

ISSN 2526-9879

v.2, n.1



REVISTA AVANT

Revista Acadêmica da Graduação em Direito da UFSC



REVISTA AVANT

Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da
Universidade
Federal de Santa
Catarina

v.2, n.1

ISSN 2526-9879

Periódico Científico da Graduação em Direito da
UFSC

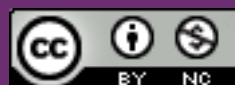
Publicação Semestral

ISSN 2526-9879

Endereço: Universidade Federal de Santa Catarina
/ Campus Reitor João David Ferreira Lima - Centro
de Ciências Jurídicas - Trindade - Florianópolis -
Santa Catarina - Brasil. CEP: 88040-900

<http://revistaavant.paginas.ufsc.br/>
revistaavant.ufsc@gmail.com

Este trabalho está licenciado com uma Licença
Creative Commons - Atribuição-NãoComercial 4.0
Internacional



Os trabalhos assinados são de responsabilidade
dos autores e não expressam a opinião da Equipe
Editorial da Revista Avant ou da UFSC

Coordenadora Científica

Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Editora-Chefe

Milena Barbi

Corpo Editorial

Alice Felisbino Miottello

Aluana Chavegatto da Cunha e Silva

Ana Beatriz Alves Vital

Carolina Pelegrino de Marcantonio

Eduardo Contini de Figueiredo

Gabriela Pinheiro

Gianluca Tillman Moser

Iara Maria Machado Lopes

Júlia Bordin Mandelli Correa

Luiz Augusto Nagel Hülse

Manoella Peixer Cipriani

Marjorie Carvalho de Souza

Milena Barbi

Taisi Copetti

Vitória Emília Santiago Pastro

Wylllyan Rodrigues do Nascimento

Conselho Científico

André Soares Oliveira - UFSC

Alexandre Moraes da Rosa - UFSC

Carolina Medeiros Bahia - UFSC

Daniel Amaral Carnaúba - UFJF

Edson Kiyoshi Nacata Junior - UFMG

Gustavo Silveira Siqueira - UERJ

José Rubens Morato Leite - UFSC

José Sérgio da Silva Cristóvam - UFSC

Vera Regina Pereira de Andrade - UFSC

Talden Queiroz Farias - UFPB

Diagramação

Iara de Souza Cargnin

EDITORIAL

Caro(a) leitor(a),

É com imensa satisfação e orgulho que o Corpo Editorial da Revista Avant apresenta a terceira edição da revista acadêmica do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

A publicação deste número reafirma o compromisso de um grupo de acadêmicos engajados com a produção científica de qualidade no cenário brasileiro, principalmente quando se considera o contexto temerário do desenvolvimento da ciência no Brasil atualmente. Tal conjuntura é caracterizada pelo desmonte da ciência e da pesquisa nacional, propiciada por uma severa austeridade econômica e uma grave crise de governabilidade. Os recursos para os órgãos de fomento à pesquisa e às universidades se tornam cada vez mais escassos e os desafios de se fazer ciência no Brasil cada vez maiores.

Nesse contexto, o Corpo Editorial da Revista Avant reafirma o seu compromisso com o desenvolvimento da pesquisa no âmbito da graduação e, novamente, proporciona um canal de divulgação no qual jovens pesquisadores possam compartilhar com a comunidade acadêmica os resultados de suas pesquisas e suas manifestações artísticas. Este será sempre um espaço aberto para o pensar crítico e

científico sobre o direito, que recrie e desafie o status quo, e permita aos estudantes serem protagonistas de sua própria formação.

Para esta edição de nosso periódico foram submetidos mais de quarenta trabalhos, das mais diversas regiões do país. O alcance de nossa publicação reafirma a importância de um espaço como a Revista Avant, no qual contribuímos para a qualificação da pesquisa científica desenvolvida por alunos de graduação.

Nas próximas páginas está consagrado o resultado final do trabalho desenvolvido por este Corpo Editorial e, como não poderíamos deixar de mencionar, da importantíssima contribuição dos autores e autoras que submeteram seus trabalhos à publicação nesta edição. Este número conta com as categorias Academia e Cultura e, entre artigos científicos, resenhas de livros e filmes, poesia e outras modalidades, um total de vinte trabalhos publicados.

Desejamos uma prazerosa leitura a todos e todas!

Corpo Editorial da Revista Avant

SUMÁRIO

ACADEMIA

ARTIGOS

ANÁLISE CRÍTICA DAS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO À MANUTENÇÃO DA VIOÊNCIA PENAL POR MEIO DE SUA ATUAÇÃO SOCIAL Caio Luís Prata Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud	12
PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO Denis Roberto Peçanha de Sant'Anna Almeida Luiz Felipe Barboza Domingues	22
ESTUDANDO MULHERES: UMA PROPOSTA DE MUDANÇA NO CURRÍCULO DO ENSINO BÁSICO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS Diogo Gonçalves Alvares	31
DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS: OBRIGAÇÃO JURÍDICA DE TIPIFICÁ-LO E ANÁLISE COMPARADA ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A ARGENTINA À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA Guilherme Martelli Moreira	38
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: AUSÊNCIA DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONCESSÃO DE PENITENCIÁRIA PRIVATIZADA E CAPITAL LUCRATIVO EXACERBADO Julia Barella Moreira	47
PARCERIA PARA GOVERNO ABERTO: NOVAS PERSPECTIVAS DE TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Kelen Koupak	54
OS CONTRATOS DE ADEÇÃO E A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS NO NOVO CPC - THE ADHESION CONTRACTS AND THE JUDICIAL REVIEW OF BANKING CONTRACTS IN THE NEW CPC Lucas Felipe Zuchi	62
ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA: A CONSTRUÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO BRASIL Luísa Fófano Chudzij	72
O JUSNATURALISMO DE JOHN FINNIS EM CONTRAPOSIÇÃO AO POSITIVISMO JURÍDICO DE KELSEN: UM ESTUDO INTRODUTÓRIO Matheus Thiago Carvalho Mendonça	80
HAMLET E A MODERNIDADE: A CRISE NA TEOLOGIA POLÍTICA MEDIEVAL E NO REINO DA DINAMARCA Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues	89
O ACESSO À JUSTIÇA PROMOVIDO PELA CAPACITAÇÃO DOS MEDIADORES E CONCILIADORES EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO Talyz William Rech	95

RESUMO DE LIVRO

A PROPOSTA CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE JUAN BAUTISTA ALBERDI
Ezequiel Sergio Grossi

103

RESUMO DE MONOGRAFIA

A COMPREENSÃO E A AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA NO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 122, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL
Camila Maria Coimbra Machado

107

CULTURA

FOTOGRAFIA

“UNIÃO HOMOAFETIVA: CONQUISTAS DO BRASIL CONTEMPORÂNEO”
Otávio Barcelos Pavinato

112

POESIA

TENTE IMAGINAR
Amanda Arruda Coelho

114

LEIA ATÉ O FIM
Luane Lopes Salazar

115

PROSA

CARTA DE AMOR A OUTRAS MULHERES SOZINHAS
Maria Luíza Schreiner Pereira

117

PACTA SUNT SERVANDA
Tiago Cracco Miranda

118

RESENHAS DE FILMES

RESENHA DO FILME HISTÓRIAS CRUZADAS SOB ENFOQUE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Alexia de Melo Miguel

119

CONTRASTANDO ORIENTE E OCIDENTE: CONSIDERAÇÕES ESTÉTICAS E POLÍTICAS EM PERSÉPOLIS, DE MARJANE SATRAPI
Afonso Falcão de Almeida Filho
Carlos Eduardo Mota de Brito
Dacielle da Silva Ingá
Dandara da Costa Rocha

123



ACADEMIA



ANÁLISE CRÍTICA DAS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO À MANUTENÇÃO DA VIOLÊNCIA PENAL POR MEIO DE SUA ATUAÇÃO SOCIAL

CRITICAL ANALYSIS OF THE NON-DECLARED FUNCTIONS OF THE BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE TO MAINTAIN PENAL VIOLENCE THROUGH ITS SOCIAL ACTION

Caio Luís Prata¹
Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud²

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Educação São Luís de Jaboatão/SP. Membro do Grupo de Estudos Avançados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). E-mail: caioluisprata@hotmail.com

