidades jurisdicionais do país, o instituto - centrado na dignidade da pessoa humana - já se revela um importante instrumental no trato das prisões efetivadas no país, especialmente as cautelares.

Este artigo se propõe a analisar a audiência de custódia, como surgiu, sua eficácia e também se ela encontra-se em consonância com nossa Constituição Federal e nosso sistema processual penal. Como método de abordagem, usaremos o histórico-dedutivo e as técnicas de pesquisa indireta e bibliográfica.

2 - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A audiência de custódia é um instrumento processual para que toda pessoa presa (em flagrante delito, em cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária e para aplicação de pena definitiva) seja levada

⁴ A monitoração eletrônica foi instituída pela Lei n. 12.258/2010, que acrescentou à Lei n. 7.210/84 os artigos 146-B a 146-D, estabelecendo a possibilidade de aplicação pelo juiz de execuções penais nos casos de concessão dos benefícios da saída temporária (arts. 122 a 124 da LEP) e de prisão domiciliar (art. 117 da LEP). Posteriormente, a Lei n. 12.403/2011 reformulou o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, que cuidava da prisão, da liberdade provisória e, entre outras medidas cautelares, criou a monitoração eletrônica do art. 319, IX, que constitui medida cautelar de natureza pessoal voltada a garantir a aplicação da lei penal, a conveniência da investigação ou da instrução criminal e evitar a prática de infrações penais (art. 282, caput, I, do CPP).

⁵ A prisão domiciliar pode ser adotada em substituição à prisão preventiva em hipóteses especificamente previstas pela lei (artigo 318). Porém, apesar de aparentemente o artigo 318 trazer um rol taxativo, já encontramos julgados que admitem essa medida cautelar em substituição à preventiva em outras situações mais benéficas ao acusado, como, por exemplo, se encontrem condições desumanas na unidade prisional, conforme acórdão STJ no HC nº 142.513/ES.

sem demora à presença da autoridade judicial, para avaliação da legalidade da prisão, a necessidade da sua manutenção, a possibilidade de concessão de medidas cautelares diversas e análise da possível prática de tortura ou maus tratos sofridos pelo preso.

Paiva observa que

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. (PAIVA, 2015, p.1).

Ao final da audiência de custódia realizada conforme a Resolução n. 213/15, dependendo dos pedidos formulados pelas partes e da situação apurada, caberá ao juiz que preside o ato: a) decidir pelo relaxamento da prisão ilegal, determinando a expedição do competente alvará de soltura; b) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou, em alguns casos, a prisão domiciliar (Lei n. 13.257/16) determinando de igual sorte, e por conseguinte, a expedição de alvará de soltura; c) substituir a prisão em flagrante por medidas cautelares diversas, e d) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Também deverá encaminhar para apuração eventual comunicação de prática de tortura ou maus tratos.

A implantação da audiência de custódia permite que o Brasil honre os compromissos assumidos no cenário internacional, bem como princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (CNJ, 2016).

De acordo com Sarlet (2007), dignidade da pessoa humana deve ser entendida como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, o que implica, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa garantias contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

Para Moraes (2005), a dignidade da pessoa humana traz consigo a possibilidade de exigir, por parte das demais pessoas, o respeito à sua esfe-

ra de direitos, sendo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. Com o princípio da dignidade da pessoa humana, inserto na Constituição Federal de 1988, passa o homem a ser considerado o fim justificante de todo o ordenamento jurídico e de toda a atuação Estatal, voltadas que deverão ser à criação e à garantia das condições que se fizerem necessárias à plena realização da pessoa humana, de seu bem-estar.

Vejamos agora como a realização da audiência de custódia vem a cumprir papel constitucional, no sentido de dar efetividade a nossa Constituição Federal, especialmente sob os olhos da dignidade da pessoa humana.

Konrad Hesse (1991), autor de *A Força Normativa da Constituição*, uma das maiores obras contemporâneas do Direito Constitucional, defende a ideia de não se conceber uma norma constitucional dissociada da realidade, de maneira que a pretensão de sua eficácia se encontra umbilicalmente ligada às condições históricas de sua realização, condições essas que podem ser de ordem natural, técnica, econômica ou social.

Aduz, portanto, Hesse (1991) que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, de maneira que a essência de uma Constituição está na sua vigência, que se constitui justamente na situação por ela regulada e que pretende ser concretizada na realidade. Segundo o autor, “constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo”. (HESSE, 1991, p. 20). E no tocante a esse “estado espiritual de seu tempo”, não podemos olvidar que o constituinte da Carta de 1988 elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos principais vetores de toda a ordem constitucional e, por conseguinte, do Estado Brasileiro em sua atuação.

Por assim dizer, ao materializar a audiência de custódia, cujo substrato já se encontrava em tratados internacionais de defesa de direitos humanos subscritos pelo Brasil, em verdadeira exaltação ao princípio da dignidade da pessoa humana, adquiriu a nossa Constituição força normativa, em especial quando da edição da Resolução no. 213, de 15 de dezembro de 2015, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que regulamentou de forma minuciosa

o instituto da audiência de custódia.

É justamente essa disposição em realizar a eficácia da Constituição que Hesse (1991) define como “vontade de Constituição”, que leva o Estado e a sociedade a orientarem suas condutas, no sentido de realizarem as tarefas, os objetivos, os valores, as ordens que se achem no corpo daquela Constituição, que fará com que ela – a Constituição – converta-se em uma força ativa. E na tentativa de realizar a “vontade da Constituição”, que tem como seu princípio basilar o da dignidade da pessoa humana, tão maltratado senão inexistente em face do caótico estado em que se acha o sistema prisional brasileiro, o CNJ editou a Resolução 213/2015⁶. E como veremos abaixo, é exatamente essa intenção que ainda a mantém intacta e válida, mesmo diante de tantas medidas tentando derrubá-la.

Para Andrade, na prestação da tutela jurisdicional, “o poder judiciário deverá efetivar os direitos fundamentais tendo por norte, sempre, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito” (ANDRADE, 2007, p. 254).

3 - Da obrigatoriedade de apresentação do preso em flagrante ao juiz

O respaldo jurídico do estabelecimento do instituto da audiência de custódia no Brasil é encontrado em três tratados internacionais.

O primeiro, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi internalizada no Brasil pelo Decreto nº 678/92, e prevê em seu artigo 7º (Direto à Liberdade Pessoal), no item 5, que

toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

⁶ Além da Resolução nº 213/15 do CNJ, compõem este sistema normativo de custodiamento a Recomendação nº 49 de 2014 – Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas – princípios e regras - do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências e a Resolução nº 214 de 2015 – Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais.

Já o segundo tratado que lhe dá sustentação, e do qual o Brasil é signatário, é aquele denominado Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (doravante denominado PIDCP), internalizado no Brasil pelo Decreto nº 592/92, que em seu artigo 9º, item 3, dispõe expressamente que

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Por fim, o terceiro tratado internacional é a Convenção contra Tortura e Outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, internalizado no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação veiculada no Decreto nº 40/1991, especialmente a regra do artigo 2, item 1⁷:

Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Não obstante o Brasil ser signatário desses três tratados internacionais que preveem a proteção do preso ou apreendido através da sua imediata apresentação a um juiz, para conhecimento do fato e a adoção de medidas protetivas imediatas (inclusive contra a prática de tortura), não há qualquer norma jurídica de caráter geral vigente, a não ser algumas normas esparsas de nossa legislação,

⁷ Sobre o descumprimento dessa regra, o Brasil foi censurado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Jailton Neri da Fonseca vs Brasil* (caso 11.634), envolvendo a morte de um menino por policiais do Estado do Rio de Janeiro em 1992, sendo que referida censura se deu porque não se garantiu a realização da audiência de custódia à vítima, que veio a ser privada de sua liberdade de forma ilegal e, ao final, veio a ser morta sem sequer ter acesso ao Poder Judiciário. Nessa censura aplicada ao Brasil, a CIDH declarou que a privação de liberdade, naquelas condições, foi ilegal “Sem que houvesse qualquer motivo para sua detenção ou de qualquer situação flagrante. Não foi apresentado imediatamente ao juiz. Não teve direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade da sua detenção ou ordenasse sua liberdade, uma vez que foi morto logo após sua prisão. O único propósito da sua detenção arbitrária e ilegal foi matá-lo.”

que trazem indicação dessa exigência para casos pontuais e específicos.⁸

O mais próximo de regra geral que temos sobre esta matéria é o artigo 306 do CPP, que determina a imediata comunicação da prisão de qualquer indivíduo ao juiz, através do envio, no prazo máximo de vinte e quatro horas, do APFD – Auto de Prisão em Flagrante. E essa comunicação não é suficiente para que sejam resguardadas as garantias fundamentais do preso em flagrante, na extensão dos tratados internacionais mencionados acima, pois a Corte Internacional Dos Direitos Humanos, reiteradas vezes manifestou-se no sentido de que

o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”. (CORTE IDH, 2016, p. 1).

Buscando preencher este vazio legislativo sobre a imediata apresentação do preso, e também o cumprimento dos tratados internacionais mencionados, vários projetos de lei e de emenda constitucional de iniciativa do Senado e da Câmara dos Deputados foram iniciados a partir de 2009.⁹ As discussões em torno dessas propostas legislativas trouxeram um debate intenso sobre a necessidade da realização da chamada audiência de custódia, porém até o momento nenhum foi aprovado.

Também em face da ausência de lei, e da existência dos tratados internacionais que impõem a apresentação “sem demora” do preso à autoridade judicial ou perante outra autoridade habilitada por lei que exerce funções judiciais, o Poder Judiciário, em vários casos concretos que envolve esta matéria, passou a adotar entendimento pela aplicação direta dos tratados internacionais

⁸ Em nosso ordenamento jurídico há algumas previsões legais de apresentação imediata do preso a um juiz para análise da legalidade da prisão. Confira-se o artigo 287 do CPP (“ Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado”); o artigo 656 do CPP (Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar); o 236, § 2º (“Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator”); o artigo 171 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”).

⁹ Podemos mencionar: PLS nº 156/09 (Novo CPP, hoje tramitando como PL 8045/10); PLS 554/11; PL 7.871/14; PL 470/15; PEC 89/15.

que regulavam a matéria, inclusive levando a soltura de indivíduos presos sem que, antes, tivessem sido apresentados imediatamente ao juiz competente.¹⁰ E tal circunstância passou a exigir uma moderação entre todos esses fatores.

4 - PROJETO AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Diante do quadro descrito acima, o Conselho Nacional de Justiça buscou criar uma política pública judiciária de trato das prisões efetivadas no país, especialmente as prisões cautelares, em face dos números coletados nos vários mutirões carcerários que realizou, os quais indicavam a necessidade da tomada de atitudes concretas para diminuir a filosofia do encarceramento e, com isso, amenizar os efeitos nefastos da política carcerária que vigorava.

Em consequência, o CNJ lançou o projeto “Audiência de Custódia”, em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça de São Paulo, para implantação do programa de forma gradual. Para dar execução ao projeto-piloto, foi emitido o provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do TJSP e da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo.¹¹

O projeto piloto envolvia a criação da chamada audiência de custódia na Capital de São Paulo, consistente na apresentação do preso em flagrante a um juiz no prazo de 24 horas, que atende a preceitos da legislação brasileira e a tratados internacionais dos quais o país é signatário, com foco na eficiência processual e nos direitos humanos.

Em 10 de abril de 2015, após o início da execução das audiências de custódia em São Paulo e em alguns outros Estados, conforme informação colhida do site do Supremo Tribunal Federal, o então Presidente do STF e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro da Justiça da época, José Eduardo Cardozo, e o então presidente do Instituto de Defesa do Direito

¹⁰ ACP 0014512-10.2010.405.8100/Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará; Ação Penal nº 0000812-91.2014.402.5001/ES, 2ª Vara Federal de Vitória – ES, decisão de 23/05/2014 / Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Habeas Corpus nº 0003188-18.2014.402.0000/ES, DJ 04/06/2014; Processo nº 0006926-58.2014.8.26.0114, 1ª Vara do Júri de Campinas – SP, decisão de 06/03/2014; HC 201450010003521, rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. 20/05/14, entre outras.

¹¹ O referido provimento foi publicado em 27/01/2015

de Defesa (IDDD), Augusto Arruda Botelho assinaram três acordos de cooperação técnica para facilitar a implementação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas cautelares alternativas, como o uso de tornozeleiras eletrônicas.¹² Após o projeto-piloto de São Paulo de instalação da audiência de custódia na Capital, vários outros projetos foram instalados em vários Estados¹³ e também em alguns Tribunais Regionais Federais.

A primeira reação ao projeto-piloto de São Paulo foi a propositura da ação direta de inconstitucionalidade nº 5240, pela ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL contra o provimento conjunto nº 03/15.¹⁴ Nela, referida associação representativa da classe, interesses, direitos e das prerrogativas dos Delegados Policiais centraram suas alegações na busca pela declaração de sua inconstitucionalidade, com base no artigo 103, inciso IX, da CF/88, sustentando que a normativa impugnada instituíra deveres funcionais não previstos em lei. Sustentava, ainda, que o provimento do Tribunal de Justiça, como sendo um ato meramente regulamentador, não poderia inovar a ordem jurídica, atividade esta reservada exclusivamente à lei, na forma determinada pelo artigo 22, inciso I, e artigo 5º, inciso II, ambos da própria Carta.

¹² O primeiro acordo de cooperação técnica visava a implantação de audiência de custódia nos Estados, de forma a garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para análise da legalidade da privação de liberdade e a adoção de outras medidas cautelares, com apoio financeiro do MJ para a criação de centrais de monitoração eletrônica, centrais Integradas de Alternativas Penais e Câmaras de mediação penal. O segundo acordo tem por objeto a ampliação do uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. Já o terceiro termo de acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica, com o uso de tornozeleiras eletrônicas em duas situações: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto aos acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=289056&cai_xaBusca=N)

¹³ Durante o lançamento do projeto desenvolvido pelo CNJ acerca da audiência de custódia, no Estado de Minas Gerais, lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente à época do CNJ, que o Brasil era o quarto país no mundo que mais encarcerava no mundo, sendo que 41% dos seus detentos eram provisórios, e que não obstante ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê a apresentação do preso a juiz no menor prazo possível, os presos aqui passavam em média quatro meses encarcerados para depois verem um juiz, em verdadeira ofensa ao princípio da inocência e da não culpabilidade. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b>. acesso em 09.08.2017)

¹⁴ ADI 5240 (Informativo STF nº 795 de 2015)

A ação foi distribuída ao Ministro LUIZ FUX. O plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, conheceu em parte da ADI e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido formulado contra a obrigatoriedade de apresentação, ao Juiz competente, da pessoa detida até 24 horas após sua prisão, para a realização da audiência de custódia. Tal julgamento se deu no tempo recorde de seis meses¹⁵ após seu ajuizamento.

A Corte afirmou que em conformidade com o artigo 7º, alínea 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ao ser determinado que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, teve o condão de sustar os efeitos de toda legislação ordinária nacional conflitante com o referido preceito convencional. Isso em decorrência do caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuiriam no ordenamento jurídico brasileiro, como assentado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703/RS¹⁶. Afirmou-se, ainda, que a apresentação do preso ao juiz, no referido prazo, está intimamente ligada à ideia de proteção da garantia fundamental da liberdade prevista em nossa Carta Magna, similar à exigência prevista para a ação de habeas corpus, sendo o caso de se fazer uma interpretação integrativa e teleológica dos dispositivos.¹⁷

Continuando a saga da audiência de custódia, foi proposta Arguição

¹⁵ Não é demais apontar que no caso do projeto-piloto referido, analisando friamente os fatos e forma como ocorreram, parece ter havido um certo acerto entre o TJSP, o Ministério da Justiça e o CNJ para “emplacar” a novidade e fazer funcionar a novidade (onde os fins justificam os meios), como bem posto por Andrade e Alflen (2016, p.114): “A impressão que se tem é que o Ministério da Justiça se uniu ao CNJ e ao Poder Judiciário de São Paulo simplesmente para emprestar seu peso político àquele projeto-piloto, pois grande parte do custo – financeiro, de pessoal e estrutural – que decorreria de sua execução seria arcado pelo Poder Executivo daquele Estado”.

¹⁶ Nesse julgamento do STF, que inclusive levou à edição da Súmula Vinculante nº 25, concluiu-se que “Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.”

¹⁷ Cabe aqui uma crítica sobre o julgamento feito pelo STF na ADI 5240. Ainda que as regras ratificadas do CADH e do PIDCP tenham sido internalizadas no Brasil como norma supralegal, significando que são normas hierarquicamente inferiores à CF, mas superiores às leis ordinárias (como o é o CPP), e sendo da União Federal a competência para legislar sobre temas atinentes a direito processual e até de concessão de medidas cautelares, ou direito de defesa, entre outros (art. 22, I, CF/88), parece lógico que somente a União Federal poderia editar esse tipo de ato administrativo, e não o Estado de São Paulo.

de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), na qual pedia o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e pedia providências para a crise prisional do país.

O Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente a cautelar solicitada na ADPF, a fim de determinar a todos os juízes e tribunais do país que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

Logo após a análise da medida cautelar na ADPF, o Conselho nacional de Justiça chamou para si o debate da situação carcerária e, em face da insuficiência do ordenamento jurídico nacional para resguardar direitos e garantias da pessoa presa em flagrante delito¹⁸, seja contra abusos, violência ou tortura, e também contra a prisão ilegal ou sua manutenção quando possível a adoção de outras medidas cautelares, votou a necessidade de edição de resolução para efeitos de cumprir a ADPF 347 e para regram a matéria para todo o país.

A partir dessa votação do CNJ, nasceu a Resolução nº 213/15, em 15 de dezembro de 2015, com objetivos principais de verificação da existência de maus tratos ao preso quando de sua supressão à liberdade (em combate ao crime de tortura) e o exame da legalidade e a necessidade de manutenção da sua prisão (especialmente a prisão provisória cautelar e provisória).

Referida resolução tem encontrado resistência na sua aceitação por parte da doutrina e também de delegados, juízes, advogados e Secretarias de Justiça de alguns Estados, postos que trazem, segundo eles, obrigações a serem cumpridas sem a necessária previsão legal e também sem a previsão de estrutura material. Com isso, sua efetiva implementação, apesar de passados quase dois anos de sua edição, ainda não se deu de forma completa em todo o país.