² Graduado pela Faculdade de Direito de Franca/SP (FDF). Membro do Grupo de Estudos Avançados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). E-mail: gabboudguara@gmail.com

Resumo

A convocação, por parte do Ministério Público, de eventos de notado cunho político, que convidaram à exposição figuras alinhadas ao mais caricato senso comum e reacionarismo culminou na publicação, no mês de agosto de 2017, do chamado "Manifesto contra o garantismo e a bandidolatria", assinado por 155 juristas, dos quais 144 são membros da instituição. Em um contexto político de agravamento das questões carcerárias e deificação de instituições atreladas ao funcionamento da justiça, a adesão massiva de promotores de justiça a um discurso acientífico e violento a respeito da segurança pública, como o realizado pelo manifesto citado, permite apontar de maneira mais acurada, as premissas que lhe informam a estrutura. Assim, o presente trabalho se lança em pesquisa qualitativa, valendo-se, também, de análise de dados, a fim de construir uma perspectiva crítica a respeito da dogmática e do processo penal, para que, sobremaneira, possa compreender atuação ministerial para além de suas justificativas técnicas, pensando a instituição enquanto um aparato social aliado à conformação de um projeto político-criminal vinculado, intimamente, à reprodução de uma matriz econômica violenta e excludente. Para tanto, utiliza como aporte central de investigação o manifesto mencionado, tendo-o como a expressão máxima da natureza implícita do órgão acusador nos últimos anos.

Palavras-chave: Manifesto. Garantismo penal. Populismo penal. Violência institucional.

Abstract

The convocation by the Public Prosecutor of events of a notable political nature that invited the exhibition to figures aligned with the most grotesque common sense and reactivation culminated in the publication in August 2017 of the so-called "Manifesto against the garantism and idolatry to bandits", signed by 155 jurists, which 144 are members of the institution. In a political context of worsening prison matters and deification of institutions linked to the functioning of justice, the massive adherence of prosecutors to an unscientific and violent discourse on public security, such as the one made by the aforementioned manifesto, makes it possible to point out more accurate, the premises that inform the structure. Thus, the present work is launched in qualitative research, also using data analysis, in order to construct a critical perspective on dogmatics and the criminal process, so that, above all, it can understand ministerial activity beyond its technical justifications, thinking of the institution as a social apparatus allied to the conformation of a political-criminal project closely linked to the reproduction of a violent and excluding economic matrix. In order to do so, it uses as a central research contribution the mentioned manifesto, having it as the maximum expression of the implicit nature of the accusatory organ in the last years.

Keywords: Manifesto. Criminal garantism. Penal populism. Institutional violence.

1. Introdução

Não bastasse o caos pelo qual o universo jurídico brasileiro passa, ferido pela violação de prerrogativas essenciais à manutenção de uma já frágil Democracia, a publicação de recente texto³, que se pretende manifesto, revela a adesão massiva de membros do Ministério Público a discurso que se propõe contra a aplicação da teoria do garantismo penal, bem como contra o que os próprios signatários chamam de "bandidolatria". Dos 155 dos subscritores do documento, 144 são promotores de justiça. 100 destes do Rio Grande do Sul, Estado que conta com 691 membros da classe (CNMP, 2016, p. 34).

³ Disponível em <http://www.defesanet.com.br/ghbr/noticia/26662/Manifesto-contra-a-BANDIDOLATRIA/>



Tal fenômeno se reputa como um dos mais sintomáticos da história recente da instituição, no que diz respeito à demonstração de suas premissas ideológicas de funcionamento, bem como à sua vinculação para com a conformação do excludente modo de produção contemporâneo. Neste giro, o presente trabalho pretende direcionar sua análise àquele que pode ser chamado de “caráter implícito” do Ministério Público. Para tanto, lançando mão de uma perspectiva materialista histórico-dialética, compreende a instituição enquanto um aparato ideológico do Estado capitalista que, visando dar cabo à construção de uma malha de sociabilidade que lhe é própria, traz à sua órbita gravitacional diversos entes sociais que, por seus meios próprios, atuam na reprodução da condição básica de sua existência: a perpetuação da forma-valor (MASCARO, 2013, p. 38).

Para tanto, utilizará como principal aporte demonstrativo (e como elemento direcionador da análise) o manifesto referido, ante sua explícita corroboração com discursos de notada incongruência científica que, mais a frente, serão esmiuçados. Porém, é relevante que à compreensão de que este é apenas um dos mais sintomáticos episódios (e não o único), também podem ser tomados outras situações que envolveram a instituição ministerial e que serviram à demonstração da natureza legitimadora da barbárie seletiva perpetrada pelo sistema penal, sob o discurso democrático de garantia da segurança pública e defesa do interesse coletivo.

De início, pode ser citado o Seminário “Segurança Pública como direito fundamental”, promovido em setembro de 2017 pelo MP-RJ, que contou com um “debate”⁴ com Kim Katagui, um dos líderes do “Movimento Brasil Livre”. Na ocasião, houve a realização de uma mesa proposta à discussão de temas atinentes à segurança pública, onde a figura, conhecida por defender abertamente o recrudescimento do sistema penal⁵, tratou de apresentar suas impressões a respeito de tanto, mesmo diante da manifestação contrária de alguns promotores de justiça⁶. Além disso, o mesmo evento contou com espaços com nomes como “Desencarceramento mata” e, também, “Bandidolatria e democídio”, que marca o lançamento do livro “Bandidolatria e democídio – ensaios sobre garantismo penal e criminalidade no Brasil”, de autoria dos promotores de justiça gaúchos Diego Pessi e Leonardo Gardin de Souza.

⁴ <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/20/mp-rj-convida-kim-katagui-para-palestra-sobre-seguranca-publica-e-bandidolatria/>

⁵ Kim Katagui já pronunciou-se diversas vezes, por exemplo, como contrário à existência do regime semiaberto de cumprimento de pena. Em um de seus vídeos, além de fazer referência à tal posicionamento, faz coro ao endurecimento das condições de progressão de regime, além de consignar que “lugar de vagabundo é na cadeia” (sic). O vídeo conta, ainda, com a participação de Sérgio Harris, presidente da Associação do Ministério Público do RS. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=qHGMQqi9P1o> >

Não obstante os nomes dos espaços constituírem verdadeiros jargões ideológicos, o escrito lançado na oportunidade não se revela diferente. Dedicando-se a comprovar que alta criminalidade se relaciona com punições brandas, incapazes de promover estímulo contrário ao desejo delitivo, o livro afirma que a legislação penal brasileira tende a defender criminosos. Num abandono total da produção acadêmica concernente ao tema, ignorando completamente os altíssimos índices de encarceramento no país, bem como a situação dos presídios brasileiros⁷, a produção reforça a naturalização do crime reforçando um violento discurso de política criminal.

Mesmo após as reações negativas, que destacavam a dissociação entre as propostas do seminário e a produção científica que vem se acumulando nas ciências criminais, o Ministério Público carioca manteve a programação, dando cabo ao evento.

Não obstante, também é memorável a convocação, por um membro da instituição, em seu nome, de pais e mães da cidade de Dourados, no Mato Grosso do Sul. O comunicado enviado aos pais afirmou a obrigatoriedade do evento que visaria tratar implantação de um programa de prevenção contra a evasão e a violência escolar, ameaçando multar os que não comparecesse em monta havida entre 03 e 20 salários mínimos. Ocorre que a ocasião culminou numa cerimônia religiosa proferida por um Procurador de Justiça⁸, que afirmou ter sido, organizado pelo Ministério Público⁹.

⁶ Matéria publicada pela Folha de São Paulo às vésperas do seminário revelou que houve resistência entre alguns promotores de justiça cariocas à realização do evento. Dentre estes, Thiago Joffoly, membro do coletivo “Transforma MP”, comentou que o evento patrocinado pela instituição “Só serve para acirrar um antagonismo que existe na sociedade e repercute no Ministério Público, sem trazer contribuição na garantia de direitos e na redução dos problemas que afligem a sociedade”. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/09/1918699-promotores-do-rio-e-kim-katagui-debtem-bandidolatria-e-web-reage.shtml>

⁷ Segundo o INFOPEN de 2016, elaborado pelo DEPEN, ligado ao Ministério da Justiça, a população prisional brasileira conta com 726 mil detentos, tendo um déficit de 197% sob sua capacidade e se constituindo na 3ª maior população encarcerada do mundo. Não o bastante, o Brasil também foi denunciado à Comissão de Direitos Humanos da OEA, por inúmeras violações aos direitos humanos nas prisões, já reconhecidas, inclusive, como “estado de coisas inconstitucional”, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 347 do DF. Disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf e, também, em < <http://www.global.org.br/blog/brasil-e-denunciado-na-cidh-por-violencia-e-superlotacao-em-presidios-e-no-sistema-socioeducativo/>>

⁸ <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/06/palestra-para-pais-convocada-pelo-mp-em-dourados-provoca-polemica.html>

⁹ “O evento foi do Ministério Público. A Promotoria de Infância e Juventude me convidou e eu vim aqui compartilhar aquela nossa experiência em Campo Grande, que trata de responsabilização de pais, alunos e professores”, afirmou o procurador de justiça Sérgio Fernando Harfouche, responsável pela “palestra”. Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/27/ministerio-publico-do-ms-coagiu-pais-irem-em-palestra-com-pregacao-religiosa/>>



Na oportunidade, pautas conservadoras, opostas à construção de um ensino emancipatório foram colocadas, com a reprodução do mais escatológico senso comum¹⁰ à uma multidão obrigada ao comparecimento mediante ameaça estatal de serem processadas ante a falta injustificada¹¹.

Tais situações devem ser avivadas à memória durante todo o percurso investigativo, a fim de que não se esqueça que a pretensão busca avançar para além das linhas que contêm o documento central da análise, utilizando-o como principal exemplo de uma condição não-isolada.

Seguindo, porém, com a centralidade da demonstração, constituída pelo mencionado manifesto, este ainda é usado para atacar importantíssimas instituições responsáveis pela humanização do processo penal, como se fez com a Audiência de Custódia (disposta na Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça em consideração ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos)¹², instrumento essencial para evitar a prática de tortura e maus tratos do momento da prisão até a condução à audiência, situação que, se confirmada, pode ensejar investigação para apuração do ocorrido (artigo 8º, VII, "c", combinado com o artigo 11, ambos da Resolução nº 213 do CNJ) e que será objeto de análise para que se esclareça o que de fato é o alvo da crítica do manifesto.

Se faz necessária à completude do objetivo deste trabalho, a compreensão de dois aspectos essenciais ao seu entendimento: (a) contra o que (ou quem) se levanta, justamente, o manifesto, ou seja, quem são aqueles apontados como seus inimigos e (b) quais as bases epistemológicas do posicionamento apresentado.

¹⁰ Em vídeo do evento é possível verificar que o Procurador afirma "Eu ponho filho na escola para fazer ler, escrever, fazer conta e pensar. Não é para discutir a identidade dele não. Eu estou falando de identidade de gênero é se meter na identidade do filho. Quantos repudiam identidade de gênero na escola, digam 'Sim!'". Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/27/ministerio-publico-do-ms-coagiu-pais-irem-em-palestra-com-pregacao-religiosa/> >

¹¹ Lê-se, no documento de convocação dos pais, "A presença dos pais e responsáveis é obrigatória e em caso de falta, esta deverá ser justificada junto à Direção ou Coordenação da escola, sob pena de ensinar [...] a apuração de eventual cometimento do crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do CP." Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/27/ministerio-publico-do-ms-coagiu-pais-irem-em-palestra-com-pregacao-religiosa/> >

¹² "Você pensa que eles se preocupam com sua vida, mas criaram uma audiência que resultou no aumento daqueles casos em que o marginal perigoso é imediatamente solto e faz outras vítimas nos dias seguintes. É O QUE ELES CHAMAM DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA." Trecho retirado diretamente do manifesto. Disponível em <http://www.defesamet.com.br/ghbr/noticia/26662/Manifesto-contr-a-BANDIDOLATRIA/>

Quanto ao primeiro deles, é possível que comecemos pelo o que se entende por "garantismo penal", que, nos dizeres de Luigi Ferrajoli:

[...] designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade' SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.

[...] Em um segundo significado, 'garantismo' designa uma teoria jurídica da 'validade' e da 'efetividade' como categorias distintas não só entre si mas, também, pela 'existência' ou 'vigor' das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o 'ser' e o 'dever ser' no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

(...) Segundo um terceiro significado, por fim, 'garantismo' designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o 'ser' e o 'dever ser' do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2006, p. 758-787)

Não é forçoso concluir, com base no exposto, que a plenitude de garantias é um pilar estruturante do Estado democrático de direito. Portanto, o garantismo, enquanto entendimento da necessária proteção e concessão de todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais, não se trata de qualquer espécie de regalia defensiva ou jurídica. Reputa-se, sim, interesse público perante a justiça. Afinal, a função do Direito Penal não se amplifica - por razões óbvias: ele serve (ou deveria servir) como ponto



limitante do poder punitivo do Estado (ZAFFARONI; ALA-GIA; SLOKAR, 2002, p.388-389).

No entanto, na contramão da mais fina produção teórica, o texto, aqui trabalhado, assegura, com convicção, que é o garantismo o que “TEM GERADO CADA VEZ MAIS IMPUNIDADE” (sic). É evidente que a fala revela um imenso e aterrador assento em bases do senso comum. Membros que, pela unidade, representam a instituição cujo dever constitucional é o de proteção dos interesses sociais, apresentam a aberrante noção de que a humanização do processo penal tem sido a maior causa de “impunidade” no Brasil.

Contudo, embora sejam apresentados tais argumentos, Ferrajoli nos demonstra que o modelo de Estado garantista encontra abrigo na estrita legalidade, parâmetro para todos os atos, sejam de quaisquer esferas ou espécies. O escritor italiano trata isto como um aperfeiçoamento do próprio Estado de Direito:

*La ragione giuridica dello stato di diritto, infatti, non conosce nemici ed amici, ma solo colpevoli e innocenti. Non ammette eccezione alle regole se non come fatto extra- o anti-giuridico, dato che le regole - se sono prese sul serio, come regole, e non come semplici tecniche - non possono essere piegate ogni qual volta fa comodo. E nella giurisdizione il fine non giustifica mai i mezzi, dato che i mezzi, ossia le regole e le forme, sono le garanzie di verità e di libertà, e come tali hanno valore per i momenti difficili ben più che per quelli facili; mentre il fine non è già il successo comunque sul nemico, ma la verità processuale raggiunta solo per loro mezzo e pregiudicata dal loro abbandono.*¹³ (FERRAJOLI, 2007, p. 99)¹⁴

A partir daqui, seria possível discorrer sobre a necessidade vital de uma aplicação legal garantista, no todo mensurável de seu termo. Porém não é este o único moinho contra o qual lutam os Quixotes jurídicos. Já agora, adentrando uma zona cinzenta entre inimigos e epistemologias, é preciso que seja apontado que o “Manifesto” se opõe, também, à “bandidolatria”. O nome permite imaginar que seja, talvez, contra uma suposta simpatia, ou, então, idolatria para com infratores ou, no

grosso entendimento do termo, “bandidos”. Qualquer que seja, salta aos olhos, então, o teor maniqueísta responsável por sustentar a afirmação.

A premissa, que mal se esconde à sombra das palavras inflamadas, reparte a sociedade em dois grandes filios: um, composto por aquelas pessoas cuja essência, alinhada à honestidade e à moral, esta última oportunamente constituída, é bondosa. Outro, composto por aqueles sujeitos que, no mesmo sentido, possuem seu ânimo voltado ao mal, sendo a prática delitiva de sua perversa natureza. Não obstante a aproximação promovida para com uma criminologia clínica, típica de uma vinheta historiográfica positivista, já superada no século XX, outro fenômeno se dá. Quase que num movimento religioso, que reconstrói a dança entre Deus e o Diabo, a fala atua como desserviço reducionista ao complexo fenômeno criminal. O delito é retirado de seu plano concreto e lhe é emprestado um manto que o aproxima da metafísica, de modo a naturaliza-lo, cegando aqueles que o contemplam às suas determinações causais. Camufla-se, nessa toada, por sobre as brumas do inatismo criminoso, a real origem da criminalidade, não possibilitando, ao contrário do que se alega, a sua solução, mas, sim, legitimando o Direito Penal da barbárie que se aplica, em sua máxima potência, àqueles que vivem num perpétuo Estado de Exceção, rotulados como “naturalmente” criminosos.