¹⁸A Resolução 213, art. 1º, caput e art. 8º, V, exige que mesmo no caso de apreensão de menores, em face ao direito à proteção integral, respeito à condição de estar ainda em desenvolvimento e sua vulnerabilidade social, que também sejam apresentados ao juiz, no prazo de 24 horas, para a realização da audiência de custódia. Hoje, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece em sentido diferente, determinando a necessária apresentação ao MP em caso de flagrante (art. 175) e apresentação perante o juiz no caso de apreensão decorrente de mandado (art. 171). Há, ainda, movimento no sentido de reduzir o prazo, para apresentar o menor apreendido, em face do art. 37.b da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Não obstante as resistências, constata-se que a implementação do instituto da audiência de custódia tem por finalidade primeira, e imediata, cumprir os tratados internacionais acima mencionados, pois o Brasil os firmou e, por isso, deve honrar seu compromisso. Além disso, são tratados que envolvem direitos fundamentais e que, com ela, visa cumprir o princípio maior da dignidade da pessoa humana e também a garantia fundamental da liberdade¹⁹, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 5240 e na ADPF 347.

A sua finalidade não se resume à mera apresentação do preso à autoridade judicial, pois isto não basta para alcançar seu escopo. É necessário que esta apresentação sirva como instrumento de imediato controle da prisão e das condições em que esta prisão ocorreu. Ainda se apresenta como finalidade a rotina de prevenção da tortura e violência policial, colocando-se como forma de garantir a incolumidade física do preso, ou seja, garantir o direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, na forma do artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁰

Nesse ponto, importante alertar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a apresentação “sem demora” do preso, ao Juiz designado para o ato é essencial para a “proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, posto que “o simples conhecimento por parte de um juiz, de que uma pessoa está detida, não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou a autoridade competente”.²¹

Cumprindo a CADH, vários países adotam a regra de que o preso deve ser apresentado ao juiz ou autoridade jurisdicional, tão logo ocorra sua prisão em flagrante delito. Em relação à América Latina, podemos mencionar três exemplos:

¹⁹ Artigo 7.5 da CADH e 9.3 do PIDCP

²⁰ Art. 5.2 da CADH prevê que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

²¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Lopes Álvarez vs Honduras. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 01/02/2006, § 87. Mesmo sentido: CIDH. Caso Tibi vs Equador. Exceções preliminares, fundo, reparação. Sentença proferida em 07/09/2004, § 118.

Na Colômbia, a regra no Código de processo penal lá vigente é a de que “En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.”²²No Chile, a lei adjetiva dispõe que: “Art. 253. (275) Ningún habitante de la República puede ser detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal, a menos de ser sorprendido en delito flagrante, y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante el juez competente.”²³Já no Uruguai, a lei vigente determina no seu artigo 118 que “nadie puede ser preso sino en los casos de delito flagrante o habiendo elementos de convicción suficientes sobre su existencia, por orden escrita de Juez competente. En ambos casos el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de las veinticuatro horas (Artículos 15 y 16 de la Constitución de la República).”²⁴

5 - A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA É INCONSTITUCIONAL?

Por se tratar de um instituto novo no Brasil²⁵, vários aspectos da audiência de custódia estabelecida na Resolução 213/15 ainda clamam por análise da nossa doutrina e jurisprudência. Considerando o espaço restrito deste artigo, vamos nos limitar a analisar a questão que atrai maiores discussões, que é exatamente a questão de sua (in)constitucionalidade por ter sido criada por ato administrativo e por violar o devido processo legal.

Há muita discussão sobre a constitucionalidade da resolução 213/15-CNJ, posto que ela cria obrigações que deveriam estar estampadas

²² Ley 906, de 31/08/2004, artículo 2º. Código de Procedimiento Penal

²³ Ley 19.696/2000; Código Procesal Penal, artículo 253 (antigo artículo 275 do código original).

²⁴ Uruguai, Ley N º 15.032/1980, CODIGO DEL PROCESO PENAL

²⁵ O projeto de lei do Senado nº 554/11 trouxe a figura da audiência de custódia para os centros de debates e da produção científico-doutrinária, gerando o projeto-piloto que já estudamos acima, que tinha o claro objetivo de ver como ela poderia ser implementada no Brasil e quais os problemas geraria.

em lei, formal e material, e não em um regramento administrativo autônomo. Isso porque a audiência de custódia passa a ser uma parte do procedimento criminal, que interfere na condução do inquérito policial, na atuação jurisdicional e na realização de despesas extras pelos órgãos públicos, tais como as diligências de escoltas, admissão de novos servidores públicos, ampliação da atuação jurisdicional, entre outros. Entre as finalidades da audiência de custódia, vistas acima, está a de impedir prisões ilegais, arbitrárias ou inadequadas, além de servir à apuração da necessidade de manutenção da prisão ou da possibilidade de concessão de liberdade, conversão em prisão domiciliar ou adoção de outras medidas cautelares, como o é a tornozeleira eletrônica.

A Resolução 213/15 é um ato administrativo e foi editada pelo CNJ, que também é um órgão administrativo federal. Tinha, ele, poderes para regular as regras dos tratados internacionais, porém, em vários pontos, em substituição ao Congresso nacional, trouxe regras processuais penais e não meramente procedimentais. Com isso, as mesmas críticas feitas à regulamentação dos tribunais estaduais sobre a audiência de custódia também foram feitas ao novo documento administrativo. E no caso, entendemos que em alguns aspectos estas críticas têm fundamento.

As regras convencionais acima descritas que foram recebidas pelo nosso ordenamento como regras supraleais efetivamente devem ser aplicadas em nosso ordenamento, porém acompanhadas da necessária regulamentação. E tal regulamentação, hoje, se limita à Resolução 213/15, que trouxe, em seu bojo, grande ampliação das regras convencionais (artigo 7.5 da CADH e 9.3 da PIDCP), inclusive criando obrigações para entes públicos, regras processuais diversas de seus limites, hipóteses de nulidade processual, entre outros.

Claro que não podemos esquecer que o artigo 2º do CADH prescreve explicitamente que medidas administrativas ou de “outra natureza” poderão ser adotadas para a proteção dos direitos que nela são criados. Entretanto, essa regra não pode ter a amplitude nefasta de deixar para um órgão administrativo ferir pilares do estado de direito, que é exatamente os princípios da legalidade, do devido processo legal e da separação de poderes. E em vários pontos, esta

resolução do CNJ²⁶ viola esses princípios. Mais do que isso, justifica a concessão, ao CNJ, de um poder ilimitado, pois pode ele legislar, criar obrigações, julgar e aplicar penalidades àqueles órgãos que descumprirem suas determinações. O descumprimento destes pilares essenciais rompe com o equilíbrio que o Estado deve ter e que vem amplamente previsto na CF/88 como cláusulas pétreas.

Nesse sentido a posição adotada por Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que

[...] mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve *legislar* sobre o procedimento *nacional* a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se chama *legalidade*, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal” (NUCCI, 2015).

Nucci (2015) afirma, ainda, que na forma como regulamentada, “a audiência de custódia, com a devida vênia, é um modismo, trazendo vários mitos para serem explorados”, mencionando:

[...] c) se juízes precisam conversar com o réu para dar-lhe algum benefício, devemos transportar o interrogatório novamente para o início da ação penal; d) o projeto-piloto em S. Paulo (é interessante um *experimento* com direito humano fundamental indisponível...) vale-se do DIPO (Departamento de Inquiridos Policiais), onde os juízes são designados e removíveis a qualquer tempo; [...] f) a audiência de custódia, se tão importante, deveria estender-se ao Tribunal, para que também o desembargador/ministro possa conversar com o réu e sensibilizar-se; g) se a avaliação da autoridade policial não vale nada, visto que o preso precisa ir à

²⁶ Para Andrade e Afflen, o espírito da referida resolução 213/15 “é legitimar o Poder Público como um todo a dar aplicabilidade à CADH, a partir do momento de sua ratificação por qualquer Estado-membro. Logo, a utilização de um ato administrativo – no caso, uma resolução – estaria inserida nesta situação. Isso elevaria à condição de ser instrumento apto a regulamentar a audiência de custódia em âmbito nacional, independentemente da atuação do Poder Legislativo, sobretudo, por respeitar as leis locais de organização judiciária e os princípios e mandamentos constitucionais” (2016, p. 115/116), .

frente do juiz, o destino dos delegados vai mudar completamente; passarão a sair às ruas para investigar e, prendendo, leva-se direto ao juiz; o auto de prisão em flagrante é inútil; (NUCCI, 2015).

Já em sentido contrário a posição de Andrade e Alflen, entendendo que a Resolução 213/15

Não se prestou a criar nenhum instituto, muito menos, em importa-lo ao nosso país, a partir das previsões do CADH. Na verdade, ao ratificar o CADH e o PIDCP, o Brasil internalizou a audiência de custódia por meio de uma norma que, segundo a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, detém *status* de norma *supralegal*, significando isso dizer que aquele instituto está inserido em uma norma hierarquicamente inferior à Constituição Federal, mas superior ao CPP, em razão de ele possuir *status* de lei ordinária. Por esse simples motivo, não há que se falar em necessidade de alteração do CPP para que a audiência de custódia possa ser incorporada aos procedimentos a serem observados ao longo de nossa persecução penal. (ANDRADE e ALFLEN, 2016, p. 115),

Interessante acrescentar aqui que a ANAMAGES – Associação Nacional dos Magistrados Estaduais, buscando discutir a legalidade e constitucionalidade da Resolução 213/15 na parte que criou a audiência de custódia e demais regras administrativas, ingressou com procedimento de controle administrativo perante o CNJ. O PA foi arquivado liminarmente pelo conselheiro Fabiano Silveira, e contra essa decisão, a Associação ingressou com recurso administrativo, sustentando que a decisão recorrida “adota um verdadeiro *jogo de palavras* para proferir uma decisão de cunho político, e não jurídico”. Isso porque, segundo a recorrente, o ato questionado dá concretude - sob o ângulo administrativo - a uma premissa normativa, levando a se admitir “que o CNJ ou qualquer outro tribunal legisle norma de caráter processual [...] em confronto com o disposto no artigo 22, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal de 1988”.²⁷

²⁷ O teor completo deste julgamento pode ser encontrado no site do CNJ, procedimento de controle administrativo nº 00000006-75,2016.2.009.0000. Endereço: file:///C:/Users/eaacorrea/Downloads/documento_0000006-75.2016.2.00.0000_%20(1).HTML. Acesso em 27/09/2017.

O conselheiro relator, Fabiano Silveira, em seu voto, reitera os argumentos expendidos pelo Ministro Luiz Fux nos autos da ADIn 5240, acrescentando que

Não foi o CNJ, pois, que fixou a obrigação de que o preso seja, sem demora, levado à presença de um juiz. Partindo de uma premissa normativa de caráter supralegal e dotada de eficácia plena, coube ao CNJ tão somente conferir concretude, do ponto de vista administrativo, à garantia fixada nos supracitados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Não prospera, assim, data vênua, o argumento de invasão de competência legislativa do Congresso Nacional. Todos os esforços do CNJ foram no sentido de ajustar as balizas administrativas dos Tribunais de tal maneira a superar uma histórica e injustificável omissão.²⁸

Entre as regras que são apontadas como excedentes ao poder regulamentador do CNJ, está a fixação do prazo de 24 horas para a apresentação do preso, definido pela Resolução 213/15, pois não obstante a apresentação do preso ao juiz ter previsão geral nos tratados internacionais mencionados, essa fixação constituiria um excesso da normatização, pois as normas convencionais supralegais não o fixou, usando em suas redações os termos “sem demora”.

Este é o entendimento de Andrade e Alflen, que afirmam que a Resolução 213/15, ao fixar o prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa presa ao juiz, “foi além do que comportaria o caráter regulamentar de um ato administrativo” (ANDRADE e ALFLEN, 2016, p.117). Acrescentam que teria sido melhor a resolução ter feito uso da mesma expressão usada pela Convenção ADH,

qual seja, a de que a condução da pessoa presa devesse ocorrer *sem demora*, como acertadamente optou o Poder Judiciário do Espírito Santo. Ou, então, ter seguido a posição prudente do Poder Judiciário do Maranhão, ao estabelecer um lapso temporal mais razoável, dentro do qual aquela audiência deveria ocorrer. (ANDRADE e ALFLEN, 2016, p.117/118).

²⁸ Idem

Essa crítica, porém, não tem razão de ser, pois tal prazo foi fixado em cumprimento da liminar exarada pelo próprio Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. Logo, a resolução não poderia ter fixado outro prazo sob pena de descumprimento de ordem judicial ainda vigente.

Aliás, sobre a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, o STF recentemente a reiterou, ao conceder liminar na Reclamação nº 25.891, oposta nos autos da ADPF pela DPU de Goiás contra a Resolução nº 35, de 22 de julho de 2015, do Tribunal de Justiça de Goiás. A DPG apresentou a reclamação porque a resolução do TJ-GO afasta a realização da audiência de custódia durante os plantões judiciais ordinários e de fins de semana e que tal ato afrontaria a decisão liminar do STF na ADPF 347. O ministro Marco Aurélio, relator da referida reclamação, em 10/05/2017, deferiu liminar para determinar que o Tribunal de Justiça de Goiás (TJ-GO) observe o prazo máximo de 24 horas para a realização de audiências de custódia, contado a partir do momento da prisão, inclusive nos fins de semana, feriados ou recesso forense. “Inobservado o prazo indicado, fica configurado o desrespeito ao paradigma”, concluiu o ministro relator.²⁹

Por outro lado, esse prazo de 24 horas pode vir a ser revisto pela Corte Magna, pois diante da carência estrutural pela qual os órgãos públicos passam (Polícias, MPF, Poder Judiciário, Defensoria Pública), tem se mostrado de difícil execução em muitas localidades do país, e em muitas nem mesmo está sendo cumprida, e isto pode fazer com que, em sendo inexequível, passe a ser tolerada a ampliação do lapso temporal ou até levar à não realização da audiência.

Entretanto, há um aspecto na fixação da realização da audiência de custódia que efetivamente fere a reserva legal, estampada no artigo 13 da resolução em comento, que é a exigência de sua realização no caso de prisão temporária, preventiva e para execução de pena definitiva. De fato, a justificativa no caso de cumprimento de mandado de prisão preventiva/temporária e prisão definitiva, repousaria na aferição apenas da regularidade do ato pelos agente

²⁹ O acórdão referido foi proferido na RECLAMAÇÃO – MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347, MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 25.891/GO, relator ministro MARCO AURÉLIO; d.j: 10/05/2017.

públicos que cumpriram a prisão, vez que, diversamente da prisão em flagrante, tais prisões são determinadas por ordem judicial, donde se deduz que houve um prévio controle jurisdicional sobre a legalidade e pertinência da medida.

Badaró (2014) entende que no caso de prisão temporária ou prisão preventiva, não é necessária a custódia para posterior análise de sua legalidade, por “decorrerem de prévia e fundamentada decisão judicial” (BADARÓ, 2014, p.3). Porém, entende que mesmo assim se mantém a necessidade da audiência de custódia, pois

a pessoa presa tem direito, com fundamento no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser levada, sem demora, perante um juiz, que deverá ouvi-la, e reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstâncias do caso assim o indicarem adequado. (BADARÓ, 2014, p.3).

Discordando do autor, é importante observar que a crítica não é quanto à possibilidade de criar-se esta regra, mas sim criar a obrigatoriedade de ser através da audiência de custódia e em prazo exíguo não previsto em lei, além de vir prevista em ato administrativo. A audiência de custódia, com este aspecto urgente e imediato (apresentação em 24 horas) estampado no normativo do CNJ, deve ser reservada para a prisão em flagrante, até porque os objetivos buscados pela normatização dos tratados internacionais são destinados a ela: verificar a legalidade da prisão, verificar as condições da prisão (violência ou tortura) e verificar a possibilidade de adoção de outras medidas cautelares.

Quando a prisão se dá por determinação judicial (preventiva ou temporária) ou para cumprimento de pena (condenação em segundo grau ou definitiva), a questão da legalidade já está evidenciada. Como já apontado, a legalidade da prisão ou a adoção de outras medidas cautelares implicam em reanálise de uma decisão judicial já tomada por quem tinha competência e à luz da situação fática. Não parece ser necessário que o preso seja apresentado a esse mesmo juiz, em 24 horas, para que ele mude decisão anterior. A reversão desta prisão deverá ser objeto de procedimento penal próprio, ou seja, dentro do devido processo legal, talvez até com instrução probatória, incompatível com uma audiência urgente e imediata, limitada em sua gênese, e tornada

obrigatória por um ato administrativo.

Da mesma forma, a apresentação desse preso para uma análise destinada apenas à verificação de violência física ou tortura no momento nessas modalidades de prisão (com exceção da prisão em flagrante) parece ser desnecessária, pois o grande e esmagador número de tortura e violência policial injustificada acaba ocorrendo na prisão em flagrante, muitas vezes para responder a uma provocação e até mesmo para obrigar o preso a confessar ou delatar outros envolvidos. Ademais disso, se faz necessária a criação de mecanismos para que esses presos possam se socorrer imediatamente do Judiciário, caso necessário, para demonstrar eventuais maus tratos ou tortura, tal como um exame de corpo de delito efetivamente completo, com fotos ou filmagem em tempo real, devendo o preso responder aos quesitos mínimos já indicados pelo CNJ (Resolução nº 49); imediata apresentação ao Ministério Público, que tem o grande papel de fiscal da lei e Corregedor institucional das Polícias Civil Estadual e Federal; imediata apresentação do preso ao advogado constituído, advogado dativo ou à Defensoria Pública, que terão meios de comunicar qualquer violação à integridade física ou mental de seu custodiado.

Cabe aqui reconhecer que as duas regras convencionais que servem de referencial para a adoção do artigo 13 da Resolução 213/15-CNJ têm evidente preocupação com o preso provisório no momento da prática do delito, exigindo suas apresentações imediatas ao juiz, para eventual concessão de liberdade ou aplicação de medidas cautelares. Mas quanto ao preso preventivamente ou para o cumprimento de pena definitiva, as regras não parecem impor que sejam imediatamente apresentados ao juiz.³⁰

Feitas estas observações, e não obstante as muitas críticas e alegações de ilegalidades e inconstitucionalidades da Resolução CNJ-213/15, estas devem ser temperadas em face das suas finalidades, pois além de buscar cumprir tratados internacionais, também busca atender o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não é admissível que um Estado Democrático de Direito permita que um ser humano fique preso ou detido sem necessidade ou por mais tempo do que necessário, ou ainda que se coloque em total vulnerabilidade em um dos

³⁰ Destaque-se que em sentido contrário, temos o julgamento feito pelo STF no HC 126.292, onde prevista a necessidade de audiência de custódia para início de execução provisória da pena (logo após o julgamento de segundo grau).

momentos mais delicados para sua integridade física, que é exatamente nas primeiras horas de sua detenção, momento em que fica fora de qualquer custódia estatal e sujeito às violações de seu direito de liberdade e, quiçá, de sua vida.

E por isso, com ou sem ilegalidades, a Resolução nº 213/15 do CNJ se apresenta como um instrumento de evolução na caminhada do Brasil na efetivação, também, do direito fundamental à inclusão social.³¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os fundamentos acima lançados, necessário tecer as conclusões sobre o tratado aqui.

1. O instituto da audiência de custódia - previsto na Resolução 213/2015 do CNJ- ainda é novo no Brasil e visa um controle judicial mais eficaz sobre as prisões provisórias, para verificar as circunstâncias que motivaram a prisão, sua legalidade, necessidade ou não de manutenção do encarceramento do acusado, a detecção de ocorrência de eventuais abusos de autoridade, inclusive de tortura física ou psíquica, quando do aprisionamento. Tem, ainda, a função de amenizar o caótico cenário do sistema prisional brasileiro.

2. O procedimento da audiência de custódia foi regulamentado pelo CNJ no final de 2015, com vigência em 2016. O Projeto de Lei nº 554/2011 (que dispõe sobre a audiência de custódia) foi aprovado pelo Senado em dezembro de 2016 e encaminhado para a Câmara dos Deputados para discussão em 2017. Portanto, o instituto é novíssimo e ainda não regulado em lei propriamente dita.

3. Não se pode esperar que o instituto da audiência de custódia elimine, por si só, as ilegalidades das prisões no Brasil ou que, sozinha, elimine a tortura policial que acontece mais vezes do que se espera ou se imagina. Mas o *Habeas Corpus social*, como idealizado, pode contribuir em larga escala para a redução da violência estatal no momento da prisão, ou, ainda, reduzir a manutenção da prisão ilegal provisória.

³¹ Na mesma obra citada, define-se direito fundamental à inclusão social como sendo "o direito de todos os integrantes da sociedade de dela participar e influenciar na realização dos objetivos comuns, com igualdade de acesso às políticas públicas governamentais previstas constitucionalmente e à justiça digna concreta, como forma de concretizar o exercício da cidadania e dos direitos fundamentais". Ob. Cit. p. 198.

4. O prazo de 24 horas imposto pela Resolução nº 213/15, bem como a exigência de apresentação de todo preso ao juiz, nesse prazo, deve ser repensado. Primeiro, porque os tratados internacionais defendem a apresentação do preso “sem demora” ao juiz ou à autoridade judicial definida em lei, e ousou acrescentar que a “sem demora” deve ser injustificada, pois há situações em que a apresentação do preso se dá depois de prazo maior, como se vê em algumas localidades com dificuldades de locomoção, dificuldades de escolta etc., a realidade brasileira e as carências vividas pelos órgãos jurisdicionais, policiais e órgãos do aparelho estatal de justiça, seu cumprimento deixa de ser efetivo. É preferível um prazo um pouco maior, desde que justificado, do que ocorrer a inefetividade da determinação que já estamos vendo ocorrer em vários locais, exatamente diante das dificuldades estruturais. Já a apresentação do preso com ordem judicial prévia ou para cumprimento da pena definitiva deveria receber uma apresentação facultativa, adotando-se outras maneiras de preservação da sua integridade física.

5. O correto é que o instituto da audiência de custódia venha a ser definida em lei aprovada pelo Congresso nacional, estipulando o correto procedimento que deve ser adotado por todas as unidades jurisdicionais do país, bem como deixando claro quais as obrigações de cada ente estatal, bem como a forma de apresentação do preso conforme as várias esferas de competência judiciária e administrativa que temos no país, bem como além de prever as consequências para o seu descumprimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Audiência de custódia no processo penal brasileiro/Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. Ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

Cartilha: Audiência de custódia. Brasília, CNJ, 2016. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf> (acesso em 09.08.2017).

CNJ - Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 213, de 15/12/2015.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça, Procedimento de controle administrativo nº 00000006-75.2016.2.009.0000. 2016. Acesso em 29/09/2017: [file:///C:/Users/eacorrea/Downloads/documento_0000006-75.2016.2.00.0000_%20\(1\).HTML](file:///C:/Users/eacorrea/Downloads/documento_0000006-75.2016.2.00.0000_%20(1).HTML)

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy . Parecer proferido em 31/07/2014. Encartado ACP nº 8837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara da Justiça Federal/AM, DPU vs União Federal, Acesso em 27/09/2017. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_Audiencia_Custodia_Badaro.pdf

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/11 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana dos direitos do homem. Boletim IBCCrim, São Paulo, nº 254, p.2/3, janeiro/2014.

CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. A ação civil pública como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social. Dissertação de mestrado. UENP/Jacarezinho. 2007. Acesso <https://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos da audiência de custódia: Artigo de 16/07/2015. Acesso em 29/09/17; <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>

PAIVA, Caio. Artigo: “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades”. 03/03/15. Acesso em 24/08/2017: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A FALTA DE DIGNIDADE É A CAUSA DA SEGREGAÇÃO SOCIAL

Juliana Danelon Pova¹
Laila Martina de Paula Borges²
Vitória Ribeiro da Silva³

RESUMO

A dignidade da pessoa humana deve ser o mecanismo motivador para assegurar um desempenho justo do Estado democrático, que evita quaisquer meios degradantes à população, fazendo com que se mantenha o estado de liberdade proporcionado pelo regime democrático.

O Estado tem como responsabilidade a manutenção e a segurança do cumprimento das garantias e direitos fundamentais. Logo, cabe a este a intervenção no caso de exclusão de demandas sociais, fazendo o uso efetivo do texto constitucional que versa sobre tais garantias, evitando que a aplicação das normas sejam voltadas para o interesse individualista do homem.

No sistema Penal brasileiro, percebe-se uma atuação diferenciada sobre as esferas mais miseráveis e vulneráveis da sociedade, o que faz com que a desigualdade e a criminalidade caminhem juntas, tornando-se cada vez mais crescente o problema, vez que os meios de correção não são efetivos.

PALAVRAS-CHAVE:

Dignidade; democracia; exclusão social; individualismo; criminalização; desigualdade, humilhação

¹ Aluna do Curso de Graduação em Direito do UNIVEM 6º termo Email: julianadanelonpova@hotmail.com

² Aluna do Curso de Graduação em Direito do UNIVEM 6º termo Email: lailansa@hotmail.com

³ Aluna do Curso de Graduação em Direito do UNIVEM 2º termo Email: vitoriakit@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O zelo com a dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático tem seu papel crucial na integração do indivíduo na sociedade e na manutenção dos direitos fundamentais disciplinados na Constituição Brasileira.

A responsabilidade estatal de assegurar a inviolabilidade destes direitos faz com que sua atenção não se feche a determinados grupos, ressaltando a expressão do individualismo social.

Pensando nisso, o Sistema Penal Brasileiro tem voltado sua atuação para a parcela miserável da sociedade, o que faz com que a desigualdade e a ausência de dignidade para com estas pessoas sejam pontuadas como um dos maiores problemas sociais que o país enfrenta.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É de função originária do Estado Democrático de Direito zelar pela manutenção e aplicabilidade dos direitos inerentes à pessoa humana que habita sobre este território, especialmente pelos aspectos da dignidade. Tal fundamento deve ser o norteador da base principiológica que tange o indivíduo, o qual deve ser valorizado e exaltado por sua essencialidade, por enaltecer o tratamento e a forma de vivência exercida pelo sujeito com as condições ideais, ou seja, aquelas que não firam quaisquer de seus direitos protegidos pelo Estado democrático.

A necessidade da existência deste regimento pode ser percebida na análise dos direitos e garantias fundamentais, discriminados e resguardados pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, que assegura maneiras hábeis de proteção aos direitos próprios e de outrem. A justiça, nesse sentido, que deve ser estabelecida de maneira efetiva pelo Estado de Direito, que impõe o combate de qualquer ato praticado em desfavor a qualidade psíquica e física do titular ou de terceiro. A respeito do tema a autora Carmem Rocha apresenta:

O tratamento justo e digno conforta; a injustiça, como a indignidade, transtorna o ser humano e o atinge em seu equilíbrio emocional; a reação contra uma ou outra é sempre de revolta, desespero ou amargura: é sempre contraponto carregado de emoção ou sentimento o que se deflagra.

O regime democrático tem como finalidade a elevação sociopolítica do homem, permitindo-lhe o estado de liberdade, averiguando políticas públicas bem executadas de modo a servir melhor a coletividade como um todo, sem distinção entre seus membros.

Quando o Estado desrespeita o sistema estabelecido pela Democracia, ele se afasta do princípio formador da dignidade da pessoa humana, impondo-lhe a nulidade dos atos, sejam eles decorrentes de ação ou omissão, por ilegitimidade. Ao passar a exercer o princípio jurídico da dignidade humana, o Estado passa a assegurar a inviolabilidade do indivíduo, abrangendo sua existência como um todo, não se limitando apenas à matéria palpável e física.

Visando a não banalização do homem, é dever do Estado resguardar o efetivo exercício dos direitos de cada pessoa, de forma imparcial e totalmente igualitária, não fazendo discriminação de minorias ou favorecendo a classe dominante.

No entendimento de Sebastião Geraldo de Oliveira:

“Transborda [do Texto Constitucional] o propósito de promover mudanças, empreender uma ação efetiva, para alcançar o fundamento básico da dignidade da pessoa humana. A leitura por outro enfoque pode ser interpretada também como confissão implícita do legislador constituinte das principais mazelas da sociedade brasileira [...] quais sejam: marginalização das minorias, sociedade injusta, e desigualdades acentuadas, bem como diversas formas de discriminação (OLIVEIRA, 2000, p. 146).”

A crescente exposição de minorias ao abandono estatal vem causando um desequilíbrio socioeconômico, bem como jurídico, fazendo com que a União tenha que se empenhar na criação de planos políticos para integração e proporcionar um sentimento mínimo de oportunidade para os referidos grupos. Tal situação poderia ser totalmente eliminada se fosse respeitado em sua íntegra o princípio alicerce de toda e qualquer relação existente: a dignidade.

O exercício da democracia, em sua essência, consiste na possibilidade de liberdade do homem, fazendo com que sejam efetivados os direitos constitucionais que lhe são garantidos em lei.

Ao que tange ao Brasil, faz-se necessário ressaltar a total leviandade da aplicação do princípio basilar do ordenamento jurídico, percebemos

isso quando nos deparamos cotidianamente com as diferentes formas de degradação social sofridas pelo povo brasileiro, causadas pelo descaso do governo que administra o Estado Democrático, em especial, no que se refere aos grupos minoritários, que padecem com tal desigualdade de condições perante a classe dominante desde os primórdios.

Todavia, versa do artigo 1º, inciso III, da Carta Federativa, que o país fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, o que significa que o Estado como um todo deveria atentar-se no referido fundamento, evitando a degradação e o sofrimento de seu povo.

2. FACE ESTATAL DA EXCLUSÃO SOCIAL

O surgimento do Estado de Direito significa uma evolução diante das concepções de domínio arbitrário dos governantes. O poder de governar, dentro dessa evolução, deixa de ser visto apenas como uma mera prerrogativa, um privilégio de alguns com a sujeição de muitos. A construção do novo modelo de Estado ou Estado do Bem-Estar Social possibilitou o surgimento histórico de uma nova noção de responsabilidade estatal diante das demandas da sociedade. Tais demandas, que anteriormente eram limitadas à esfera de responsabilidade e satisfação individuais, passam a constituir uma gama de direitos e garantias que vinculam a atividade estatal.

A Constituição Federal de 1988 prevê inúmeros deveres do Estado. Esses deveres se relacionam tanto com imposições de cunho negativo, que implicam a abstenção da prática de atos lesivos a direitos inseridos em âmbito constitucional, quanto também se referem a garantias que o poder estatal é obrigado a prestar, seja através da defesa do direito dado pela Constituição, seja no cumprimento de prestações que se lhe impõem satisfazer. A propósito, dispõe o artigo 6º, da CF:

“Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”

Pode-se, então, afirmar a responsabilidade do Estado diante do

surgimento ou agravamento do fenômeno da exclusão num dado momento, além da necessidade constitucional de intervenção, tendo em vista a recuperação e a viabilização de direitos fundamentais violados. O Estado é, senão o principal culpado diante do surgimento do processo de exclusão social num dado momento, o grande responsável pelas intervenções positivas diretas, bem como na condução da mobilização da sociedade em prol da discussão do problema. A extensão e as consequências desse processo, então, devem ser minimizadas pelo poder público, que deve agir de forma preventiva e reguladora, inserindo a sociedade na discussão e ampliando os mecanismos de inclusão e proteção daqueles que, a princípio, são deixados à míngua de direitos conquistados de acordo com a Constituição de 1988.

2.1 VESTÍGIOS INDIVIDUALISTAS NO DIREITO

O individualismo jurídico se define como discurso que valoriza a supremacia do indivíduo diante do grupo e, assim, acredita-se que o indivíduo é naturalmente livre. O individualismo, ao separar homem e a natureza, também resultou na separação entre o bem, a verdade e a justiça, produzindo-se um abismo entre o ser e o dever-ser.

O Direito segue uma transformação do individualista ao social, e sob a denominação de Direito Social, concebe-se apenas um Direito que se preocupe com a segurança e o bem-estar dos economicamente mais fracos. O direito social repousa, acima de tudo, sobre uma transformação estrutural do pensamento jurídico. A tradicional ordem jurídica individualista estava orientada para o indivíduo isolado, sem individualidade, sendo este o conceito de jurídico de pessoa.

Um conceito igualitário, que nivela as diferenças entre os homens, leva à concepção de que pessoa é, da mesma forma, tanto o proprietário quanto quem nada possui; tanto o indivíduo débil quanto a gigantesca pessoa jurídica. Nele estão incluídos a igualdade jurídica, a igual liberdade em relação à propriedade, a igual liberdade de contratar. Mas, na realidade jurídica, a livre propriedade nas mãos do economicamente forte é profundamente diferente do que ocorre quando ela se encontra nas mãos do socialmente fraco.

2.2 A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA

Acerca de uma sociedade contemporânea brasileira, percebe-se que o Sistema Penal tem atuado de maneira seletiva sobre as camadas miseráveis. A desigualdade aflorada encontra-se na criminalidade e sua identidade na medida em que se desfaz a rede de segurança.

Essa criminalização miserável opera-se de duas maneiras principais. A primeira consiste em transformar os serviços sociais em vigilantes das chamadas “classes perigosas”; o grupo dos miseráveis não está apenas excluído das relações de consumo, mas também de todo contexto social, pois são privados de valores concernentes à dignidade humana. A perda de um emprego, por exemplo, desencadeia em perda de uma educação de qualidade, saúde, moradia, saneamento básico entre outros bens, perdas que excluem o homem da sua condição de cidadão capaz de conviver em sociedade consumista cheia de necessidades artificiais criadas pelo marketing da mídia, onde pessoas estão condicionadas a humanos apenas por sua capacidade de consumação.

O segundo componente é o encarceramento. Ao descartar determinadas pessoas da ordem, é comprovado que com o passar do tempo, estas vão buscar a inclusão social, inserção que só é encontrada na vida criminal, o que faz surgir a necessidade de o Sistema Penal entrar em vigor com seu controle carcerário. A marginalização social potencializada pelo controle penal traz como consequência um sofrimento ainda maior dessa população vulnerável e excluída, que se torna violentada em sua dignidade e integridade, o que a leva à necessidade do uso da arma de fogo, da prática do tráfico de drogas, do roubo. É fácil notar que a maioria dos crimes volta-se à ofensa ao patrimônio, e os seus praticantes, em boa parte, são controlados por facções, tudo organizado para os excluídos tornarem-se cidadãos consumidores. A ideia de que algo precisa ser feito para garantir o funcionamento do organismo social acaba legitimando a utilização do direito penal para eliminar o elemento disfuncional, garantindo, assim, a ordem pública e a estabilidade social.

2.3 A PRISÃO É UMA INSTITUIÇÃO FORA DA LEI

Políticas policiais e penitenciárias estão ligadas às mutações empregatícias, oscilações das classes sociais, insegurança social e Estado punitivo.

Cada vez mais a justiça e a prisão estão presentes nas zonas sociais inferiores.

O objetivo da prisão era fazer o indivíduo respeitar a lei e, consequentemente, aprender com seus erros; no entanto, o sistema carcerário brasileiro é claramente uma “escola de crimes” que causa efeitos destruidores nos seres humanos que lá adentram. O cárcere produz no detendo uma série de humilhações que invadem o psicológico, causando condutas cada vez mais agressivas e gerando uma regressão do indivíduo que está sendo privado de tudo que um adulto faz normalmente. A vida de prisioneiro fica gravada no detento, todas as lembranças de violência vêm à tona. A prisão é uma ruptura com o externo, é um exercício de vingança, e nela ninguém deseja ingressar.

A necessidade, aqui, não é melhorar as condições de detenção; o verdadeiro desafio é esvaziar as prisões, alargando as hipóteses de penas alternativas à privação da liberdade. É preciso inserir a pessoa na sociedade, dando-lhe um trabalho, estudo e igualdade de oportunidades.

Por derradeiro, é imediata a observação que essa “limpeza de classes”, que empurra os pobres do espaço social com objetivo de redução na criminalidade, não tem dado certo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da pesquisa se liga ao esforço de se esclarecer o que é Direito e o que é Justiça, tendo como finalidade a própria ciência jurídica, que por sua vez, busca através da pessoa do juiz dizer se uma relação jurídica está ou não de acordo com a lei.

Compete citar Aristóteles, que em um de seus livros menciona sobre o justo e injusto. O Filósofo fez uma comparação entre a sociedade de séculos atrás e a de seu tempo, afirmando que essa evoluiu e a lei não conseguiu acompanhar no mesmo ritmo.

Com todo acervo histórico, é possível observar que o homem brasileiro se adapta a diversas situações de forma lenta. Cada período histórico é marcado por uma organização sócio-política econômico cultural própria.

Todavia, nota-se que o atual direito, como concretizado, não está cumprindo o seu papel de efetivar a dignidade humana, razão de exclusão de grupos miseráveis da sociedade, sendo esses mesmos grupos, concomitantemente, incluídos nos sistemas policial, judicial e carcerário.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo dos Santos. **Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis - Educação, Direitos Humanos e Exclusão Social - políticas públicas.** UNESP Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, p. 49-67, maio 2016. ISSN 1677-1419. 2ª Edição, 2001

SAWAIA, B. **As artimanhas da exclusão** 2ª Edição Editora Vozes, 2001

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria.** Editora Revan, 2003

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Roberto Carlos Ferreira Soares¹

RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo apresentar os direitos das pessoas com deficiência a partir da previsão constitucional, bem como apresentar um conjunto de legislações ordinárias de âmbito federal como forma de construção de uma rede normativa de direitos destacando a legislação que garante acesso para as pessoas com deficiência e que determinou obrigações às empresas privadas para reservarem vagas de trabalho que foram garantidas através do trabalho realizado pelas Delegacias Regionais do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho no cumprimento de cotas de reserva de mercado nas empresas privadas como forma para a efetivação do direito de acesso ao trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição; Leis; Pessoa com deficiência; Delegacias Regionais do Trabalho; Ministério Público do Trabalho.