Concomitantemente, é alimentado o espantalho da impunidade, que por suas bambas pernas se sustenta na nação detentora da 3ª maior população carcerária mundial, com um número aproximado de 726 mil presos, dos quais 40% ainda sequer foram julgados (INFOPEN, 2016, p. 13).

Logo, os conceitos que representam o alicerce do discurso, ao contrário do que este próprio alega, de nada servem à compreensão e ao posterior trato da violência. Em verdade apenas são úteis à legitimação da violência institucional representada pelo cárcere. Seja por meio da naturalização das desigualdades manifestas na produção de delitos ou da incompreensão da excessiva e seletiva punibilidade que se tem notícia, as proposições apenas reiteram o agnosticismo da pena.

2. A centralidade do discurso repressivo e a construção do direito penal

Bem verdade, despeito às críticas, que o manifesto publicado atende bem à sua etimologia: A palavra ‘manifesto’ nasce do latim *manifestus*, que traduz algo compreensível, claro ou evidente. Não se pode negar que o texto serve como demonstrativo de quão evidente é o entalhe específico das instituições envolvidas no processo de criminalização, que faz atrair, à sua órbita, o discurso consonante. Este, não por acaso, é aquele que se comporta como negação ao saber científico, nos termos explorados em caráter introdutório.

¹³

¹⁴ “A razão jurídica do estado de direito, de fato, não conhece inimigos e amigos, mas apenas culpado e inocente. Não permite exceção às regras se não for feito extra ou antijurídica, já que as regras - se forem levadas a sério, como regras, e não como técnicas simples - não podem ser descartadas sempre que for conveniente. E na jurisdição os fins nunca justifica os meios, uma vez que os meios, isto é, o regras e formas são as garantias de verdade e liberdade e, como tal, têm valor para momentos difíceis muito mais do que para momentos fáceis; enquanto o fim ainda não é o sucesso no inimigo, mas a verdade processual alcançada apenas por seus meios e prejudicada pelo seu abandono.” (tradução livre)



De tal sorte, o fenômeno possui tamanha proporção que não pode ser classificado como mera infiltração de proposições perversas, pois, assim, lhe seria delegado caráter incidental. O que ocorre, em verdade, e isso se nota pela análise conjunta da nota com outros eventos promovidos em nome do Ministério Público, é sua ocupação endêmica por pensamentos repressivos. Desta maneira, a problemática se dá em caráter fundamental e generalizado. A questão a ser levantada, agora, é o porquê.

De entrada, é suficiente dizer que a ânsia por um punir cada vez mais denso e severo não é novidade em qualquer aspecto que pretenda pensar. O discurso de maximização da tutela penal, ou de inchamento dos tipos incriminadores, é uma consequência mais do que esperada da política neoliberal de dissolução do Estado social, em prol de uma solução punitiva das desigualdades geradas em seu interior (WACQUAN, 2001, p. 05). A questão é que casos irremediáveis passam a ser vistos como falta de punição e, nessa mesma lógica, a sanção começa a ser encarada como mal necessário.

No meio científico, é quase incontroversa a noção de que o sistema penal age como inabalável seletividade, punindo com “altíssimo grau de arbitrariedade” (ZAFFARONI, p. 27, 1998) os setores mais vulneráveis da sociedade. Os discursos reproduzidos no corpo do manifesto coadunam com tal arbítrio, buscando ceder-lhe a legitimidade que não possui, dada sua irracionalidade, incoerência e inverdade. Com isso, é nítido que, para compreender a dimensão das afirmações que carrega o texto, é fundamental que nos valhamos de reflexões que apontem o caráter necessariamente violento do Direito Penal. Ainda mais urgente é que possamos tê-lo (tal caráter), não como desconexo de sua natureza, como se resultasse de questões secundárias que lhe incutiram razão diversa de sua verdadeira, mas como sua razão de ser. Para tanto, é preciso que a signifiquemos como forma real e histórica.

Aqui, é necessário que seja feita uma intersecção entre o Direito Penal e a economia política, uma vez que o primeiro nada mais é do que um aparelho anexo ao Estado contemporâneo (capitalista). Este, junto a muitos outros, “em uma mesma órbita funcional ou, mais fundo ainda, em uma mesma estrutura de reprodução social” (MASCARO, 2013, p. 68).

Existindo a miséria, de acordo com a mais ou menos precária inserção dos corpos no processo de criação do valor, esta se vale da ressignificação das negatividades sociais. O processo de ressignificação sobredito é promovido pelas próprias estruturas sociais do capital, que amplia distorções como o racismo ou a misoginia a uma dimensão econômica, concedendo-as existência na divisão social do trabalho (MASCARO, 2013, p. 64).

Construindo-se como necessário à “[...] objetivação de práticas e relações sociais” (MASCARO, 2013, p. 69) interessantes à manutenção do sistema produtivo hodierno, o Direito Penal tem sua concepção estrutural emoldurada aos

pressupostos da troca mercantil (PACHUKANIS, 2017, p. 165-182). O caráter opressor não passa, portanto, a existir com o juízo axiológico-político do legislador, quão menos pela atuação arbitrária de um promotor: Está em sua gênese.

Desde a existência das normas, validadas pelo princípio da legalidade, até a extinção dos suplícios com a privação do tempo como forma de pena em decorrência do alastre do trabalho abstrato como forma social hegemônica (NAVES, 2008, p. 60), há a relação consequential de reprodução das condições determinadas de dada perspectiva econômica, o que se traduz na criação da miséria.

Embora o discurso reacionário próprio do senso comum seja reproduzido pelos membros da instituição, não é este que constitui sua atuação seletiva, quão menos a estrutura desigual. Na realidade, o processo de imbricação se dá de forma invertida, sendo o primeiro constituído pelo último, como consequência da malha ideológica forjada pelos aparelhos que se aglutinam ao entorno gravitacional do Estado (MASCARO, 2016, p. 38). Perpassa, então, a criação de condições necessárias à sua existência, necessariamente, a rotulação dos inimigos, por meio de seu etiquetamento. Este, inclusive, faz-se se valendo de um absurdo populismo penal, incrementado por uma criminologia de natureza midiática (ZAFFARONI, 2012, p.303 e ss.), que tem por consequência a ampliação, asseveramento e replicação de tudo o que há pouco foi dito.

Apesar de já terem sido exploradas as funções verdadeiras (e não declaradas) da pena¹⁵ e, por consequência, das instituições que lhe dão concretude¹⁶, assim como apesar de termos plena noção de que o sistema penal se monta “para que a legalidade processual não opere” (ZAFFARONI, 1998, p.27), faz-se, aqui, um aparte: Além do caráter constitutivo do crime (pela estipulação da pena), sua principal função, extraída das razões de sua instituição, seria a de garantia da liberdade (BATISTA, 2007, p. 68), partindo daí a sua (falsa) base de legitimidade. Tal objetivo também seria, em tese, o das normas processuais penais, formuladas visando se qualificar como “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral” (TUCCI, 2004, p. 33-35) Entre os institutos que resistem ao aumento do poder repressor, honrando à manutenção da liberdade, está, inclusive, um dos quais o texto mais se de-

¹⁵ “Sandoval Huertas organizou as funções não declaradas da pena privativa de liberdade em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico social (funções de reprodução de criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e reforço protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do status quo, controle sobre as classes sociais dominadas e controle de opositores políticos)” (BATISTA, 2005, p. 113)

¹⁶ Faz-se referência, aqui, ao poder configurador, verticalizante e positivo que exerce o sistema penal. Este constitui sua verdadeira razão de ser, ainda que seja exercido “à margem da legalidade, de forma arbitrária e seletiva” (ZAFFARONI, 1991, p. 25)



dica a atacar: a “audiência de custódia”. Com isso, torna-se evidente o descompromisso dos signatários do escrito até para com os fins declarados do discurso jurídico-penal.