¹ Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP), pós-graduado em Administração de Recursos Humanos (Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (Anhanguera/Uniderp), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pesquisador. Psicólogo e Advogado. *E-mail*: ro.cabru@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Em um sistema jurídico marcado pela tentativa de redução das desigualdades, a Constituição Federal de 1988 seria um autêntico paradoxo se não evidenciasse a preocupação por parte do constituinte com relação aos direitos das pessoas com deficiência.

Tamanha foi essa preocupação de estabelecer garantias, que os indicativos desses direitos, através dos artigos constitucionais, permaneceram localizados em diversos lugares diferentes ao longo do texto constitucional.

O resgate histórico de exclusão e marginalização de pessoas com deficiência conduziu a necessidade de recompor, através de medidas afirmativas que possibilitassem às pessoas com deficiência a oportunidade de serem inseridas no seio da sociedade contemporânea, principalmente, por meio do acesso ao trabalho. O texto constitucional trouxe em diversos momentos, artigos que configuram direitos para as pessoas com deficiência, que de forma geral são aferidos de imediato e outros são de perfil programático.

A criação e as garantias constitucionais trouxeram obrigações ao legislador para regularem determinados direitos para que fossem colocados à disposição dos interessados, cuja consequência permitiu o aumento considerado de legislações que tratam desse assunto.

A promulgação da Lei 8.213 de 24.07.1991, que estabeleceu os percentuais para que as empresas privadas fizessem reserva de vagas para contratação de pessoas com deficiência, foi um marco importante de garantia de acesso ao trabalho. Neste sentido, o objetivo desse trabalho é localizar apresentando na Constituição Federal de 1988 os direitos e as legislações que garantem essas afirmações aferidas pelo texto constitucional, chamando a atenção para o trabalho do Ministério Público que cumpre seu papel de fiscalização que permite a efetividade do direito ao trabalho.

A fim de alcançar esse objetivo, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica e documental de natureza exploratória e descritiva, mediante estudos doutrinários e de jurisprudências a fim de verificar a atuação do Ministério Público através das Delegacias Regionais do Trabalho no cumprimento do papel de fiscalização e de atuação como forma de credibilidade à legislação comentada.

1 A LOCALIZAÇÃO ESTRATÉGICA DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes direitos para as pessoas com deficiência. Vale destacar que estes direitos não estão concentradas em um capítulo específico, mas espalhadas ao longo do texto constitucional, sendo também um indicativo do legislador original querer manter e assegurar que o implemento desses direitos não estivesse na mira de ser suprimido ao longo do tempo, mas ao contrário, fosse, no decorrer do amadurecimento da sociedade e do fortalecimento das discussões, um importante elemento implantando com condições para os direitos serem usufruídos em sua totalidade.

Logo no início, quando o legislador indica o texto constitucional, toma o cuidado de estabelecer, no artigo 1º, os fundamentos da República Federativa do Brasil, no inciso III a dignidade da pessoa.

A construção da dignidade da pessoa é um conceito, se assim podemos dizer, traduz a ideia de respeito ao ser humano, de tal sorte, que quis o legislador estabelecer que a Constituição Federal de 1988 fosse um marco de cidadania que consagrasse a pessoa como sendo o maior valor a ser tratado pela figura do Estado. Merece destaque o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet ao escrever sobre a dimensão da dignidade humana:

[...] a noção de dignidade da pessoa da pessoa humana (especialmente no âmbito do Direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Estas, ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum, especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.²

O pensamento deste autor traduz a ideia de que a dignidade é um traço inerente à pessoa, sendo pessoa um atributo universal para todo ser hu-

² SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. In: _____ (Org.) MAURER, Béatrice; SEELMAN, Kurt; KLOEPFER, Michael; HABERLE, Peter. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

mano.³ Semelhante ao pensamento de Sarlet, Pietro de Jesús Lora Alarcón, aponta: “[...] a dignidade da pessoa humana não é só mero enunciado vernacular principiológico, dada a sua localização na topografia constitucional, mas na verdade, um valor de pré-compreensão de todo o arcabouço jurídico do Estado brasileiro”.⁴

Esse patamar de respeito ao ser humano é seguido ao longo no artigo 3º, expresso no inciso IV, ao afirmar como sendo um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁵

A consagração da proteção ou da blindagem contra o Estado e contra outras pessoas veio a ser petrificada no caput que estampou a seguinte frase célebre, conhecida e repetida em tantos momentos históricos e nos bancos acadêmicos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.⁶

Ainda dentro do capítulo I do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no inciso XLI do artigo 5º, o legislador trouxe a advertência e o dever ao legislador originário ao estabelecer que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁷

O caput do artigo 6º ao abrir o capítulo II, que indica os Direitos So-

³ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi ratificado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, no seu artigo 2º que pessoa é todo ser humano.

⁴ ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004, p.246.

⁵ O inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988 possui extrema ligação com o Decreto nº 3.956 de 08 de outubro de 2001, que promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência.

⁶ Trata-se do artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988.

⁷ A Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989 estabeleceu os parâmetros para os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. A Lei nº 8.081 de 21 de setembro de 1990 estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceitos de raça, cor, religião etnia ou procedência nacional praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza.

ciais, logo os define como “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁸

Neste patamar, o inciso XXXI do artigo 7º, que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, protege as pessoas com deficiência por meio da “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.⁹

A ideia de proteção ao trabalho da pessoa com deficiência se deve, em muito, à preocupação de resgatar uma minoria que esteve à margem do contexto social por gerações que discriminaram pela condição física, mental e psicológica. Seguindo esse raciocínio os direitos da pessoa com deficiência não são de responsabilidade de somente um ente da federação, nem houve a preocupação de estabelecer que a regulamentação do assunto estivesse somente a cargo da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. O entendimento foi de repartir entre os membros da federação as responsabilidades pela implementação e defesa dos interesses das pessoas com deficiência.

O artigo 23 da Constituição Federal de 1988 trata das competências comuns de índole material, conforme entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior que entendem como sendo comuns aquelas competências materiais que pertencem simultaneamente a mais de um ente federativo, também chamadas de cumulativas ou paralelas.¹⁰

O inciso II do referido artigo 23, define como sendo responsabilidade dos entes federativos “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.¹¹

A competência concorrente estabelecida pelo legislador originário

⁸ A redação deste artigo determinada pela Emenda Constitucional nº 64 de 4 de fevereiro de 2010.

⁹ O Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999, consolida as normas de proteção à pessoa portadora de deficiência.

¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p.341.

¹¹ A Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 trata da proteção da pessoa portadora de deficiência, regulamentada pelo Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999.

trouxe para o campo de debate que as obrigações estariam distribuídas entre os participantes, neste caso entre os entes federativos, sem que não houvesse alguma preocupação por parte de cada um com o trabalho executado pelo outro.

É evidente que ainda assim é necessária certa coordenação entre os assistentes para que não ocorra algum prejuízo de perda de energia nas ações empreendidas.

Ao olhar o texto constitucional, o verbo usado, para esta questão, é cuidar que tem como significado: “cogitar, imaginar, meditar, julgar, supor, pensar, refletir, trabalhar pelos interesses de alguém, preocupar com alguém”.¹²

Neste sentido, trabalhar pelos interesses de alguém parece a melhor definição para aquilo que o legislador originário pretendeu estabelecer como dever para que os entes federativos estivessem atentos com a saúde, a assistência pública, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. O artigo 24 da Constituição Federal de 1988 traz as competências legislativas dos entes federativos: a União, os Estados e o Distrito Federal, que no inciso XIV estabelece a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”.¹³

Como não poderia ser excluído do tema, o inciso II do artigo 30 traz a possibilidade de os Municípios também legislarem sobre o assunto no âmbito de seu interesse.¹⁴

Neste contexto, o acesso ao trabalho na esfera pública também é assegurado nos termos do inciso VIII do artigo 37, o qual reservou à lei a regulamentação da matéria.¹⁵

A matéria foi regulamentada pela Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabeleceu percentual de até 20% (vinte por cento), logo não determinou um percentual fixo para cada ente federativo, mas permitiu

¹² BUENO, Francisco da Silveira. Dicionário escolar da língua portuguesa. 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1995, p.316

¹³ O inciso XIV do artigo 24 da Constituição Federal de 1988 ao trazer as obrigações legislativas, possibilita aos entes federados que estabeleçam legislações sobre o tema, desde que seja respeitado o § 1º do respectivo artigo que determina que a União legisle sobre assuntos gerais e na sua ausência, por força § 3º os Estados poderão legislar sobre a matéria. Importante destacar que o § 3º autoriza que os Estados legislem de forma suplementar.

¹⁴ “I – legislar sobre assuntos de interesse local”.

¹⁵ O inciso VIII do artigo 37 expressa: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

um máximo e deixou de aferir um mínimo, o que ocasionou um atendimento diferenciado entre os membros da federação.¹⁶

Cientes dessa desproporção, o legislador ordinário teve a preocupação de regulamentar o mínimo existência para atendimento do inciso VIII do artigo 37 da Constituição, ou seja, pela reserva de 5% das vagas, conforme reza o Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999.¹⁷

Neste contexto, o legislador constitucional teve o cuidado de estabelecer uma regra geral para o combate às barreiras arquitetônicas que possibilita acesso físico aos lugares públicos, facilitando a locomoção, conforme reza o artigo 227, § 2º: “A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios públicos de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.¹⁸

Neste contexto, o artigo 244 também avança no mesmo entendimento de garantir acesso às pessoas com deficiência.¹⁹

O legislador constituinte ainda estabeleceu regras que garantissem direitos na área da educação para as pessoas com deficiência, conforme expressão do artigo 207, inciso III e § 1º, inciso II.

O artigo 203, inciso IV expressou a preocupação de integrar na sociedade e para efetivar esse direito deixou expresso o recebimento de um salário mínimo no artigo 203, inciso V.

¹⁶ A Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art.5º, § 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

¹⁷ O § 1º do artigo 37 do Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999, regulamentou a Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção.

¹⁸ A Lei nº 10.098 de 19 de dezembro de 200º estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Lei nº 9.086 de 03 de Março de 1995 do Estado de São Paulo determina aos órgãos da Administração Direta e Indireta a adequação de seus projetos, edificações, instalações e mobiliário ao uso de pessoas portadoras de deficiências.

¹⁹ ‘Artigo 244 da Constituição Federal: “A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existente, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, 2º”.

Importante destacar, com relação ao assunto, a terminologia adotada na Constituição Federal de 1988 de pessoa portadora de deficiência, com a ratificação da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinado em Nova York em 30 de março de 2007, que, por força do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, reconheceram com base no procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a emenda constitucional e o tratamento utilizado pela Convenção à pessoa com deficiência, mesmo que não tenha tido alteração no texto constitucional.

Neste sentido a Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, que tem como a base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, consagrou a terminologia pessoa com deficiência.

É notório observar que a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo garantias que fomentaram a elaboração de legislações que possibilitaram a construção de um importante leque de proteções significativas para as pessoas com deficiência.

O teor dessa proteção traz consigo um desenvolvimento não somente político legislativo, mas o pensamento de integração de minorias que fazem parte do contexto da sociedade.

Para Diego Nassif da Silva, ao abordar a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, aponta como sendo um aspecto indicativo não somente dessa preocupação como também um forte elemento das mudanças da sociedade:

De fato, o processo de reconhecimento, efetivação e garantia dos direitos se coloca como parte de um processo maior, estabelecido entre as perspectivas formal e material da democracia, em uma dinâmica de retroalimentação que conta como força motriz a participação social e política de todos.²⁰

Para o Professor Paulo Bonavides, “não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitaliza a democracia e lhe ensinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social

²⁰ SILVA, Diego Nassif da. *Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2013, p.77.

das relações de poder”.²¹

O pensamento do estimado citado Professor denota a importância da interação das forças políticas, mas também da participação da sociedade civil organizada na defesa dos direitos que foram consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, os avanços das legislações denotam a preocupação da garantia desses direitos e, em muitos casos, a regulamentação para que se obtenha condições políticas e sociais para a efetivação através da inserção na sociedade, com maior destaque no mercado de trabalho.

Para que essa ideia de inserção torne-se uma realidade, é necessária a construção de uma teia de legislações que regulamentem esses direitos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Com esse intuito, passemos a descrever de uma maneira peculiar a construção desse ordenamento que consolida o sistema de proteção jurídico dos direitos das pessoas com deficiência.

2 A CONSTRUÇÃO DA BLINDAGEM JURÍDICA BRASILEIRA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 consagrou importantes dispositivos ordinários para a abertura e fortalecimento de direitos das pessoas com deficiência. Anteriormente a consagração do texto constitucional, a Lei nº 4.169 de 4 de dezembro de 1962 trouxe para o mundo jurídico as convenções em Braille para uso na escrita e leitura dos cegos e o Código de Contrações e Abreviaturas Braille.

Passados praticamente 20 anos, o legislador estabeleceu na sociedade dominada pela ditadura militar a Lei 7.070 de 20 de dezembro de 1982, que possibilitou o acesso de um valor de sustento denominado de pensão especial para os deficientes físicos, mais especificamente voltado para as pessoas com a Síndrome da Talidomida.²²

²¹ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por um a nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51.

Com relação a esse assunto, a Lei 12.190 de 13 de janeiro de 2010, concedeu indenização por dano moral às pessoas com deficiência física em decorrência do uso da talidomida.

Ainda assim, a construção de legislações que trouxessem avanços, estava distante, mas em 12 de novembro de 1985, foi promulgada a Lei 7.405 que determinou a colocação do símbolo internacional de acesso em todos os locais e serviços que permitam serem utilizados ou reconhecidos como sendo de acesso privativo para pessoas com deficiências.

Já, na vigência na Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 que criou a CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - como um importante reflexo da vontade do Estado Brasileiro em construir uma rede de atendimento para as pessoas com deficiência. Em 20 de dezembro de 1999, o Decreto 3.298 regulamentou a referida legislação estabelecendo a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência com o objetivo protetivo.

O marco fundamental desta legislação foi trazer para o cenário a presença do Ministério Público para a tutela dos interesses das pessoas com deficiência.

No entanto, o que chama a atenção é que a tutela não permanece unicamente com o Ministério Público, mas também os legitimados para propor ação civil pública no atendimento à proteção de interesses coletivos, ou também conhecidos como difusos, além disso podem ser propostas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Defensoria Pública, por associações, desde que estejam constituídas há mais de um ano, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista com o intuito de proteção a esse grupo minoritário.

Já em 08 de janeiro de 1991, a Lei 8.160 definiu o símbolo de identificação de pessoa com deficiência auditiva.

Nesta época, foi possível constatar que o legislador demonstrou uma profunda preocupação para a construção de uma rede legal de garantias dos direitos das pessoas com deficiência.

²² A Síndrome de Talidomida ou Amida Nftálica do Ácido glutâmico, trata-se de um medicamento que foi desenvolvido na Alemanha, em 1954 com indicativo para sedativo. Após sua comercialização em 1957 constatou-se que provocava alterações nos fetos pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto. A utilização durante a gravidez provocou nos fetos graves defeitos visuais, auditivos, deixando outras sequelas graves.

Destaque ainda maior foi a promulgação do Decreto 914 de 6 de setembro de 1993 que instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, mas foi revogado pelo Decreto 3.298 de 20 de dezembro de 1999 que ainda regulamentou a Lei 7.853 de 20 dezembro de 1999.

Essa legislação trouxe importantes definições, com destaque para o conceito de deficiência expresso no inciso I do artigo 3º: “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”²³

A Lei 8.899 de 29 de junho de 1994 concedeu o passe livre para as pessoas com deficiência quando do transporte interestadual.

Essa legislação foi regulamentada pelo Decreto 3.691 de 19 de dezembro de 2000, que trouxe a obrigação das empresas permissionárias de transporte interestadual de passageiros reservarem dois assentos de cada veículo para utilização para pessoas beneficiárias, entre essas, as pessoas com deficiência.

Outro fato marcante foi a promulgação da Lei 8.989 de 24 de fevereiro de 1995 que concedeu isenção do imposto sobre produtos industrializados, conhecido por IPI, quando da aquisição de automóveis que fossem utilizados para o transporte de pessoas com deficiência. Essa legislação sofreu alteração pela Lei 10.754 de 31 de outubro de 2003 e novamente pela Lei 10.754 de 31 de outubro de 2003 que alterou o artigo 1º da Lei 8.989 e passou a vigorar com a seguinte redação: “Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências.”²⁴

A legislação acima, que trata da isenção do IPI, sofreu alterações sucessivas pelo Decreto 7.660 de 23 de dezembro de 2011 e Decreto 7.705 de 25 de março de 2012, em ambos os casos alterando a tabela de incidência do IPI.

²³ BRASIL. Decreto 3.298, 20.12.1999. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm#art60>. Acesso em: 02.09.2017.

²⁴ BRASIL. Lei 10.754, 31.10.2003. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.754.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

O ano de 1998 foi marcante porque foi promulgada a Lei 9.777 de 29 de dezembro que alterou no Código Penal os artigos 132, 203 e 207 no sentido de agravar as penas para os crimes que envolvam pessoas com deficiência.

Uma nova inovação trazida pela Lei 10.048 de 8 de novembro de 2000 foi a determinação de prioridade de atendimento às pessoas com deficiência, como também os idosos com idade igual ou superior a 60 anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo, devendo as empresas públicas, as concessionárias e as instituições bancárias adequarem para atendimento que foi regulamentada ainda pelo Decreto 5.296 de 2 de dezembro de 2004, bem como a Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência, ou aquelas com mobilidade reduzida, no entanto, foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 4º determinação adaptação de brinquedos e equipamentos dos parques de diversões pela Lei 11.982 de 16 de julho de 2009.

Neste patamar, a Lei 10.226 de 15 de maio de 2001 acrescentou ao artigo 135 da Lei 4.737 de 15 de julho de 1965 que instituiu o Código Eleitoral, a determinação de orientações sobre os locais de melhor acesso para o eleitor com deficiência física.

Ainda neste ano, o Governo brasileiro ratificou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência por meio do Decreto 3.956 de 8 de outubro de 2001, que traz o conceito do termo deficiência como: “significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”.²⁵

Em 24 de abril de 2002, foi promulgada a Lei 10.4336 que regulamentou o uso da língua brasileira de sinais – conhecida por libras, inclusive teve a profissão de tradutor e intérprete regulamentada pela Lei 12.319 de 1 de setembro de 2010.

No ano de 2003, houve promulgações de legislações federais, dentre

²⁵ BRASIL. Decreto 3.956, 08.10.2001. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

essas a lei 10.683 de 28 de maio de 2003 que dispôs sobre a organização da Presidência da República, com destaque para a Secretaria de Direitos Humanos tendo como estrutura básica o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

A Lei 10.753 de 30 de outubro de 2003 instituiu a Política Nacional do livro com referência para atendimento para pessoas com deficiência.

Na área da educação, em 5 de março de 2004, foi promulgada a Lei 10.845, que estabeleceu o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência.

Em 27 de junho de 2005, foi promulgada a Lei 11.126, que garantiu o direito da pessoa com deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia, sendo regulamentada pelo Decreto 5.904 de 21 de setembro de 2006.

Já a Lei 11.133 de 14 de julho de 2005 estabeleceu a data de 21 de setembro como dia nacional de luta da pessoa com deficiência, e a Lei 12.622 de 8 de maio de 2012 estabeleceu o dia 22 de setembro como dia nacional do atleta paraolímpico.

Ainda neste ano, foi promulgada a Lei 11.180 de 23 de setembro de 2005 que instituiu o Programa de Educação Tutorial – PET, alterou os artigos 428 e 433 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, cujo entendimento é aplicável para o artigo 428 que trata dos contratos de aprendizagem de prazo determinado para maiores de 14 anos e menor de 24, pela força do § 5º não se aplica a pessoas com deficiência a observância da temporalidade.

Além disso, a Lei 11.180 sofreu nova redação pela Lei 11.692 de 2008 e pela 12.431 de 2011.

Seguindo a linha do tempo, a Lei 12.470 de 31 de agosto de 2011 alterou os artigos 16, 72 e 77 da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social incluindo o filho ou irmão com deficiência mental como dependente e obrigando o pagamento do salário maternidade salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os artigos 20 e 21 e acrescenta o artigo 21-A à Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica

de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4º e 5º ao artigo 968 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual.²⁶

Ainda em 2011, o Governo Brasileiro implantou o Plano Viver sem Limite pelo Decreto 7.612 de 17 de novembro de 2011.

Na sequência a Lei 12.587 de 3 de janeiro de 2012 estabeleceu as diretrizes para a Política de Nacional de Mobilidade Urbana em consonância com o inciso XX do artigo 21 e o artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

Uma novidade interessante trazida pela Lei 12.613 de 18 de abril de 2012 foi a disponibilidade de crédito pelas instituições financeiras para pessoas físicas com renda mensal de até 10 salários mínimos para aquisição de bens e serviços destinados a pessoas com deficiência.

Finalmente, a Lei 13.146 de 6 julho de 2015, também conhecido Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

O crescimento das legislações que estabelecem proteções e regulamentam direitos às pessoas com deficiência foram o retrato daquilo que estava previsto pelo texto constitucional, sendo nítido seu crescimento e avanço após promulgação da Constituição Federal de 1988.

O modelo adotado pelo constitucionalismo brasileiro permite aferir, ao longo do tempo, programas de melhorias de condições para as pessoas com deficiência na medida em que o Estado Brasileiro desenvolva condições econômicas e sociais para a implantação de políticas públicas que reflitam a vontade de inserção dessa minoria.

Neste sentido, ficaria sem sentido a questão da efetividade desse direito²⁷, se pensarmos no artigo 93 da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que

²⁶ SECRETARIA NACIONAL DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Secretaria de Direitos Humanos. Presidência da República Federativa do Brasil. Legislação, Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/legislacao>>. Acesso em: 02.12.2014

²⁷ O artigo 93 da Lei 8,213 de 24 de julho de 1991 determina que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

obriga as empresas privadas e públicas a contratarem conforme seu quadro de recursos humanos um percentual proporcional de pessoas com deficiência.

Não teria efetividade se não houvesse a defesa desse direito pelo Ministério Público do Trabalho e nem outros que foram elencados pelas legislações que tratam das pessoas com deficiência.

A essa singularidade do Direito, o Professor Dimitri Dimoulis relembra, ao analisar a contrafactividade, que o Direito foi criado para transformar a ordem natural para civilizar a convivência humana, conforme expressa:

[...] a norma jurídica é contrafática porque exprime um dever ser que objetiva mudar a realidade social, transformar o comportamento dos homens e as relações sociais. O direito contraria frequentemente os fatos sociais porque deseja que estes sejam alterados. Temos aqui a função progressista ou transformadora do direito que se manifesta claramente em momento de crise e ruptura, por exemplo, quando acontece uma revolução para instituir uma nova ordem social e jurídica. Mas, mesmo quando não ocorrem revoluções, encontramos inúmeras normas contrafáticas que objetivam mudar as mentalidades e os comportamentos sociais, impondo condutas que o legislador considera necessárias. Exemplo: a proibição do trabalho infantil na Constituição Federal. Em todos esses casos as normas constitucionais querem provocar mudanças sociais.²⁸

O pensamento do autor traduz que o Direito deve proporcionar mudanças que tragam melhorias para coletividade, mesmo que o cenário seja contrário.

As legislações que tratam dos direitos das pessoas com deficiência fundadas no teor da Constituição Federal de 1988, ainda que sejam insuficientes para muitos observadores do Direito, representam um arcabouço jurídico que pode trazer melhorias para um grupo minoritário formado neste caso pe-

I - até 200 empregados.....	2%
II - de 201 a 500.....	3%
III - de 501 a 1.000.....	4%
IV - de 1.001 em diante.....	5%

BRASIL. Lei 8.213, 24.07.1991. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

²⁸ DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 101

las pessoas com deficiência que foram ao longo de uma história deixados a sua própria sorte.

Esse corpo de direitos devem ser protegidos e instigados os responsáveis pelo cumprimento para que tenhamos a efetividade pelo acesso e fruição desses benefícios.

O Professor Roberto Gargarella, ao analisar a teoria da justiça proposta por Rawls, reforça a ideia defendida da busca da justiça no sentido de que as instituições sociais devem ser justas em sua atuação ou então reformadas ou ainda abolidas.²⁹

Neste sentido, a busca da compreensão do sentido da justiça para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência recorre-se ao corpo formado por legislações que foram sendo revisadas e compõem a blindagem dos direitos que devem ser protegidos, ou parte deles, sem que se coloque em campo a análise dos tratados e acordos internacionais, sem mencionar a farta jurisprudência no campo dos direitos humanos.

Com esse particular interesse de olhar a defesa, a proteção e a garantia dos direitos das pessoas com deficiência, desponta o trabalho do Ministério Público do Trabalho que tem auferido importantes resultados no enfrentamento das questões de defesa dos interesses dos grupos minoritários, no caso em tela em estudo das pessoas com deficiência no acesso ao trabalho digno.

3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NA DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A defesa da proteção dos interesses das pessoas com deficiência passa pelo Ministério Público, Defensoria Pública, por Associação constituída há mais de um ano, Autarquia, Empresa Pública, Fundação ou Sociedade de Economia mista que inclua, entre suas finalidades, a proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

A ação pública é o instrumento utilizado para defender o direito da pessoa com deficiência e está disciplinada pela Lei 7.347 de 24 de julho de

²⁹ GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.01

1985 que indica a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Neste sentido, o Professor Cândido Rangel Dinamarco aponta com muita propriedade o momento do surgimento desse importante meio processual para defender direitos:

Foi somente quando a sociedade de massa passou a impor regras de um direito de massa, que surgiu a consciência da necessidade de medidas integrantes de um verdadeiro processo civil de massa, caracterizado na ordem jurídica brasileira mediante medidas como o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública destinada à tutela dos valores ambientais, dos consumidores como comunidades, dos deficientes físicos e das crianças e adolescentes.³⁰

Esse entendimento possibilita que o Ministério Público ocupe papel fundamental no cenário como defensor da sociedade em seus diversos seguimentos como uma instituição vital para o fortalecimento do Estado de Direito.

A edição da Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, usa integração social e traz para o cenário a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas sob o manto da atuação do Ministério Público.

A atuação do Ministério Público juntamente com outros legitimados passou, portanto, a ser uma incumbência preponderante de atuação na defesa dos interesses chamados difusos ou coletivos das pessoas com deficiência.

São aplicados os mesmos princípios referentes à instauração do inquérito civil, seu arquivamento, propositura e julgamento das ações civis públicas e ações coletivas.

A participação do Ministério Público não se restringe somente aos interesses que proporcionem ações que versem sobre os interesses coletivos, mas em momentos em que haja a violação do direito da pessoa com deficiência, inclusive na ação em que a pessoa com deficiência atue como parte do processo.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno, São Paulo: Malheiros, 2001, p.115

A defesa de interesses difusos e coletivos ligados às pessoas com deficiência por parte do Ministério Público está prevista no artigo 3º da Lei 7.853/1989 com suporte no inciso IV do artigo 1º da Lei 7.347/85.³¹

Essa concepção atribuída ao Ministério Público traduz no dever de proteger os direitos das pessoas com deficiência, exercendo fiscalização junto à sociedade para que a manutenção dos direitos, tanto coletivos como preventivos sejam respeitados, conforme é tão bem destacado Antonio Rutti Neto:

Enfim deve ainda o Ministério Público zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os princípios constitucionais de proteção às pessoas portadoras de deficiência, como o acesso a edifícios públicos ou o preenchimento de empregos públicos, sendo que a propositura da ação civil pública, pode ser ainda ampliada para os campos relacionados a educação, a saúde, o transporte, edificações e outras áreas em que os direitos das pessoas portadoras de deficiência estejam sendo violados.³²

O entendimento para definição de interesses difusos ou coletivos pode ser encontrado no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 que no inciso I e II do artigo 81 definem o que são interesses coletivos e difusos:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos

³¹ O artigo 3º da Lei 7.853/1989 estabelece que: “As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência”. BRASIL. Lei 7.853, 24.10.1989. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 02.12.2014.

O inciso IV do artigo 1º da Lei 7.347/85 estabelece que: “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” BRASIL. Lei 7.347, 24.07.1985. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

³² RULLI NETO, Antonio. Direitos do portador de necessidades especiais. São Paulo: Fiuza Editores, 2002, p.219.

deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;³³

A leitura da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, que trata das ações civis públicas, possibilita o entendimento que no caso do ajuizamento, o legitimado deverá instruir a petição inicial com as informações que poderão ser colhidas mediante requerimento as autoridades competentes.

A entrega dessas informações requeridas deverá ser feita dentro do tempo hábil de quinze dias mediante recibo.

A sentença terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, exceto para o caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova.

Já o Ministério Público poderá instaurar sob sua responsabilidade inquérito civil ou ainda requisitar de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, documentos, certidões e demais informações que entender que são necessárias para esclarecimento e formação de seu convencimento.

4 A FISCALIZAÇÃO SOBRE A LEI DE COTAS DE EMPREGOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NAS EMPRESAS PRIVADAS

A Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, no seu artigo 93 estabelece a obrigação das empresas privadas que possuem na totalidade de seu quadro de pessoal de contratar uma quantidade de pessoas com deficiência mediante uma regrinha percentual, conforme o texto extraído abaixo:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.
§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente	

³³ BRASIL. Lei 8.078, 11.09.1990. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm >. Acesso em: 02.09.2017.

habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.³⁴

A fiscalização quanto ao cumprimento dessas cotas cabe ao Ministério Público, através das Delegacias Regionais do Trabalho e ao Ministério Público do Trabalho, inclusive autuando as empresas que não cumprem baseada na Portaria 1.190 de 28 de outubro de 2003 do Ministério do Trabalho e Emprego.

É importante frisar que a reserva de mercado no setor privado, conforme anunciado acima, destina-se às pessoas com deficiência que são consideradas como habilitadas, ou seja, às pessoas com condições de executar determinadas atividades que não impossibilitem de exercer tarefas específicas.

Algumas empresas alegam que não tem condições de admitir pessoas com deficiência por razão de tipo de negócio ou suas estruturas que demandaria muitas alterações, ou alegam que desconhecem quais as funções seriam atribuídas, mas devem planejar para somar esforços para assegurar a inclusão no trabalho às pessoas com deficiência.

Neste sentido, o Ministério Público cumpre um papel importante que inicialmente proporciona a empresa tempo hábil para organizar suas linhas de trabalho, através do termo de ajuste de condutas, que se não cumprido transforma em um título executivo extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 respalda amplamente as leis que garantem o acesso ao trabalho, o que permite o desenvolvimento profissional das

³⁴ BRASIL. Lei 8.213, 24.07.1991. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

pessoas com deficiência.

A inovação de direitos conferidos trouxe à tutela das pessoas com deficiência a garantia, através de normas gerais, que fixaram direitos e deveres abrangentes e de normas especiais que criam direitos específicos e estabelece o dever do Estado de cuidar e legislar no contexto do modelo federalista brasileiro.

As legislações que regularam esses direitos são importantes para a manutenção da garantia de acesso principalmente ao trabalho que representa a possibilidade de maior integração social e econômica com a melhoria da condição financeira e emocional da pessoa com deficiência que passa para a categoria de poder de consumo.

Não parece haver dúvidas que o Ministério Público é o tutor natural dos interesses das pessoas com deficiência, sejam elas físicas, mentais ou sensoriais, de tal sorte que zele pela eficácia de normas constitucionais e ordinárias que já dispõem sobre a matéria.

A atuação do Ministério Público, na defesa dos interesses das pessoas com deficiência, pode ser ainda melhor com a atuação mediante a Lei 8.213/91 que estabelece o percentual reservado de mercado para as empresas privadas que ficam obrigadas a contratar em seus quadros de trabalhadores, pessoas com deficiência, como forma de inclusão social.

A fiscalização exercida pelo Ministério Público através das Delegacias Regionais de Trabalho é fundamental para a garantia da efetividade da legislação cogente que trata essa matéria, de tal modo que as multas são de elevado valor como forma punitiva e pedagógica.

Ainda assim, é sabido que a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, no seu artigo 9,3 ao estabelecer a obrigação para contratar pessoas com deficiência, não conseguiu atender a todos os casos, pois muitas empresas não conseguem contratar devido ao desenvolvimento do seu negócio, como por exemplo, uma empresa de vigilância armada, logo o legislador ordinário não percebeu que haveria casos em que não caberia a aplicação da Lei, mas ele deveria prever saídas compensatórias para que houvesse incentivos às empresas para cumprirem a legislação.

Desta forma, cabe aos operadores do Direito buscarem a compreensão dos reais limites das pessoas com deficiência para cumprir o seu papel de

garantir condições de igualdade plena aos demais trabalhadores, bem como buscar alternativas para propor melhorias que possibilitem maior igualdade e justiça social.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por um a nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Lei 7.347, 24.07.1985**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

_____. **Lei 7.853, 24.10.1989**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 02.12.2014.

_____. **Lei 8.078, 11.09.1990**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

_____. **Lei 8.213, 24.07.1991**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

_____. **Decreto 3.298, 20.12.1999**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm#art60>. Acesso em: 02.09.2017.

_____. **Decreto 3.956, 08.10.2001**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

_____. **Lei 10.754, 31.10.2003**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.754.htm>. Acesso em: 02.09.2017.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portal do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 1.199 de 28 de outubro de 2003**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-199-de-28-10-2003.htm>>. Acesso em: 02.09.2017.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1995.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, São Paulo: Malheiros, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza Editores, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. In: ____ (Org.) MAURER, Béatrice; SEELMAN, Kurt; KLOEPFER, Michael; HABERLE, Peter. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SECRETARIA NACIONAL DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Secretaria de Direitos Humanos. Presidência da República Federativa do Brasil. **Legislação**, Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/legislacao>>. Acesso em: 02.09.2017.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**: conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.

HUMANIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SOCIOEDUCATIVO: A JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA NO ATO INFRACIONAL A PARTIR DE IMPRESSÕES DA COMARCA DE JACAREZINHO/PR

*RIGÃO, Livia Carla Silva¹
MEDA, Ana Paula²*

RESUMO

O presente trabalho objetiva, sob um viés teórico-prático, analisar a aplicação da justiça restaurativa nos procedimentos de apuração de ato infracional, enquanto uma técnica pautada por um redirecionamento de perspectiva. A justiça restaurativa surge como uma nova maneira de enfrentar o processo judicial, permitindo que as partes não ocupem mais papéis antagônicos dentro da relação jurídica processual e possibilitando que os laços sociais rompidos possam ser recuperados a partir de um diálogo pautado no respeito e na superação como ser humano que perdoa. Para o desenvolvimento do problema e, posteriormente, de sua hipótese, utilizou-se o método dedutivo, a partir do qual se pretendeu analisar, com o auxílio de referências bibliográficas, as principais noções do princípio da justiça restaurativa e, posteriormente, entender, com o apoio das entrevistas realizadas junto aos profissionais atuantes na Comarca de Jacarezinho/PR, se este procedimento pode e tem sido aplicado nos atos infracionais.

PALAVRAS-CHAVE

Conflito com a lei. Medida socioeducativa. Diálogo. Recuperação. Restauração.

¹ Estudante de Pós-Graduação no Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada no Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ) – Projeto de Extensão vinculado ao Programa Universidade sem Fronteiras da Secretaria da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI). E-mail: liviacarlasr@hotmail.com

² Estudante de Pós-Graduação no Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada no Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ) – Projeto de Extensão vinculado ao Programa Universidade sem Fronteiras da Secretaria da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI). E-mail: anapaula.meda@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa apresenta-se como um novo paradigma de justiça que pouco a pouco adquire disseminação nas realidades processual e forense. Trata-se de um conceito em permanente construção que não possui um núcleo rígido de definição, mas é atinente a princípios específicos que a consolidam enquanto novo procedimento objetivador de uma *troca de lentes* para atender problemáticas antigas, como, por exemplo, o crime e a justiça.

Este objeto de estudo, por sua vez, mostra-se necessário na contemporânea vivência de problemas sociais que, ao se perceberem cada vez mais complexos, carecem de novas formas de tratamento. O enfoque, nesse sentido, está pautado na justiça restaurativa enquanto proposta de humanização do processo jurídico-formal, especialmente, voltada para o procedimento socioeducativo, no qual o adolescente encontra-se em conflito com a lei.

Mediante tal contextualização, este estudo intenta analisar em junção a um embasamento teórico acerca da perspectiva restauradora se existe ou não uma implantação da justiça restaurativa na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Jacarezinho a partir da realização de entrevistas com profissionais atuantes, dentre eles, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público Estadual.

Dessa maneira, a pesquisa pauta-se na resposta a duas indagações-problema norteadoras: a primeira delas é averiguar, do ponto de vista dos profissionais atuantes no contexto da comarca de Jacarezinho, se há ou não a aplicação da justiça restaurativa; a segunda pergunta é entender, também com os olhos dos entrevistados, por quais razões, se cabível, eles acreditam que não há justiça restaurativa no procedimento socioeducativo em Jacarezinho.