A audiência de custódia, prevista em diversos tratados internacionais que buscam salvaguardar a dignidade humana, pode ser definida, de modo geral, como o direito que toda pessoa presa ou detida tem de “ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)” (Organização dos Estados Americanos, 1969, art. 7.5). Embora, aparentemente, tenha sido só agora reconhecida pelos signatários da nota, ela se encontra vigente desde 1992, em decorrência do Pacto de São José da Costa Rica, tendo sido sistematizada pela Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça.

Numa realidade onde os dados oficiais indicam que 34% dos detidos foram privados de sua liberdade sem o devido processo legal, e que, destes, 69% se encontram encarcerados há mais de seis meses (CNJ, 2017), as apurações das ilegalidades existentes no momento da prisão se tornam urgentes.

Ainda que a duras penas, as audiências de custódia têm surtido certo efeito: das duzentas mil, oitocentas e cinquenta e seis realizadas de 2015 a 2017, 45,61% resultaram na liberdade dos detidos, após averiguadas ilegalidades nas prisões. Em nove mil, seiscentos e dez casos foram trazidos à luz o cometimento de violências por parte dos agentes públicos, tais como tortura (CNJ, 2017).

A postura notadamente omissa do MP durante tais audiências (CONNECTAS, 2017, p. 61-67) confirma sua problemática relação com tal instituto. Esta, por sua vez, faz coro à construção de um cenário onde a denúncia das agressões e violações praticadas no curso da persecução penal não vingue, apodrecendo nos arquivos institucionais. Não obstante, tal atitude também colabora com a perpetuação do hiperencarceramento vivido no Brasil e, conseqüentemente, a degradação, ainda maior, das condições dos detentos.

Ao não compreender a política de desencarceramento como uma averiguação das falhas na atuação da justiça brasileira, o órgão se faz entender não como interessado na realização do bem-comum, mas, sim, como mero instrumento de formalização do desejo primitivo de vingança. Contudo, há de se compreender que o reconhecimento de tal necessidade (de desencarceramento) escapa à vocação da instituição. Isto porque equivaleria a avalizar um meio de desmantelamento do *modus operandi* da criminalização, colocando em risco a razão de ser do próprio processo penal: estigmatização dos miseráveis. Por isso, colocando em pauta sua própria existência, a indiscreta reação coletiva dos seus membros revela a força da socialização de suas posições.

Criticar, contudo, a política de desencarceramento se

baseando unicamente no desgastado e frágil discurso de impunidade é uma afirmação que não traz em si qualquer base teórica e/ou científica. Os “especialistas” – desta forma citados no manifesto – são os principais responsáveis ou freios para que a pena, em sua contextualização material ou legal, não se torne mais uma razão de regozijo, não se transformem em masmorras na era contemporânea, mesmo que sejam. Mais do que isso, é desfazer o suplício, “desgozar” a punição, faz valer que a plenitude de absolutamente todos os direitos se mantenha, mesmo a custo do agigantamento do estado policial.

É de se impressionar a limpidez com a qual se entende que, punindo de forma cega restará solucionado o problema da segurança pública. Faz-se verdade que tal segurança pública, tão “zelada” e cristalizada pelo discurso punitivista, é a maior prejudicada com a política de encarceramento.

Com tal marcha, o Brasil tem se tornado um país de extrema militarização, de uma punição exagerada, de forma que a sanção penal tem assumido sua real faceta, transmutando-se num meio de guerra, de simples punição, comprovando o que Zaffaroni apontara como principal função da pena: a positiva, de controle e conformação social (ZAFFARONI, 1998, p. 24). Desnudem-se, também, as vicissitudes e limitações da própria pena, que assume a coroa de seu (proposital) fracasso enquanto instrumento de reintegração social do criminoso (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, 2002, p. 45-46).

O discurso repressivo, não apenas negativo, mas configurador, trata-se, portanto, de eixo do saber jurídico-penal, constituído para ser o apêndice de legitimação da atuação dos órgãos de criminalização, arbitrários por excelência. Sendo o Ministério Público o titular da ação penal e, portanto, o principal ator no percurso de solidificação da vontade punitiva, não é de surpreender que seus membros sejam simpáticos às falas que desvelem a violência institucional. Isso pois é, justamente, uma das instituições que mais irá expor os vícios que lhe antecedem e são causa de formação. Destarte, pode ser percebido que toda a estruturação do manifesto, bem como a projeção de outros eventos que contaram com o apoio do Ministério Público, ou foram por ele organizados, ressalta seu caráter violento, denunciado aos quatro ventos desde a “virada criminológica”, no século XX. Trata-se, portanto, de fenômeno de muito maior complexidade que aquela que pretende ceder-lhe uma análise individualista, que descola o texto dos agentes, os agentes da instituição e, também, esta do sistema em nome do qual atua.

3. A atuação concreta do Ministério Público e a análise crítica de suas premissas

Nos termos da vilipendiada Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu 127º artigo, incumbe



ao Ministério Público a defesa da assim chamada “Ordem jurídica”. Suas atribuições, nesse sentido, seriam estendidas à fase de execução da pena, conforme prevê o artigo 61 da Lei de Execução Penal. De tal modo, sua função seria, em tese, zelar pela integridade da pessoa encarcerada, ou, de qualquer maneira, do indivíduo submetido ao potencial destrutivo do processo penal. Insta ressaltar que tal dever não vem à existência por exagerada confiança nos agentes públicos ou construção teórica que o impele nesta direção. Surge, sim, pela expressa previsão do artigo 38 do Código Penal Brasileiro, cuja leitura, regida pela hermenêutica sistemática, deve ser promovida em conjunto com os artigos 67 e 68 da Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, de modo a visar, simplesmente, a garantia do cumprimento das mais básicas previsões constitucionais. Contudo, nos distópicos e tristes tempos que vivemos, a ação vista é diametralmente oposta.

A Conectas Direitos Humanos tornou público o relatório “Tortura Blindada”, que resultou do acompanhamento das audiências de custódia realizadas no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo, entre julho e novembro de 2015 e entre dezembro do mesmo ano a maio de 2016. O documento possibilita que seja feita análise da percepção que o Ministério Público indica ter do processo penal, por meio de um relato detalhado de como o Parquet relaciona-se com a denúncia do uso da tortura (prática reconhecidamente comum nas abordagens policiais brasileiras). Diz-se a respeito da banalidade da prática de tortura pois a dimensão do problema é gritante; os dados coletados na pesquisa “World Report” (2015, p. 116) revelam que no período entre janeiro de 2012 e julho 2014, 5.431 denúncias de uso de tortura foram relatadas, das quais 84% partiram de pessoas detidas em delegacias, inseridas em instituições penitenciárias ou em unidades de internação destinadas a jovens.

Disto depreende-se que a violação da integridade e da dignidade daqueles que são criminalizados não se dá de modo isolado. Ao contrário: é meio consolidado como válido nas estruturas de controle social, vindo a compor o próprio Sistema Penal, de acordo com a concepção de “Poder punitivo institucionalizado” (ZAFFARONI, 1994, p.7), que abarca, para além das formas de consolidação previstas no discurso jurídico-penal, aqueles “casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras” (BATISTA, 2007, p. 25). Ademais, reputam-se tão rotineiras que sua existência já é incutida na consciência da população: Segundo o Anuário de Segurança Pública (2016, p. 118), promovido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 59% das pessoas entrevistadas têm medo de ser vítimas da polícia militar, enquanto 70% consideram que a mesma incorre em abusos na utilização da força.

Quando tais situações chegam ao conhecimento do poder judiciário, na dinâmica analisada (das audiências de

custódia), a posição dos promotores de justiça corrobora com o atentado jurídico consubstanciado no manifesto: a omissão mal-intencionada e a tentativa de legitimar as agressões se alternam. Apenas em 20% dos casos em que se relatam torturas há a intervenção da promotoria, e, não bastando, 60% das intervenções se dão para deslegitimar os relatos, geralmente justificando as agressões (22%). Quando não há tentativa de insinuar sua falsidade (20%) ou de naturalizar a violência (11%). Apenas em 12% dos casos foi pedida a apuração dos fatos, mas, em diversas oportunidades, a despeito de todas as gravíssimas denúncias, foi pedida a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (CONNECTAS, 2017, p. 61-67).