Isto porque a interpretação teórica acaba por não perscrutar lacunas que só podem ser observadas na prática diária. Por isso, essa complementação à teoria é bem-vinda no objetivo de se entender um problema local. Com isso, emprega-se como método principal o método dedutivo apoiado em uma sucinta pesquisa de campo desenvolvida através da aplicação de um questionário aos profissionais da comarca, entre membros do Poder Judiciário e membros do Ministério Público Estadual.

Para tanto, o trabalho encontra-se estruturado em três capítulos com

clássica averiguação dedutiva ao se iniciar por uma abordagem sobre o que é a justiça restaurativa. Em seguida, propõe-se uma ótica restaurativa nos procedimentos de apuração de ato infracional, notando-se a pertinência dessa perspectiva em meio ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, por fim, trata-se, no terceiro capítulo, sobre as percepções colhidas em Jacarezinho acerca da justiça restaurativa na sistemática judicial socioeducativa.

1 LAÇOS SOCIAIS EM RECUPERAÇÃO: UMA ABORDAGEM SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA

As interações humanas em sociedade constituem a essência de inúmeros conflitos que, desgastados diante da decadência do ser em prol de disputas diárias pelo poder, pela sobrevivência, pelo domínio econômico, em relações familiares, institucionais e sociais, entre outras formas de competição, alimentam desagregações diante do convívio comum.

Por vezes, esses conflitos ressoam à porta do Judiciário como processo jurídico-formal, cujo procedimento clássico não permite uma atuação ativa que alcance os indivíduos na dimensão humana do conflito, como, por exemplo, observa-se no caso da Justiça Criminal solidificada nas bases do modelo retributivo, orientado pela “retribuição” ao réu do mal perpetrado.

No seguimento desta exposição, Cruz (2016, p. 35) compreende que a noção de pena como castigo ou merecimento pelo mal ocasionado como forma de “imposição de sofrimento” trata-se de “uma criação humana que, enquanto tal, pode e deve ser questionada e revista, a fim de possibilitar a busca de novas respostas ao delito, efetivamente, hábeis em conter a escalada de violência que hoje vemos”.

Mais do que um jogo estratégico entre bem e mal, vítima e agressor, a justiça restaurativa adota um novo olhar que propõe a *troca de lentes*, tal qual cada pessoa perceba o outro com olhos do outro e, não a partir de um pré-julgamento estabelecido pela própria convicção que ignora o contexto alheio. Não se trata de uma justificação para erros, mas uma tentativa de resgate dos laços sociais por ora rompidos em virtude de um conflito inicial não tratado.

A justiça restaurativa “atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo re-

tributivo, em que o Estado, figura, com seu monopólio penal exclusivo” (PINTO, 2005, p. 21), busca-se, então, por meio desse novel paradigma de justiça, uma metodologia criativa para tratar a complexidade dos conflitos em sociedade, de modo flexível e descentralizado.

No entendimento de Howard Zehr (2008, p. 168), mundialmente conhecido como um dos pioneiros da concepção de justiça restaurativa, o uso de “lentes restaurativas” assemelha-se à fotografia, pois a percepção a ser dada e a qualidade desta depende da lente utilizada na câmera, ao passo que no conflito acostumou-se a empregar apenas a lente retributiva, sempre a revelar a mesma foto. Agora, com a troca das lentes, é possível uma fotografia diferente como resultado final, pois

A escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado.

Nesse sentido, o autor complementa que

Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime. (2008, p. 168)

Desse modo, torna-se perceptível a necessidade de se trocar as lentes outrora tradicionais por lentes mais adaptáveis à realidade contemporânea, isto porque a complexidade dos problemas em âmbito social exige metodologias renovadas que possam, de fato, trazer uma mudança positiva para a vida das pessoas envolvidas naquele contexto.

Ainda que a terminologia “justiça restaurativa” seja corriqueiramente escrita e falada não há uma definição rígida, ou seja, um núcleo duro e exato do que consiste, sendo entendida como conceito aberto que contém uma regência de princípios. Diante de sua expansão e variação de formas e

conceitos, pode-se dizer que sua definição permanece em constante construção (CHINEN, 2017, p. 23).

Noutro horizonte, Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 21) aponta que “como é um paradigma novo, o conceito de Justiça Restaurativa ainda é algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento ainda emergente.”, verificando-se que sua aceção é vivida e não isoladamente posta.

Mas, ainda que a justiça restaurativa não contenha uma fórmula pronta e uma conceituação específica, como é viabilizada sua compreensão em um sentido amplo? De acordo com Cruz (2016, p. 37-38) na justiça restaurativa

Ofensor, vítima, famílias, comunidade e Rede de Garantia de Direitos, em simbiose e em sintonia para com o Estado Democrático de Direito, encontram-se para, a partir do diálogo, da compreensão e da reflexão, buscarem novas atitudes diante do erro cometido, a partir do reconhecimento, por parte do ofensor, quanto ao mal praticado, responsabilizando-se ele pela reparação dos danos causados à vítima e à sociedade, e, por outro lado, atendendo-se, também, às necessidades psíquicas, sociais e culturais tanto da vítima quanto do ofensor. Por outro lado, famílias, comunidade e Poder Público são convidados a escutar e a compreender as circunstâncias e omissões que atuaram como “molas propulsoras” para que a transgressão viesse à tona, assumindo a sua corresponsabilidade e, assim, garantindo suporte para a construção de novos caminhos e de novas realidades, tanto para aquelas pessoas ali implicadas, como para tantas outras que convivem no seio social. Tudo de forma a promover a conscientização e a responsabilização como orientadores para uma outra cultura de convivência e pela busca da paz.

Nota-se que a prática da justiça restaurativa exige uma articulação que está além do ofensor e da vítima para alcançar a comunidade onde o delito ocorreu, de maneira que sua aplicação é vivenciada através do aprimoramento contínuo dos encontros e do exercício do diálogo inter-relacional com viés reflexivo.

No caso brasileiro, depreende-se que com a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), são realizadas práticas restaurativas no Brasil, mas não há uma aplicação de modo espe-

cífico, considerada em seus princípios, valores, procedimentos e resultados, de acordo com parâmetro estabelecido pela ONU (PINTO, 2005, p. 20).

Em 13 de agosto de 2002, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou a Resolução 2002/12 sobre Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal com a consolidação de algumas ideias, dentre elas o que significa processo restaurativo como

qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

Diante dessa breve descrição torna-se mais palpável uma ideia sobre como a justiça restaurativa é empregada na prática, uma vez que tais processos restaurativos exigem o reconhecimento do dano por parte do réu, bem como a voluntariedade para participar dos círculos de restauração, tanto da vítima quanto do ofensor, assim, “a aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original seja em um outro.” (PINTO, 2005, p. 22).

Somada à orientação da ONU, tem-se, no Brasil, a Resolução nº. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que aborda diretrizes para o procedimento restaurativo e seu fluxo no âmbito do Poder Judiciário, apresentando no que consistem os procedimentos restaurativos, bem como sobre a aplicação das técnicas autocompositivas de método consensual utilizadas pelos “facilitadores restaurativos”, respectivamente nos artigos 8º e 9º da Resolução do CNJ.³ O procedimento restaurativo, com isso, pode ser aplicado con-

³Art. 8º Os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões.

Art. 9º As técnicas autocompositivas do método consensual utilizadas pelos facilitadores restaurativos buscarão incluir, além das pessoas referidas no art. 1º, § 1º, V, a, desta Resolução, aqueles que, em relação ao fato danoso, direta ou indiretamente: I – sejam responsáveis por esse fato; II – foram afetadas ou sofrerão as consequências desse

correntemente ao processo judicial ou de forma alternativa, de acordo com o contido no artigo 1º, § 2º da Resolução nº. 225/2016.⁴

É notório, dessa maneira, que o Brasil vem reunindo esforços para colocar em prática a justiça restaurativa na realidade brasileira desde as legislações já mencionadas, como a Lei dos Juizados Especiais e o ECA, até as orientações da ONU e a própria Resolução do CNJ.

Assim, é possível compatibilizar uma perspectiva restaurativa do ato infracional, no qual o adolescente se encontra em conflito com a lei, justamente porque a natureza da legislação infanto-juvenil exige uma forma de tratamento diferenciada (OLIVEIRA; MELO NETO; PEDROSA, 2016, p. 126).

Destarte, por meio do olhar harmonizável entre a justiça infanto-juvenil e a justiça restaurativa, adentrar-se-á o próximo capítulo com enfoque nos procedimentos de apuração de ato infracional a partir da *troca de lentes*.

2 UMA PERSPECTIVA RESTAURATIVA NOS PROCEDIMENTOS DE ATO INFRACIONAL

Para uma melhor compreensão a respeito da necessidade e da função desempenhada pela justiça restaurativa nos procedimentos de apuração de ato infracional, é necessário, primeiramente, tecer algumas considerações sobre qual foi o tratamento recebido por crianças e adolescentes ao longo da história brasileira até serem elevados à categoria de sujeito de direitos com prioridade absoluta.

Durante o período colonial, a pouca preocupação, de cunho assistencial e asilar, destinada à infância, em especial àquela considerada pobre e abandonada, era oriunda dos próprios padres jesuítas que aqui se instalaram com a descoberta da colônia, de voluntários caridosos, casa de recolhimento e da adoção da roda dos expostos, corroborando para uma atitude inversamente proporcional a do Estado, o qual manifestava uma inexpressiva atuação

fato: III – possam anular os envolvidos no referido fato, contribuindo de modo que não haja recidiva.

⁴ Art. 1º [...] § 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações serem consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

(SOUZA, 2008).

Em 1830, com a edição do Código Penal do Império, foi adotada a Teoria do Discernimento, segundo a qual os menores de 14 anos eram considerados inimputáveis. Porém, para aqueles que estivessem na faixa etária de 7 a 14 anos e contassem com discernimento para compreensão do ato, poderia ser aplicada a pena de encaminhamento para as casas de correção, podendo lá permanecer até completarem 17 anos. Vale frisar que referidas casas de correção ou instituição disciplinar industrial, dada sua escassez, muitas vezes, eram substituídas pelos próprios estabelecimentos prisionais destinados aos adultos.

Nesse viés, com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o país ansiava por mudanças no cenário social relativo às crianças, de forma que a tênue preocupação com estes indivíduos encontrava fundamento na segurança e proteção da sociedade. Por este motivo, o Código Penal Republicano de 1890, na mesma linha do código anterior, adotou a Teoria do Discernimento para a apuração da responsabilização dos menores entre 9 e 14 anos de idade, diferenciando-se apenas no tocante à inimputabilidade penal que fora reduzida para os 9 anos de idade. (AMIN, 2015)

Neste período, o pensamento republicano oscilava entre assegurar direitos ou defender-se da infância perigosa e delinquente. De acordo com os dizeres de Irene Rizzini (2015, p. 26):

Essa visão ambivalente em relação à criança – em perigo versus perigosa – torna-se dominante no contexto das sociedades modernas, crescentemente urbanizadas e industrializadas. No Brasil, ao final do século XIX, identifica-se a criança, filha da pobreza – ‘material e moralmente abandonada’ – como um ‘problema social gravíssimo’, objeto de uma ‘magna causa’, a demandar urgente ação. Do referencial jurídico claramente associado ao problema, constrói-se uma categoria específica – a do menor – que divide a infância em duas e passa a simbolizar aquela que é pobre e potencialmente perigosa; abandonada ou ‘em perigo de o ser’; pervertida ou ‘em perigo de o ser’.

Em 1927, com a criação do Código de Menores – conhecido como Código Mello Matos – através do Decreto nº 5.083/26, medidas assistencialistas e

preventivas foram estabelecidas com o intuito de minimizar a criminalidade e delinquência características da infância de rua.

Nesta fase da criminalização da infância pobre, baseado no binômio carência-delinquência, o Código Mello Matos estabelecia que: “[...] crianças e adolescentes até 14 anos eram objeto de medidas punitivas com finalidade educacional. Já os jovens, entre 14 e 18 anos, eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada [...]”. (AMIN, 2015, p. 47)

Com uma perspectiva paternalista e repressora, através da junção de assistência e justiça, referido diploma legal positiva a Doutrina do Direito do Menor, que dita a necessidade de conceber estruturas institucionais especializadas para o tratamento, acolhimento e assistência dos menores privados de seus direitos e, por este motivo, marginalizados. Desta forma, configura-se um instrumento de proteção e vigilância da infância e da adolescência que teve seus direitos transgredidos em virtude da omissão do Estado e da família. (ROBERTI JUNIOR, 2012)

Malgrado a vigência de o Código Mello Matos ter inserido na atuação estatal um pensamento social e assistencial voltado para a infância carente, o descontentamento com os problemas, que ainda se faziam presentes, fez com que referida legislação fosse tida por arcaica e insuficiente na contenção da patologia social da infância, culminando, deste modo, com a instalação da CPMI do Menor em 1976, cujo resultado prático foi a elaboração de um novo Código de Menores, através da Lei nº 6.697/79.

Inspirado na Doutrina da Situação Irregular, que se fazia implicitamente presente no Código de Menores de 1927, o Código de 1979 elenca explicitamente situações que, se verificadas, sujeitariam a criança e o adolescente ao livre arbítrio dos juízes de menores, de tal forma que, nos dizeres de Amin (2015, p. 56): “o juiz de menores centralizava as funções jurisdicional e administrativa, muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento. Enquanto era certa a competência da Vara de Menores, pairavam indefinições sobre os limites da atuação do juiz”.

Nesse viés, a Doutrina da Situação Irregular não se destinava à prevenção, proteção e amparo à criança e ao adolescente, tampouco lhes assegurava direitos especiais, mas sim era restrita, taxativa e limitava-se a cuidar da população infanto-juvenil que configurasse a situação de irregularidade nos

moldes acima descrito, através da gestão centralizada dos juízes de menores. Para Carmello Junior (2013, p.14): “[...] Concebia-se, pois, um sistema em que era possível ao juiz restringir a liberdade de um adolescente pela singela circunstância de ser pobre ou “privado de condições essenciais de subsistência””.

Somente com a conjuntura político-social vivenciada pelo Brasil a partir da década de 1980 é que se atestou a insuficiência das legislações vigentes, de cunho exclusivamente segregatório e menorista, que, somada aos ideais internacionais de expansionismo dos direitos humanos, culminaram com o surgimento de movimentos sociais coordenados, em especial, pela Pastoral do Menor e a Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, cujo intuito era pressionar a Assembleia Constituinte na elaboração de uma nova legislação destinada à infância e conscientizar a sociedade acerca da problemática infanto-juvenil.

A Doutrina da Proteção Integral consubstancia a conquista de crianças e adolescentes como sujeitos de direito, ou seja, passam a ser detentores de direitos juridicamente protegidos. Ou, ainda, pode-se dizer que introduz a ideia de que crianças e adolescentes passam a ser sujeitos de direitos a terem direitos. E ainda mais: passa a considerar a infância como fase especial do processo de desenvolvimento de um ser humano, implicando a prioridade absoluta no atendimento aos direitos a ela relativos.

Todavia, com a intenção de garantir efetividade à Doutrina da Proteção Integral que, ainda que expressamente prevista na Carta Magna, não esmiuçou de que maneira deveria ser implementada, podendo, com isso, revestir-se tão somente de norma constitucional programática, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – através do qual se cria:

[...] um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos e abuso, e proteção jurídico social por entidades da sociedade civil. (AMIN, 2015, p. 57)

O ECA pode ser considerado uma lei-revolução no momento em que rompe com o conservadorismo inadequado do menorismo (Doutrina da Situa-

ção Irregular), bem como oportuniza inovadoras formas de concretizar as políticas públicas de atendimento à infância e à adolescência.

Consoante observa Roberto Diniz Saut (2007), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através de seus três sistemas de garantias de direitos, configura a operacionalização da Doutrina da Proteção Integral, que abrange diretrizes constitucionais e rede de garantias, em especial por aplicação do princípio da municipalização, descentralização, participação e controle por todo o corpo social.

Ressalta-se que esse tríplice sistema de prevenção primária (fornecimento de direitos fundamentais mínimos), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas) devem operar harmonicamente, devendo cada um ser acionado na medida em que se faz necessário. Assim, quando se esvaírem as possibilidades do primeiro sistema, recorre-se ao segundo em que o grande operador será o Conselho Tutelar. Ao passo que, estando o adolescente em conflito com a lei, aplicar-se-á o terceiro sistema socioeducativo que será operacionalizado pelo Sistema de Justiça.

Fundamentalmente, de acordo com esclarecimentos de Carlos Alberto Carmello Junior (2013), o Sistema Primário corresponde aos direitos pertencentes às crianças e adolescentes, destacando-se, entre eles: o direito à convivência familiar, o direito à saúde e à vida, à liberdade, respeito e dignidade, o direito à cultura e ao lazer, à profissionalização e proteção do trabalho, entre outros.

Por sua vez, os Sistemas Secundários e Terciários constituem as políticas públicas de atendimento para a infância, diferenciando-se no tocante à finalidade das medidas em cada um prevista. No segundo sistema, encontram-se descritas as medidas de proteção àqueles que se encontrarem em situação de risco pessoal ou social, encarregando a própria legislação estatutária de as definir. Já no terceiro e último sistema, ao qual, em tese, deveria ter utilização reduzida, estão contidas as medidas de reeducação a que podem se submeter os adolescentes quando da prática do ato infracional.

As medidas socioeducativas, por sua vez, possuem uma dupla finalidade dentro do sistema do ECA: retributivo e pedagógico. Pelo caráter retributivo, pretende a medida socioeducativa responsabilizar o adolescente pelo ato praticado em compatibilidade com a função pedagógica, ou seja, por meio

de práticas que valorizam a educação e a ressocialização do adolescente como garantia de seus direitos fundamentais. (CARMELLO JUNIOR, 2013)

Por ser a adolescência um período de transição e vulnerabilidade, pretende referido estatuto assegurar que aos adolescentes, já segregados e excluídos, possa ser ofertado uma nova “oportunidade” da construção de sua cidadania, garantindo que seus direitos não sejam violados. Por isso, para sua aplicação, outros fatores devem ser levados em consideração como a condição social, econômica e familiar do adolescente que praticou o ato infracional. Maurício Saliba(2006, p. 135) esclarece que:

É impossível pensar em um projeto alternativo que dissocie as necessidades educativas das condições materiais dos adolescentes infratores. As experiências positivas de vida não surgem num meio onde não se pode pensar em outra coisa a não ser na luta pela sobrevivência, realizada por meio de trabalho alienante e mal pago.

A intenção, portanto, é possibilitar a mudança de paradigma do adolescente, com sua inserção em um ambiente onde o cenário de direitos não seja aquele em que sua vida diária lhe impõe, em decorrência, muitas vezes, de processos de exclusão oriundos da escola, comunidade e até da própria familiar.

Nessa conjuntura, a justiça restaurativa surge como uma nova forma de enfrentamento do próprio ato infracional e de sua responsabilização. Sua aplicabilidade permite uma aproximação das necessidades da vítima e da comunidade com as necessidades de reintegração social do próprio infrator, através de práticas dialógicas pautadas no respeito e no perdão.