A demonstração de ojeriza com relação às audiências de custódia por parte de tantos promotores de justiça, bem como a análise de seu comportamento durante a realização das mesmas, revela-nos uma antiquada posição antiprogressista da instituição e, no limite, até mesmo anticonstitucional. Se temos, atualmente, uma carta magna que, com suas inúmeras limitações, cedeu à democratização, avalizando a existência de um corpo robusto de garantias individuais, vemos, em outra ponta, o esforço da instituição inquisitória para fazê-las soçobrar, dando espaço ao seu agigantamento. Mais que isso, vemos, em tal posição, a afirmação por uma atuação reacionária e que se posiciona com veemência como opositora das garantias penais. Portanto, que acaba por se verificar completamente descolada de sua planificação racional e que, nisso, revela-se ilegítima. Em verdade, a convergência do discurso apresentado e da prática reiterada nos espaços do poder judiciário, por parte do ente, serve como instrumento à revelação do natural modo de agir das instituições que exercem o processo de criminalização secundária. Sua arbitrariedade e sua simpatia pela destruição de institutos que representam a segurança dos indivíduos frente o poder coercitivo, derivam da própria forma pela qual se constrói o Direito Penal, que, por sua arquitetura social, dá margem a bolhas de arbítrio, seja pela omissão no trato com partes de seu modo de exercício de poder, seja pela sua incapacidade de autogestão (ZAFFARONI, 1998, p. 22). É evidente que tal estrutura de violências demonstra ser uma complexa construção, que se infiltra nas diferentes formas sociais edificadoras da vida social, transpassando, assim, vários de seus aspectos. Seu início se dá na desumanização incitada pelas constituições identitárias dos povos marginais, caminhando entre a resignificação dessas distorções pelo modo produtivo e desembocando na atuação dos aparelhos ideológicos do Estado. Justamente em função disto se verifica uma violência gritante na atuação de tais órgãos e na forma que escolhem manejar os institutos jurídicos.

A problemática na utilização de proposições teóricas que aproximam o Direito Penal da extinção das



garantias mínimas é que tal fato tem repercussão não apenas em debates acadêmicos, mas para além da boia dourada da universidade. Quando o discurso jurídico autoriza a barbárie, seu aporte de legitimação deixa de ser a racionalidade. Em verdade, ele assume seu aspecto irracional, diminuindo as poucas margens que existem para que seja utilizado contra seus próprios propósitos. A toda essa dinâmica, avulta-se como sendo crucial a participação do Ministério Público. Isto pois sua posição no rito de concretização do poder punitivo é imprescindível à conformação, perpetuação ou, até mesmo, eventual contenção (embora esta última pouco se veja) do ciclo de reformulações da desigualdade e do controle social. O posicionamento de seus membros em sentido de corroboração com o genocídio perpetrado pelas estruturas do cárcere e do poder judiciário demonstra muito mais que sua aceitação perante o caráter segregacionista do sistema penal. Em verdade, o coro feito em simpatia à precarização das ferramentas dogmáticas de atenuação dos apenamentos demonstra que a atuação do ente se alinha àquela função que tem sido, há muito, denunciada como sua razão de existir. Por conseguinte, todo o exposto na seção anterior, firma-se distante de ser mera especulação ou, ainda, abstração vazia de sentido: tratam-se de questões passíveis de verificação no dia a dia forense. Uma irremediável e triste realidade.

4. Considerações finais

O Direito se apresenta, no curso da história, como uma formulação típica de uma sociabilidade determinada. Não havendo precedentes à completude de sua estrutura em nenhum outro momento histórico, suas formulações mais gerais refletem as mais básicas premissas da base produtiva que lhe é causa de existência. Justamente em função de tanto, sempre tenderá a se mover nos limites de seus engessados quadrantes.

Há de se dizer, contudo, que as disposições jurídicas não vêm à realidade para que se mantenham abstratas. Em verdade, a sua concretização é fundamental, em especial no tocante ao Direito Penal, eivado por seu caráter funcionalista. Assim, o discurso jurídico-penal desdobra-se no plano concreto, mas não para assegurar valores sociais, o que seria um reducionismo anticientífico. Desdobra-se, sim, para que seja efetivado o cumprimento das funções políticas que lhe são anteriores e que, acima de tudo, são a razão que lhe preenchem.

Tais funções são transpassadas, como as demais relações sociais, pelo caráter econômico e produtivo. Assim pensando, delimita-se que caberá ao Direito, em especial o Direito Penal, replicar as distorções sociais que são motoras da desigualdade e alimento da geração do valor, essenciais, portanto, ao funcionamento do capitalismo. Tal objetivo será alcançado por meio da estigmatização

gerada pela pena, utilizada, assim, não para seus fins declarados que, em seu turno, já demonstraram ser completamente falsos, mas, sim, pelas suas funções ocultas, em especial a de reprodução da miséria.

Apercebe-se, nesta toada, que, atuando o Direito como aparato ideológico do Estado capitalista, permitindo que sejam ampliadas suas bases, no mesmo sentido se desenharão os órgãos que lhe dão concretude. No que diz respeito à dogmática penal, o cumprimento de tal perversa vocação caberá, principalmente, àquelas instituições que atuam no momento secundário da criminalização. Embora não se ignore o caráter eminentemente político da criminalização primária, são órgãos como as polícias e o próprio Ministério Público que, excluídos do discurso jurídico penal, poderão atuar cumprindo o todo de seu potencial seletivo e violento.

O que o escrito, utilizado como ponto central da análise de diversas manifestações do ente, demonstra é: o discurso revela o que a pesquisa há muito tem apontado. Instrumentalizando o exercício de poder social, aqui praticado em dissonância com sua planificação, o documento revela que, como em sincronia, a lógica e a lente ideológica da maioria daqueles que compõem o órgão persecutor é afinada a sua essência, como num entalhe recíproco. A arquitetura social do ente se dá, justamente, no sentido de lhe autorizar o arbítrio e o arrojo da natureza bárbara. Sua construção, que o impossibilita de cumprir, ainda que minimamente, a legalidade declarada, lhe incute ânimo inclinado ao autoritarismo e simpático ao seu próprio agigantamento. Tudo isto é passível de ser observado na condução de seu dito manifesto: desde seu apelo inicial, à demarcação de inimigos, até o reforço de um maniqueísmo contraproducente e infantil, é confirmada tal proposição.

Quando se vê, no texto, o clamor pelo endurecimento penal e pela extinção das garantias jurídicas, vê-se uma inversão lógica tal qual aquela com a qual Marx se deparou, em 1842, ao analisar os debates da Dieta Renana a respeito da criminalização do recolhimento de madeira. Àquele tempo pretendia se jogar ao cárcere pessoas que não praticavam condutas criminosas, ainda que fosse sabido que o encarceramento poderia gerar a criminalidade, sob a justificativa de garantir a integridade das árvores e da propriedade privada, numa absurda inversão de valores. Atualmente, pretende-se dar cabo a um projeto de intensificação das punições, de modo a aumentar as mazelas causadas por tal prática, ainda que as mesmas não apresentem eficácia alguma, numa manutenção de um já robusto “moinho de gastar gente” (RIBEIRO, 1995, p. 106).

Não obstante, a nota, surgida num contexto político de fragilização democrática, porta explícita ânsia pela expansão penal, correspondendo, perfeitamente, à atual situação do neoliberalismo brasileiro. Primeiro pois, não



é de agora que este, não conseguindo lidar com suas vicissitudes, tem resolvido as incongruências as quais deu causa com uso das prisões. O fenômeno, já observado por autores como Wacquant (2001, p. 19), trata-se de uma lenta conversão do Estado de previdência ao de penitência, onde os males não são mais resolvidos pelas prestações públicas, mas pelo isolamento daqueles que o representam. Assim, exerce-se o controle penal da miséria. E segundo porque, em razão da retomada das bases políticas neoliberais, a impossibilidade de tomar por norte de compreensão das relações de poder metaindividuais o conceito de “Estado democrático de Direito” anuncia sua falência. Consequentemente consagra o nascimento de uma pós-democracia, na qual desfalecem os limites ao poder. Assim, inverte-se o próprio paradigma justificante da ação do Ministério Público:

A atuação do Ministério Público deveria ser pautada pela razão, afastada, portanto, a ideia de vingança privada. Da mesma forma, a impessoalidade no atuar daria ares democráticos à persecução penal. Na pós-democracia, isso não ocorre. A ausência de preocupação com os limites ao poder penal é um sintoma da mutação do Ministério Público, que levou ao afastamento de sua gênese democrática (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 384)

Desde a década de 1990 (período de notável neoliberalização da economia nacional) até 2016, a população carcerária sofreu um aumento de 707% (INFOPEN, 2016, p. 9), indicando a íntima relação entre ambos os fatores: econômico e jurídico. Recentes casos de alto destaque midiático, como a operação “Lava-Jato”, da Polícia Federal, revelam os frutos do Estado Policial que se construiu gradativamente em terra brasílicas. A naturalização do martírio que o processo penal traz àqueles que o recebem sobre as costas, o apego ao senso comum e a insistência numa falida forma de gestão da criminalidade, fazem coro uníssono com o conteúdo do manifesto e com a atual conjuntura.

A gerência das vidas “indesejáveis” (BINDING; HOCHÉ, 2009) que compõem a clientela penal é uma prática que se legitima desde as raízes positivistas lombrosianas, cumprindo, desde muito, sua vocação verticalizante e disciplinadora (ZAFFARONI, 1998, p. 23). O que ocorre é que quando os responsáveis por operacionalizar este autoritarismo assumem suas contradições, revelando sua violência, a dimensão da crise de legitimidade do sistema penal se apresenta. Nesse sentido, o aval dado por tantos membros da instituição ministerial, por um lado, não é digno de qualquer surpresa. Este deve ser encarado como uma consequência de tudo que é o sistema jurídico-penal: máquina de aprisionar e destruir vidas, cuja necessidade operacional requer a disposição das instituições que

o compõe. Por outro lado, e aqui está a preocupação, se apresenta como um ultimato: a inevitável natureza arbitrária do Direito Penal, leva-nos à situação de desfazimento das limitações ao seu próprio poder destrutivo, fazendo com que se esvaíam as únicas garantias positivas que possuímos contra suas forças.

Em um processo de desmantelamento da construção ideal de justiça, que torna natural a violência, e ignora que as instituições que lhe dão concretude se formam no seio das mesmas contradições que lhe dão origem, o manifesto aponta para a direção real a qual caminha a aplicação das penas no Brasil. Surgido num gravoso contexto, de retrocessos sociais e inseguranças jurídicas, o texto revela os espantalhos retóricos da punição e lança luz por sobre a natureza do Direito, delimitando a feroz passada a qual se estende e, por fim, informando-nos de sua verdadeira finalidade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Tradução de B. Sergiós. Buenos Aires: Ediar, 2009.

BRASIL. Lei de execução penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em out. 2017.

CASARA, Rubens R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Dogmática e crítica: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CONECTAS. *Tortura Blindada: Como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência na audiência de custódia*. 1ª ed. São Paulo: 2017. Disponível em [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf). Acesso em out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. Brasília: 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público: um retrato*. Brasília: 2016. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/MP_um_Retrato_2016_web.pdf. Acesso em out. 2017.



DAVIS, Angela Y. *A democracia da abolição: para além do império, das prisões e da tortura*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Il "Diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*. Revista Panoptica. Vitória. v. 2 n. 7. p. 87-99. nov. 2007.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo: 2016, p. Disponível em <<https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=2229>>. Acesso em out. 2017.

FOUCAULT, M. *O que é um autor*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HUMAN RIGHTS WATCH. *World report*. United States of America: 2015, p. 116. Disponível em <https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf>. Acesso em out. de 2017.

MASCARO, Alysso Leandro. *Estado e forma política*; São Paulo: Boitempo, 2013.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")*, 1969.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. 1ª ed. São Paulo. Boitempo Editorial, 2017.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais entre direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.47. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.- abr. 2004.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo, 2ªed. Companhia das Letras, 1995.

SANDROVAL HUERTAS, Emiro, *Las funciones no declaradas de la privación de lalibertad*, in Rev. Del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle, Cali, 1981.

WACQUAN, Löic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.



PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO

POPULAR PARTICIPATION IN THE MANAGEMENT OF PUBLIC SECURITY OF RIO DE JANEIRO

Denis Roberto Peçanha de Sant'Anna Almeida¹
Luiz Felipe Barboza Domingues²

¹Estudante de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Bolsista de Iniciação Científica - PIBIC/CNPq. E-mail: denisrobertto@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9584951179409500>.

²Estudante de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Bolsista de Iniciação Científica - FAPERJ. Email: lfbdomingues@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5623435855121707>.

Resumo

O processo de redemocratização brasileiro, gerador da Carta de 1988, inaugurou nova ordem constitucional abalizada na maior participação popular nas políticas públicas, em especial na área da segurança. Daí a criação dos Conselhos de Segurança Pública. No entanto, a efetiva participação popular ainda encontra percalços a serem superados nessa fase de concretização das garantias fundamentais.

Palavras-chave: participação popular, governança participativa, conselhos de segurança pública

Abstract

The brazilian democracy process, generator of the Constitution of 1988, has came up with a new constitutional order based in a widening popular engagement in public politics, mainly security issue. The creation of Security Councils takes place in this moment. Notwithstanding, there are many blockages to the effective popular participation, that should be coped in this democracy stage.

Keywords: popular participation, participatory governance, Public Safety Councils.

1. Introdução

O Brasil, principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, experimentou inovações institucionais participativas³ que estimularam a interlocução entre Estado e sociedade civil no planejamento da ação governamental e no processo de formulação de políticas públicas.

O conceito de governança transfere a ênfase da capacidade de governar para a relação de ajuda e conflito que se estabelece entre governo e os diversos atores sociais. Além disso, sugere que a capacidade de governar não está unicamente ligada ao aparato institucional formal, mas supõe a construção de arranjos entre atores sociais, em função de diversos fatores, tais como a interação entre as diversas categorias de atores, as orientações ideológicas e os recursos disponíveis.

A partir desse esforço, a participação social pode possibilitar, por meio de um processo dialógico, deliberativo, público e de construção de consensos, que atores sociais desempenhem atividades de protagonistas em determinados processos decisórios na articulação com o Poder Público e suas instituições.

Em que pese essa tendência de ampliação de experiências participativas, a sua expansão para a seara de segurança pública ainda é um desafio que enseja profundos debates a respeito de dificuldades tanto no que diz respeito à arquitetura da participação, como na cultura institucional.

Assim, o presente artigo terá como objetivo realizar um estudo sobre cidadania e participação popular como fundamentos do poder público, procurando entender aspectos teóricos e operacionais do processo democrático e seus desdobramentos na Administração Pública, em especial na área de segurança pública, bem como oferecer uma

³ Esses novos modelos de instâncias participativas tiveram em comum a proposta de formalizar canais de compartilhamento do poder e circulação de informações entre Estado e Sociedade, mas foram institucionalizadas de inúmeras maneiras, tais como instâncias de deliberação vinculante como os Orçamentos Participativos - OP, instâncias de cogestão e controle social, como os Conselhos setoriais de políticas públicas, instâncias de consulta e ausculta, como as Audiências Públicas, instâncias de formação da política e construção da agenda, como as Conferências nas mais diversas áreas em âmbito nacional, estadual e municipal. Segundo Silva (2005, p. 25) os conselhos são um dos principais canais de participação das organizações associativas construídos após a Constituição de 1988. "Trata-se de um espaço que expressa o surgimento de uma nova modalidade de ação pública, característica da governança democrática."



análise dos significados, possibilidades e limites da participação popular, tendo como foco a experiência dos Conselhos de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Objetivando alcançar o fim proposto, se buscará inicialmente realizar um estudo sobre cidadania e participação popular como fundamentos do poder público, procurando entender aspectos teóricos e operacionais do processo democrático e seus desdobramentos na Administração Pública, especialmente quanto à participação cidadã junto à segurança pública, em especial nos Conselhos Comunitários de Segurança (CCS).

Posteriormente, serão evidenciados os dilemas e desafios enfrentados pelos Conselhos de Segurança no Rio de Janeiro, sendo utilizado para tal fim o estudo de Relatório elaborado pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro que traça o perfil e atuação dos Conselhos de Comunitários de Segurança do estado entre os anos de 2013 e 2015.