É claro que dada a fragilidade dos sentimentos que envolvem a relação ora rompida entre o infrator e a vítima, a mediação será a peça fundamental para que se possa alcançar a reparação dos danos e, inclusive, a recuperação da relação social. A essência é promover a resolução dos problemas de modo participativo, fazendo com que o infrator compreenda o fato e se conscientize de sua conduta através de um movimento reflexivo que vise reparar o dano sofrido pela vítima. Nos dizeres de Ana Luiza Godoy Isold e Egberto Penido (2006, p. 60):

As práticas restaurativas evitam a estigmatização do agressor e promove a responsabilização consciente de seu ato. Possibilita que

a vítima recupere seu sentimento de poder pessoal, sendo também reintegrada à comunidade de modo fortalecido, por causa de seu papel ativo na discussão.

Em vista disso, a justiça restaurativa se coaduna com as diretrizes adotadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e podem, de certa forma, contribuir para que as medidas socioeducativas tenham eficácia integral, no sentido de auxiliar na reconstrução da cidadania e de valores, promovendo a inserção do adolescente na comunidade e oportunizando a descoberta de potencialidades do infrator.

Ademais, as práticas de justiça restaurativa encontram fundamento no SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, o qual é responsável pela articulação das políticas e normas regulamentadoras para a proteção e promoção dos direitos de adolescentes que cumprem medida socioeducativa.

A adoção da justiça restaurativa não tem o condão de substituir o sistema legislativo. Entretanto, o seu modelo apresenta uma proposta de alcance humanizado dos resultados dos conflitos, envolvendo o estreitamento do vínculo do adolescente com a comunidade e favorecendo a sua “recuperação” enquanto indivíduo.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA COMARCA DE JACAREZINHO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO

Com a adoção da Doutrina da Proteção Integral pelo ordenamento jurídico brasileiro foi possível perceber a mudança de conduta adotada pelo ente estatal em relação às crianças e aos adolescentes. Superou-se o modelo higiênico-sanitarista e o modelo modernista de desenvolvimento da nação para, então, investir na formação de sujeitos de direitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que demanda uma atenção conjunta da família, sociedade e Estado (SCHUCH, 2009).

A partir dessas considerações, conforme já anteriormente mencionado, no que tange ao sistema de responsabilização, especificadamente de adolescentes, constante do sistema terciário do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069/90), instaurar-se-á para sua averiguação o chamado

procedimento de apuração de ato infracional que culminará na aplicação de medida socioeducativas cumuláveis ou não com as medidas de proteção, ambas previstas no referido microsistema legislativo.

Para se conseguir compreender de que forma a justiça restaurativa pode ser empregada nos atos infracionais e, ainda, com o fito de se averiguar as considerações acerca dessa nova técnica de resolução dos conflitos sob uma perspectiva humanística-funcional, o presente trabalho desenvolveu uma pesquisa de campo junto à Comarca de Jacarezinho/PR por meio de entrevistas realizadas com os profissionais do Poder Judiciário e do Ministério Público atuantes nesta localidade.

Desde já, deixa-se claro que para um melhor alcance do objetivo proposto foi realizado um recorte na temática “justiça restaurativa” e, de igual modo, na realização das entrevistas não foram esclarecidos quaisquer pré-conceitos sobre o entendimento do que seria abordado neste trabalho, o que de certa forma, a princípio, teve como finalidade evitar influenciar nas respostas obtidas. Contudo, com o decorrer das entrevistas, percebeu-se que por ser a justiça restaurativa um conceito novo e aberto, a interpretação pessoal de cada entrevistado sobre a sua definição influenciou nas questões realizadas.

Optou-se pela metodologia das entrevistas, uma vez que se buscou a individualização das respostas, garantindo, assim, que os resultados alcançados não fossem fornecidos por respostas prontas apresentadas pelos participantes. Isto porque para uma análise e compreensão fidedigna do problema deste trabalho, imprescindível que o conteúdo das respostas obtidas de fato representassem a perspectiva dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público atuantes em Jacarezinho/PR. O questionário aplicado contou com as seguintes perguntas:

- 1) O/A Sr./Sra. recebeu algum tipo de capacitação sobre a Justiça Restaurativa e sua forma de aplicação?;
- 2) Dentro da realidade de Jacarezinho, enquanto profissional, a/o Sra./Sr. acredita que a Justiça Restaurativa seria eficaz?;
- 3) Considerando que pode surtir efeito, a/o Sra./Sr. acredita que há a necessidade de uma mudança estrutural (material), bem como cultural, dentro do próprio Tribunal de Justiça e do Ministério

Público Estadual?;

4) A Justiça Restaurativa como técnica/procedimento, na sua concepção enquanto ser humano, surte algum efeito independentemente da realidade/contexto em que é aplicada?;

5) O/A Sr./Sra. tem conhecimento se existe Justiça Restaurativa nos Procedimentos para Apuração de Ato Infracional (P.A.A.I.) aqui em Jacarezinho? Em caso negativo, por que o Sr./Sra. acredita que ainda não existe esse procedimento na comarca de Jacarezinho?;

6) A/O Sra./Sr. já teve contato de forma direta ou indireta com algum caso prático em que houve a aplicação da Justiça Restaurativa? Houve algum caso específico de aplicação da Justiça Restaurativa em P.A.A.I.?

Em relação à primeira abordagem, apenas um profissional dos entrevistados afirmou que obteve cursos capacitatórios, porém todos eles de forma superficial. Dois profissionais informaram, ainda, que existem cursos online do Tribunal de Justiça à disposição sobre justiça restaurativa.

Dentro de um aspecto um pouco mais técnico-funcional, os profissionais, de um modo geral, entendem que a justiça restaurativa pode ser eficaz, tanto que dois entrevistados abordaram algumas perspectivas diferentes: em um primeiro momento, um membro do Poder Judiciário afirmou que por meio da justiça restaurativa “se poderia suprir toda aquela parte em que o adolescente infrator perdeu o vínculo com a sociedade, podendo impedir a exclusão do próprio indivíduo” (*sic*); já pelo membro do Ministério Público foi exarada a necessidade de se ampliar a justiça restaurativa inclusive a todo núcleo familiar do adolescente. Em contrapartida, apenas um dos profissionais entende que a justiça restaurativa pode surtir eficácia, mas desde que aplicada de forma progressiva e em casos específicos.

No que tange à terceira pergunta, os integrantes do Ministério Público concluíram que não há necessidade de uma mudança estrutural ou mesmo cultural, uma vez que acreditam que existem novos projetos que adotam práticas comuns às da justiça restaurativa, como o Projeto Cidadão. Já os membros do Poder Judiciário, alguns consideram que há necessidade da mudança, muito embora reconheçam que, no tocante à mudança cultural, isto já vem sendo mo-

dificado. Os entrevistados mencionaram o “Depoimento Sem Dano” e as audiências de mediação/conciliação como sendo ferramentas que já trazem essa conscientização do diálogo e do olhar para vítima e agressor.

Apenas um dos profissionais enfatizou que a ocorrência de mudanças estruturais ou culturais não seria necessária para a aplicação da justiça restaurativa, visto que o problema estaria concentrado na própria concretização da lei que, de certa forma, já prevê algumas técnicas restaurativas e dialógicas.

Na quarta questão predominou a resposta de que a justiça restaurativa poderia surtir seus efeitos, independente do contexto em que for aplicada. Contudo, dois profissionais do Judiciário fizeram uma ressalva de que, ao menos, até que ocorra uma adaptação da sociedade, seria interessante que a justiça restaurativa fosse aplicada apenas aos casos de lesividade baixa e média. Assim como na anterior, apenas um profissional entende que a justiça restaurativa pode não surtir efeitos, independente da realidade a ser aplicada.

Já no que diz respeito à aplicação da justiça restaurativa em atos infracionais, quatro dos sete entrevistados entendem que ela não é formalmente aplicada na comarca de Jacarezinho/PR, ao passo que três entrevistados entendem que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente já contém práticas restaurativas como, por exemplo, a medida socioeducativa de advertência, a oitiva informal do adolescente realizada pelo representante ministerial, bem como um Curso de Conscientização realizado em Jacarezinho em parceria com o CREAS após o cumprimento da medida de advertência.

Quanto à última pergunta, as respostas foram mistas. Um dos profissionais teve contato direto com a aplicação da justiça restaurativa; outro entrevistado afirmou que já teve contato com práticas restaurativas, mas não as relacionadas ao procedimento da justiça restaurativa; duas pessoas disseram ter tido contato indireto por meio de exemplos e informações de outras Comarcas como Toledo e Ponta Grossa; outras duas pessoas relataram a ausência de qualquer tipo de contato e uma delas não soube opinar, mas acredita que a audiência de advertência, a depender da forma de aplicação, pode ter uma finalidade restaurativa.

Com base nos resultados obtidos e acima descritos, foi possível refletir acerca da implementação da justiça restaurativa, bem como sobre seu próprio conceito, fundamentos e metodologia. De início, percebeu-se que os profissio-

nais atuantes, dada a não capacitação, não convergem para um conceito tido por correto ou mesmo para o momento adequado de sua aplicação e, ainda, de que maneira isso poderia ocorrer. Entende-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), embora introduza um paradigma sócioassistencialista aos adolescentes infratores já que prioriza, no cumprimento da medida, uma participação do adolescente com a família e a sociedade em conformidade com os preceitos traçado pelo SINASE, referido estatuto por si só não contempla o procedimento da justiça restaurativa.

O ECA lança um novo enfoque para os adolescentes em conflito com a lei que, anteriormente a essa legislação, foram considerados objetos da atuação estatal no sentido de segregá-los como forma de eliminar o problema social. Agora, os adolescentes são sujeitos de direitos, devendo ser respeitados, no momento da aplicação e da execução da medida socioeducativa, todos aqueles direitos mais básicos que dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

De certa forma, entretanto, ao menos no Poder Judiciário, responsável pela aplicação da lei no caso concreto, percebe-se que ainda há uma institucionalização dos adolescentes, devido à excessiva aplicação da medida mais gravosa prevista no art. 112, VI, ECA. O Judiciário deve considerar que também pode ser responsável por proporcionar a inclusão e/ou segregação do indivíduo.

Segundo dados apresentados por Juliana Kobata Chinen (2017), em estudo realizado pelo Projeto “Pensando o Direito” para a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça demonstrou que os argumentos mais comuns utilizados pelos magistrados para a decretação da medida de internação são: gravidade abstrata do ato, desestruturação familiar, desajuste social e moral do autor do ato infracional, periculosidade, medidas mais brandas como espaços para a impunidade e, por último, a finalidade pedagógica e não sancionatória da medida aplicada.

Nesse contexto, infere-se que, ao menos na comarca de Jacarezinho/PR, a justiça restaurativa não tem sido difundida e, em muitas vezes, a solução encontrada pelos profissionais atuantes na Vara da Infância e Juventude desta cidade é adequar o procedimento de apuração de ato infracional a práticas mais dialógicas e humanistas, que visem recuperar o indivíduo infrator enquanto ser humano e também proporcionar a reparação de algum dos danos sofridos pela vítima, na grande parte o dano material.

O instituto da remissão assim como o da audiência de advertência podem ser visualizados como promissores da adoção de novas práticas que visam a superação de partes antagônicas no processo e que buscam restabelecer o diálogo, respeito e a interação social rompida entre os indivíduos envolvidos no ato infracional. A partir da justiça restaurativa, o processo adquire uma função social, capaz de contribuir com os ideias preconizados pelo ECA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos dados apresentados em complementação à análise teórica entende-se que a justiça restaurativa, conforme intentada por Howard Zehr e de acordo com a norma do artigo 8º da Resolução nº 225/2016 do CNJ, não está implantada na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Jacarezinho.

Há notória verificação de que o ECA, enquanto legislação especial voltada para crianças e adolescentes, permite uma atuação por parte dos profissionais que lidam com o procedimento de apuração de ato infracional com aplicação direcionada para um prisma restaurador como, por exemplo, a oitiva informal do adolescente perante o representante ministerial, o instituto da remissão, a medida socioeducativa que pode ser aplicada em caráter mais dialógico, bem como na peculiaridade de Jacarezinho, o Curso de Conscientização realizado em parceria com o CREAS após o cumprimento da medida de advertência.

Percebe-se, então, que os profissionais da comarca de Jacarezinho procuram realizar uma adequação no procedimento de apuração de ato infracional para fazê-lo consolidar, efetivamente, pequenas práticas restaurativas ainda que isoladas e pouco sistematizadas. A partir da entrevista aplicada também registra-se que, apesar dos profissionais não terem tido uma capacitação específica acerca da justiça restaurativa, todos possuem noção de sua viabilidade de aplicação em procedimentos de apuração de ato infracional.

Assim, mais do que uma técnica, a justiça restaurativa, especialmente com enfoque nos procedimentos de apuração de ato infracional, reforça a natureza do ECA ao propiciar uma oportunidade de diálogo que alimenta a figura do adolescente enquanto sujeito de direitos e o coloca como ser humano em patamar de igualdade aos demais, rompendo com a legislação menorista ante-

rior ao referido estatuto.

Por fim, a utilização da justiça restaurativa pode ser interpretada como um procedimento contributivo para proteção e promoção dos direitos infanto-juvenis, a ensejar maior guarida na formação e consolidação da rede de apoio que deve ser articulada nas comunidades locais. Há na justiça restaurativa, desse modo, uma proposta de humanização da justiça que busca um real alcance do indivíduo para além do processo jurídico-formal.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. **Evolução História do Direito da Criança e do Adolescente**, 2015. Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. **A proteção jurídica da infância, da adolescência e da juventude**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

CHINEN, Juliana Kobata. **Justiça restaurativa e ato infracional**: representações e práticas no judiciário de Campinas. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça restaurativa**: o que é e como funciona. 24 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 12 Set. 2017.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. (coord.). **Justiça restaurativa**: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016.

ISOLDI, Ana Luiza Godoy; PENIDO, Egberto. **Justiça Restaurativa**: a construção de uma nova maneira de se fazer justiça. MPMG jurídico, ano I, n. 3, Dez.2005/Jan. 2006. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/882/4.2.1%20Justi%C3%A7a%20restaurativa.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 Set. 2017.

OLIVEIRA, Carolina Rocha de; MELO NETO, Carlos Roberto C. de; PEDROSA, Antonio Renato Gonçalves. **Justiça restaurativa: um novo paradigma para o atendimento ao adolescente**

em conflito com a lei. In: COSTA, Ilton Garcia; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (orgs.). **Paz e teorias da justiça**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução nº. 2002/12, de 13 de agosto de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: < http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

SCHUCH, Patrice. **Práticas de Justiça**: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2011.

ROBERTI JÚNIOR, João Paulo. **Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil**. Disponível em: <www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf>. Acesso em 20 Ago. 2017.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder**: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Unesp, 2006.

SAUT, Roberto Diniz. **O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias**. Revista Jurídica, Blumenau, n. 21, jan./jun.2007.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto De ; PINTO, Renato Gomes (orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

DIGNIDADE TARDIA E EDUCAÇÃO DEFICITÁRIA: REFLEXÕES PARA RECONSTRUÇÃO DO SUJEITO

*Vitoria Moinhos Coelho*¹
*Lara Pilla Soares*²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as políticas públicas de educação em âmbito nacional e os reflexos decorrentes desta política deficitária que ainda se mostra colonizadora. O artigo tentará demonstrar a educação como fator preponderante ao baixo índice do IDH. O diagnóstico que propomos revela uma forma de violência simbólica mantida pelo poder público diante do paradoxo que se constata entre a garantia constitucional por uma educação qualificada e a precariedade constatada na realidade da educação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE

Educação. Dignidade humana. Desigualdade material. Violência simbólica.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Bolsista de Iniciação Científica Junior pelo CNPq.

INTRODUÇÃO

A educação é, hoje, um direito fundamental assegurado por parte do Estado. Entretanto, nem sempre foi assim. Se fizermos uma evolução histórica perceberemos que antes da revolução industrial no Brasil a educação não era tida, por questão de cultura e do funcionamento da sociedade cujo homem dependia unicamente de força física para execução de seu trabalho, como algo fundamental para sua subsistência. Com o início da revolução industrial e a inserção do homem na fábrica, a necessidade pelo conhecimento tornou-se algo que começaria a ser importante para o desenvolvimento humano, pois a capacitação para trabalhar com as máquinas foi se tornando uma exigência ao passar dos anos. Neste aspecto histórico, a educação enquanto necessidade para o desenvolvimento humano inicia-se com o manifesto dos pioneiros que ocorreu no período da Era Vargas.

A partir de então, o Estado entende que a educação, por questão de desenvolvimento da sociedade e mudanças culturais, torna-se uma ferramenta essencial para a dignidade do homem e para seu desempenho na sociedade. A constituição de 1988, Constituição Cidadã, teve como principal objetivo elaborar leis que iam ao encontro das necessidades humanas, as quais, mais tarde, contribuíram para a formação da personalidade cidadã.

Toda a legislação tem como fundamento políticas que asseguram “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como está explícito no preâmbulo de nossa Constituição. As Concretizações destes objetivos se dão por meio do exercício dos direitos fundamentais. Entre eles, no aspecto que será abordado, a educação. Logo, considerando que esses direitos são fundamentais para o integral desenvolvimento da pessoa humana, quando não são assegurados por parte do Estado, podemos concluir que está havendo a ausência de aplicação do planejamento legislativo. Não sendo assegurados esses direitos, tal consequência fere diretamente a dignidade humana.

Uma vez instituída, no texto de lei, uma disposição sobre direitos sociais fundamentais, há por parte do Estado, uma garantia de igualdade formal, visto que tais garantias são destinadas a todos. Mas, quando as aplicabilidades dessas garantias, em suma, não proporcionam uma igualdade no caso concreto, há um cenário de desigualdade material. A grave consequência disto é a violên-

cia simbólica que sofrem aqueles que não conseguem usufruir dos seus direitos fundamentais/legais, bem como, das suas garantias – ditas - fundamentais, dado a violência que atua/fere diretamente a dignidade dos sujeitos.

Isso porque, não há como pensar na existência de uma dignidade humana se não houver a efetivação dos direitos fundamentais. Logo, aqueles que não têm acesso a recursos que potencializam suas capacidades e proporcionam o integral desenvolvimento de sua personalidade cidadã podem ser considerados como cidadãos indignos? A consequência disso é uma sociedade inversa da qual fora planejada desde a constituição. Há uma realidade que revela um paradoxo entre a educação ofertada e a concepção da cidadania republicana estampada na Constituição Federal.

1. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Para entendermos o que são os direitos fundamentais é necessário que façamos uma abordagem com o propósito de observar os elementos que constitui, hoje, um papel fundamental na personalidade humana e em sua vida em coletividade. Uma vez que os esses direitos são garantias para todos, precisaremos considerar um conjunto de fragmentos que, direta ou indiretamente, influenciam no bem-estar social e assegure a conservação da dignidade da pessoa humana. A formação do caráter humano é resultado de seu desenvolvimento em sociedade, o que pressupõe a existência de uma dignidade. Ou seja, o Estado define como direito fundamental tudo aquilo que, de alguma forma, proporcione ao homem recursos para que se tenha uma vida digna, capacitando o seu desenvolvimento físico, moral, emocional e psíquico, possibilitando a vida em sociedade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada Constituição Cidadã, aponta a educação como um dos direitos fundamentais e sociais. A partir da vigência deste conjunto normativo, o Estado assume o papel de fornecedor desse direito, ainda mais se tratando de um direito básico.

É importante entendermos que, quando se diz direito fundamental, nem sempre esse termo está ligado a uma característica essencial para garantia da vida biológica. Neste aspecto, ela está diretamente vinculada à dignidade humana. Por isso, neste viés essa garantia funciona como uma espécie de recursos fornecidos pelo Estado para constituir o integral desenvolvimento

da pessoa humana em âmbito de relações sociais; interpessoais; intergrupais; institucionais.

A educação, então, como direito fundamental, passa a ter papel essencial na vida humana a partir da década de 30, quando Getúlio Vargas está no poder, e o Brasil adota o sistema de “substituição de importações”, visto que se iniciava um período de substituição do modelo agrário para o industrial. Isso exige uma necessidade de capacitação, e só então o Estado inicia uma preocupação em ter a educação como uma necessidade de todos. Desta forma, era necessária, então, a intervenção do Estado que, naquela época, iniciava uma espécie de educação, capacitação que contribuiria para o mercado de trabalho. Neste mesmo período, ano de 1932, o manifesto dos pioneiros defende a educação pública de qualidade. Então o Estado passa a assumir e oferecer qualidade e universalização de educação para todos.

Após a aprovação da constituição cidadã, 1988, o Brasil traz em seu corpo normativo a educação como algo fundamental para vida do homem. Em 1990 há uma Conferência Mundial sobre Educação para Todos, conhecida como DECLARAÇÃO DE JOMTIEN³, a qual

“Fornecia definições e novas abordagens sobre as necessidades básicas de aprendizagem, tendo em vista estabelecer compromissos mundiais para garantir a todas as pessoas os conhecimentos básicos necessários a uma vida digna, visando uma sociedade mais humana e mais justa”. Essa declaração defendia que “Cada pessoa – criança, jovem ou adulto – deve estar em condições de aproveitar as oportunidades educativas voltadas para satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem. Essas necessidades compreendem tanto os instrumentos essenciais para a aprendizagem (como a leitura e a escrita, a expressão oral, o cálculo, a solução de problemas), quanto os conteúdos básicos da aprendizagem (como conhecimentos, habilidades, valores e atitudes), necessários para que os seres humanos possam sobreviver, desenvolver plenamente suas potencialidades, viver e trabalhar com dignidade, participar plenamente do desenvolvimento, melhorar a qualidade de vida, tomar decisões fundamentadas e continuar aprendendo.”

³ <http://www.educabrasil.com.br/declaracao-de-jomtien/> - Acessado em 2017/09/26

Essa conferência se torna importante e referêcia em todo o mundo por se preocupar, única e exclusivamente, com a sobrevivência da população, com o desenvolvimento pleno das capacidades e habilidades humanas (formação integral, física, intelectual, moral) e proporcionar vida e trabalho digno, uma vez que tudo isso se concretiza por meio da educação e proporciona o desenvolvimento social. Por esses motivos, o Brasil torna-se signatário desta conferência e assume o compromisso de também ter a educação como base para uma vida digna.

Desde então, a educação torna-se um direito fundamental e, mais que isso, um direito humano. Além de que o investimento em educação promove a paz, democracia, pluriculturalismo, desenvolvimento econômico. Eis a importância da educação para a vida toda, a necessidade de habilidade de aprender sempre. Logo, é a apropriação do conhecimento que integra o homem em sociedade e assegura sua dignidade. A educação acaba sendo um instrumento extremamente importante para se garantir o desenvolvimento, a harmonia. Principalmente nos dias atuais.

2. A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral inerente à pessoa, todo ser humano é dotado desse preceito, que constitui o princípio máximo do Estado democrático de direito. Está elencado no rol de Princípios Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. Vale dizer que a condição da vida humana depende de sua dignidade. O desenvolvimento pessoal e a interação no mundo dependem desta garantia, visto isso, é necessário o fornecimento de recursos que assegurem uma vida plena ao indivíduo o que será causa de desenvolvimento nacional e bem-estar da nação.

A dignidade humana é vista como algo de extrema importância para a vida do ser humano, pois, é ela quem determinará a posição do indivíduo na sociedade. Tal princípio ultrapassa os sentidos jurídicos. Entretanto, quando cabe ao judiciário é de suma importância que ele a proteja, visto que ele se coloca como protetor deste direito e considera algo que constitui o Estado democrático de direito, como bem demonstra o artigo 1º da Constituição Federal.

(...) Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (...) (SARLET, 2001, p.60).

A garantia da dignidade humana se efetiva com a devida intervenção do Estado que disponibiliza direitos fundamentais como uma espécie de mecanismo que auxilia o desempenho humano, como por exemplo, o direito ao acesso à educação. O Estado deve oferecer recursos para que todos tenham condições mínimas para subsistência e, por conseguinte uma vida digna. Características que melhor integra o homem à sociedade.

3. IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

Quando nos referimos a direitos fundamentais, há que se falar em igualdade, pois são garantidos a toda a nação. Conforme consta no artigo 6º da Constituição Federal, a educação é um direito social fundamental. Uma vez que, pelo princípio da isonomia, todos são governados pelas mesmas leis, todos têm acesso a esses direitos. Por isso podemos sim considerar a igualdade formal. Há de que se falar sobre o avanço histórico, pois a educação desempenha um papel fundamental na realidade contemporânea.

Os índices de analfabetismo diminuíram em quantia significativa. É notório o desempenho de políticas educacionais, tanto na educação básica como na avançada, o que proporcionara aos jovens e adultos acesso à educação. O que resulta na capacidade de avanço intelectual que acaba melhor posicionando o indivíduo no espaço social. É importante lembrar que a nossa Constituição Cidadã, promulgada em 1988, traz em seu preâmbulo a preocupação em assegurar o desenvolvimento nacional e o bem-estar social e, para isso, a

educação é considerada uma ferramenta de extrema eficácia que proporciona a efetivação deste objetivo. É perceptível que a educação Brasileira deu vários passos, evoluiu, mas, infelizmente, ainda não está plenamente concreta.

Há, em todo o Brasil, registrada no ano de 2016, uma média de aproximadamente 186,1 mil escolas de educação básica. Destas escolas, são de responsabilidade dos municípios locais cerca de 2/3 (114,7mil), conforme consta nas Notas Estatísticas do Censo Escolar 2016 publicadas em fevereiro de 2017 pelo INEP e pelo Ministério da Educação.

O Censo Escolar da Educação Básica é uma pesquisa realizada anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) em articulação com as Secretarias Estaduais de educação das 27 unidades da federação, sendo obrigatória aos estabelecimentos públicos e privados de educação básica, conforme determina o art. 4º do Decreto nº 6.425/2008. Trata-se de um amplo e relevante levantamento sistemático sobre a educação básica no País. Os dados coletados constituem a mais completa fonte de informações utilizada pelo Ministério da Educação (MEC) para a formulação, monitoramento e avaliação de políticas e para a definição de programas e de critérios para a atuação supletiva do MEC – às escolas, aos estados e aos municípios. Também subsidia o cálculo de vários indicadores, dentre eles o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) e outros que possibilitam contextualizar os resultados das avaliações e monitorar a trajetória dos estudantes desde seu ingresso na escola”.

De acordo com esta mesma pesquisa, há, no Brasil, um registro de 64,5 mil creches, as quais 76,6% estão na zona urbana, 58,8% são municipais e 41% são privadas – a maior participação da iniciativa privada em toda educação básica. Das 15,1 mil creches rurais, 97,4% estão sob a responsabilidade dos municípios. 105,3 mil unidades de pré-escola, 57,4% estão na zona urbana, 72,8% são municipais e 26,3% são privadas; a União e os estados têm participação de 1% nesta etapa de ensino; Das 44,9 mil escolas rurais, 98,0% estão sob a responsabilidade dos municípios, apenas 13,4% funcionam em estabelecimentos de uma sala de aula, dessas, 95,1% estão na zona rural. 132,7 mil escolas oferecem anos iniciais do ensino fundamental com educação básica, o que significa 71,3%, e 132,7 oferecem alguma etapa e ensino fundamental. Dessas, 116,3

⁴ http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf - Acessado em 2017/10/01

mil oferecem os anos iniciais. O ensino médio é oferecido em 28,3 mil escolas no Brasil; 68,1% das escolas de ensino médio são estaduais e 29,2% privadas.⁴

Visto isso, percebe-se o investimento em políticas educacionais, tanto em prédios como em matrículas, que hoje recebem milhares de alunos a cada ano. Este é um dos motivos em que há de considerar o direito à educação em plena igualdade formal. Entretanto, quando nos referimos à igualdade material, nos deparamos com os vieses negativos da educação e os déficits de aplicabilidade e efetivação da prática dessas políticas. Em 07 de fevereiro de 2014, foi publicado pelo Todos Pela Educação o índice de analfabetismo no Brasil no ano de 2014 e tinha como legenda “No Brasil, há aproximadamente 14 milhões de analfabetos absolutos e um pouco mais de 35 milhões de analfabetos funcionais, conforme as estatísticas oficiais”⁵.

Uma parte de texto publicado nos ajudará a entender como ainda há desigualdade ao tratamento educacional e como isso fere diretamente a dignidade humana. Destacamos, aqui, as seguintes palavras do texto: “Apesar da evolução positiva nos últimos anos, o quadro brasileiro é preocupante. Existem vários níveis de Alfabetização funcional: aqueles que apenas conseguem ler e compreender títulos de textos e frases curtas; e apesar de saberem contar, têm dificuldades com a compreensão de números grandes e em fazer as operações aritméticas básicas. Outros, que conseguem ler textos curtos, mas não conseguem extrair informações esparsas no texto e não conseguem tirar uma conclusão do texto. E por fim, aqueles que detêm pleno domínio da leitura, escrita, dos números e das operações matemáticas (das mais básicas às mais complexas), que são minoria.

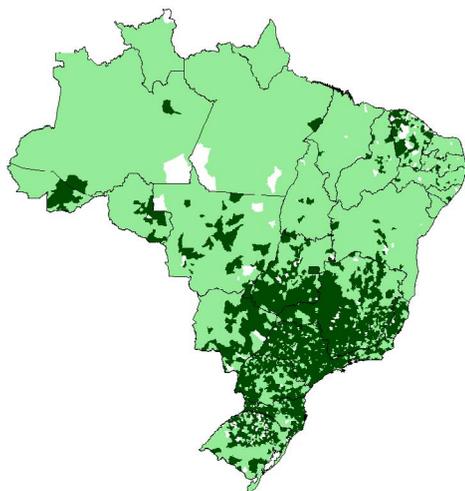
Esses índices tão altos de Analfabetismo funcional devem-se à baixa qualidade dos sistemas de Ensino público, ao longo de décadas”⁶. Conforme aponta tal pesquisa, há, no Brasil, uma diferença no tratamento e na eficácia do proveito desse direito. Cabe-nos questionar como fica a dignidade destes analfabetos pelo fato de estarem em extrema desigualdade em comparação com aqueles que são capacitados e desenvolvidos para exercerem suas potencialidades de raciocínio, interpretação, lógica, entre outros.

⁵ <http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/29520/opinio-analfabetismo-funcional/> - Acessado em 2017/10/05

⁶ <http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/29520/opinio-analfabetismo-funcional/> - Acessado em 2017/10/05

Ora, temos um Estado que defende a educação como direito fundamental, tanto para o desenvolvimento do homem quanto para inviolabilidade de sua dignidade humana, ora temos um Estado com uma população gigantesca que não se beneficia da educação. Temos uma realidade de desigualdade material, o que acaba sendo causa de violência simbólica contra estes indivíduos que se encontram em estado de vulnerabilidade educacional. Além do mais, fere o princípio da isonomia, pois neste aspecto, nem todos são iguais. Logo, podemos considerar o que Arendt dizia: a igualdade não é uma condição humana natural, depende do exercício da cidadania, o que depende de convenções e intervenção política. (LAFER, 2009, p. 150).

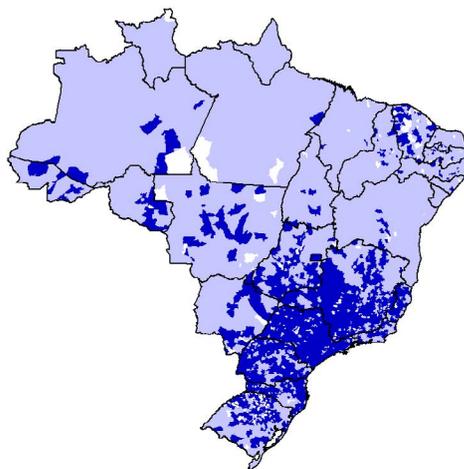
RESULTADOS DO SAEB 2015
Proficiências médias por Município
5º ano do Ensino Fundamental –
Língua Portuguesa



Proficiência
média
nacional: 208

 Inferior à média nacional
 Igual ou superior à média nacional

RESULTADOS DO SAEB 2015
Proficiências médias por Município
5º ano do Ensino Fundamental –
Matemática



Proficiência
média
nacional: 219

 Inferior à média nacional
 Igual ou superior à média nacional

Fonte: Diretoria de Avaliação da Educação Básica – DAEB/INEP

Conforme visto acima, temos dois mapas geográficos retirados do site do INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, os quais nos mostram a proficiência da Educação Pública em todo o Brasil no ano de 2015. Trata-se do 5º ano do Ensino Fundamental, idade média de 10 a 11 anos, na disciplina de Língua Portuguesa e Matemática. É interessante notar a diferença de eficácia nas diferentes regiões do país.

Temos também um gráfico que mostra o desempenho educacional das redes de ensino pública de todas as províncias. Cujo desenvolvimento varia entre os locais do Brasil e entre as séries.

Unidade da Federação	Proficiência média (5º ano EF)		Proficiência média (9º ano EF)		Proficiência média (3ª série EM)	
	Língua Portuguesa	Matemática	Língua Portuguesa	Matemática	Língua Portuguesa	Matemática
Brasil	207,6	219,3	251,5	255,8	267,1	267
Rondônia	203,2	214,8	252,2	255,2	266,9	265,3
Acre	205,8	217,6	246,3	245,9	262,1	257
Amazonas	197,1	207,6	247,6	245,9	259,3	257,1
Roraima	193,2	208,2	234,2	237,6	260,5	259,7
Pará	183	194	236,8	237	254,9	254,3
Amapá	181,7	191,9	231,6	233,6	255,7	252,2
Tocantins	195,2	205,4	242,8	247,4	253,8	256,1
Maranhão	178,4	188,6	230,9	232,1	246,3	247,6
Piauí	190	202,5	243,3	248,4	255,1	256,1
Ceará	212,6	220,9	255,7	256,7	256,6	260,6
Rio Grande do Norte	189,7	199,9	244,2	247,8	251,9	254,9
Paraíba	192,8	203,7	240	244,7	258	257,7
Pernambuco	195,4	207,1	244,2	248,3	270,2	267,8
Alagoas	184,7	198,4	235,1	239,8	250,6	252,7
Sergipe	187,8	201	242,7	247,5	257,1	258,2
Bahia	189,1	200,6	238,5	242,8	250,4	251,1
Minas Gerais	220,7	232,4	258,6	264,6	268,7	272,1
Espírito Santo	213,7	224,8	256,5	263,5	277,4	281
Rio de Janeiro	211,7	221	254,1	260,5	276,1	274
São Paulo	222,4	236,8	257,4	262,3	274,7	273
Paraná	221,1	236,1	254,8	260,9	273,3	273,2
Santa Catarina	223,1	235,9	266,6	272,7	276,6	278
Rio Grande do Sul	212,6	223,8	256,7	259,4	272,8	273,3
Mato Grosso do Sul	210,5	220,5	263	264,6	279,1	275,9
Mato Grosso	205,5	215,9	242,4	247,5	264,1	263,2
Goiás	212,7	221,1	261	263	269,7	270,2
Distrito Federal	219,9	228,7	259,5	264,9	284,2	280,1

Fonte: Diretoria de Avaliação da Educação Básica – DAEB/INEP

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estatísticas apresentadas nos mostram quão desigual é a efetivação da educação em nosso país. Não obstante o preâmbulo da Constituição nos fale de igualdade, o artigo 1º em dignidade da pessoa humana, o artigo 2º garantir o desenvolvimento nacional e o artigo 6º dispor da educação como direito fundamental social, na realidade contemporânea, isso se trata tão somente de uma igualdade formal, conotações jurídicas. Tão logo a igualdade material não é garantida, e a consequência disso é o mal-estar social e o não desenvolvimento, uma vez que a não capacitação através do estudo é uma limitação ao acesso ao trabalho e ao ensino superior. De modo que o futuro destas pessoas já está condenado à condição de miséria, ou de desvantagem em comparação com os demais.

Além do mais, não há preservação da dignidade humana, visto que os indivíduos que se encontram em posição desigual na sociedade estão sujeitos a uma vida precária, pois eles têm comprometido o seu desenvolvimento quanto pessoa humana, pessoa política, devido à precariedade da educação recebida por parte do Estado.

E, no ponto vista jurídico, o Estado nega o desenvolvimento pleno da personalidade do indivíduo e a conservação da dignidade da pessoa humana. Uma vez que lhe entrega de forma deficitária um direito fundamental que lhe é garantido, o Estado passa a ter uma responsabilidade objetiva, pois de certa forma está negando o direito fundamental. Ou seja, a Constituição diz que constitui o Estado democrático de direitos o fundamento à dignidade da pessoa humana, mas a própria república não garante a efetividade dessa dignidade, isso significa dizer que, de fato, há um equívoco quanto ao termo república utilizado no nosso país. Porque a definição de república implica em atendimento do interesse de todos, que deve ser em benefício de todos. O que não se vê atualmente quando observamos a educação brasileira.

REFERÊNCIAS

<http://www.educabrasil.com.br/declaracao-de-jomtien/>

<http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/29520/opinioao-anal-fabetismo-funcional/>

http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras 2009.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete Declaração de Jomtien. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrasil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrasil.com.br/declaracao-de-jomtien/>>. Acesso em: 01 de out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2009.