A partir da articulação entre o referencial teórico e a realidade de implementação dos conselhos estaduais, busca-se identificar se houve a ampliação da participação popular nestes espaços.

2. Participação popular: novos horizontes a partir da Constituição de 1988

No Brasil, ao longo da década de 1980, ocorreu um fervilhar por parte da sociedade civil entorno da redemocratização do país, que refletia uma grande insatisfação por um governo nada aberto ao diálogo com a sociedade e centralizador nas políticas públicas.

No rastro do novo cenário político proposto pela promulgação da Carta de 1988, não à toa chamada de Constituição Cidadã, adveio a necessidade de, rompendo com os paradigmas repressivos da época ditatorial, se desenvolver e fortalecer a participação do povo nas políticas públicas de diversas áreas.

Esse anseio por uma democracia participativa perpassa por uma série de mecanismos de participação cidadã que tem o escopo de alcançar a noção de governança, cujo conceito é bem trabalhado por Alfredo Nárdiz (2010):

A governança é, portanto, uma forma de governo mais cooperativa, em que as instituições estatais e não estatais, os atores públicos e privados, participam e cooperam na formulação e aplicação das políticas públicas. A governança transmite a ideia de superação do modelo de governo burocrático-hierárquico por um modelo cooperativo mais descentralizado que aposta na complementaridade entre o setor público, o privado e as organizações, grupos e indivíduos que conformam a sociedade civil.

Assim, a Constituição de 1988 se destaca devido ao seu viés democrático ao criar um novo modelo de gestão pública que estimula a participação popular e exige do sujeito a conscientização do papel que ocupa no Estado

Democrático de Direito e a relevância do exercício pleno de sua cidadania na concretização do bem estar social. Trata-se de um espaço que expressa o surgimento de uma nova modalidade de ação pública, característica de uma democracia participativa.

Mas o que é, afinal, a democracia participativa? Consiste na introdução de uma série de mecanismos jurídicos de participação popular - referendos, iniciativa popular - na democracia representativa, com o fito de complementá-la, trazendo maior aproximação entre o povo e o governo, controlando melhor seus governantes e alcançando um maior nível de transparência. É considerada, por Colombo Vilarrasa (2007, p. 21/22 e 25), como uma alternativa frente à crise de legitimidade da democracia representativa, não tendo como pretensão a substituição do modelo representativo, mas tão somente a sua complementação.

Interessante destacar o pensamento de Habermas (1998, p. 454) sobre a questão. Para ele é necessário para o desenvolvimento de tais práticas dois elementos base, quais sejam, uma sociedade civil baseada no envolvimento com a cidadania, que seja consciente da necessidade de seu papel ativo, bem como a existência de um espaço público que canalize as demandas da sociedade, onde correm as informações e ocorrem os debates sobre as mais diversas causas. O espaço público seria um verdadeiro espaço comunicativo entre os distintos agentes sociais.

A democracia participativa, não pressupõe a ausência de representantes, tampouco a reunião física dos cidadãos em assembleia. Ela consiste na introdução de elementos de participação popular - referendos, iniciativa popular, revogação de mandato - no sistema da democracia representativa, com vista à sua otimização e melhor controle da cidadania.

Nessa linha de raciocínio, insta destacar que a Constituição Federal de 1988 enquadrhou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, que tem a democracia como uma das bases desse novo modelo de Estado, que o distingue dos demais (liberal e social) por prever a participação popular nos atos decisivos no exercício do poder. Nesse sentido, a democracia é uma forma de governo no qual o poder e a responsabilidade cívica são exercidos por todos os cidadãos, diretamente ou através dos seus representantes livremente eleitos.

Ao criar variados mecanismos que possibilitassem o exercício da democracia direta e participativa, a Carta Magna atribui à participação popular um destaque relevante num Estado Democrático de Direito. Sendo assim, o exercício da cidadania não se exaure apenas à escolha dos governantes, vai além, o sujeito tem a possibilidade de intervir na tomada das decisões em prol de políticas de melhoria local.

Com esse novo modelo, de acordo com Priscyla Mathias Scuassante (2009, p.2), "as decisões passam a ser tomadas de 'baixo para cima', ou seja, a sociedade civil,



em conjunto com o Poder Público, traça as metas a serem atingidas, uma vez que são os cidadãos que desfrutam cotidianamente, detentores das reais necessidades locais.”

Para Dallari (1996, p.80), ao se falar em participação popular nas políticas públicas, deve-se diferenciar a participação real da participação formal. A participação formal é a prática de formalidades que só afetam aspectos secundários do processo político. A participação real é aquela que influi de algum modo nas decisões políticas fundamentais.

A grande problemática acerca desse tema é que embora haja mecanismos dispostos na Constituição e todo o viés democrático consagrado, o sistema ainda carece de conhecimento e quando não, de interesse, para que atinja a sua finalidade. Ora, de que importa a consagração formal se a material não ocorre?

De fato, a transição para a democracia cidadã preceituada em nossa Constituição requer esforços para que seja alcançada. Neste sentido, Fátima Anastásia⁴, ensina que:

Há dois caminhos interligados. Um se refere ao aperfeiçoamento do arranjo político brasileiro, visando a produção de *loci* institucionalizados e permanentes de interlocução entre os processos de representação e aqueles de participação política. O outro se refere ao enfrentamento do padrão de desigualdades que atravessa a sociedade brasileira e que resulta em uma distribuição muito perversa de recursos políticos, entendidos como recursos materiais e de poder. Ambos os caminhos somente serão trilhados se formos capazes de construir uma coalizão política comprometida com tais metas e, ademais, portadora de recursos suficientes para implementá-las. (grifos nossos)

Logo, a ampliação da participação popular na gestão pública no Brasil enfrenta uma série de óbices, dentre os quais, a acirrada desigualdade social que fragiliza as mobilizações sociais, bem como a ausência de vontade política para a criação de espaços participativos e fortalecimento dos mecanismos já existentes na Constituição.

De tudo quanto foi exposto, é possível inferir que a participação popular afigura-se como uma das garantias do Estado Democrático de Direito, sendo necessário que, para sua efetivação, o Poder Público ofereça condições para que a sociedade exerça, plenamente, a cidadania, entendida como a realização dos direitos e deveres previstos pelo ordenamento, exigindo, desde já, mudanças na atual estrutura política brasileira.

Uma das críticas feitas é a utilização desse espaço tão significativo e importante em nossa democracia para promoção de interesses pessoais, seja por parte dos governantes (em período eleitoral que funciona como “moeda

de troca”, em favor do voto) ou até mesmo pela comunidade (quando há ocorrência de sinistros particulares). Alguns autores afirmam que isso se dá devido ao desconhecimento, que acaba sendo o fator gerador da restrição da noção de participação, enfraquecendo ainda mais a democracia.

Para Lyra (2000, p.17) só há participação popular efetiva quando existe democracia participativa, quando o cidadão pode “[...] apresentar e debater propostas, deliberar sobre elas e, sobretudo, mudar o curso de ação estabelecida pelas forças constituídas e formular cursos de ação alternativos [...]”, ou seja, sempre que houver formas de o cidadão participar, decidindo, opinando, diretamente, ou de forma indireta, por meio de entidades que integra, a respeito de uma gama diversificada de instituições, no âmbito da sociedade (família, empresas, mídias, clubes, escolas etc.) ou na esfera pública (conselhos, orçamento participativo, plebiscito, referendo etc.).

Tendo como um de seus preceitos democráticos que o poder emana do povo e somente ele o detém (art. 1º, parágrafo único), a Constituição de 1988 enfatiza a importância da atuação dos sujeitos enquanto cidadãos na democracia participativa que não se atém apenas à escolha de seus governantes, ou seja, requer uma atuação concorrente em busca da finalidade, de modo a terem seus anseios respondidos. E, claramente podemos vislumbrar no texto constitucional previsões de mecanismos de participação, mecanismos esses que se bem estruturados, conseguem atribuir voz à soberania popular.

Assim, a construção de um Estado Democrático requer tempo e de nada importará a previsão constitucional se não houver o exercício da cidadania, não somente por parte do povo em si, mas, outrossim, pelos representantes e instituições, de modo que sejam atingidos pela força normativa da Constituição Federal de modo mais sério.

No campo da segurança pública a questão da participação popular encontra ainda mais empecilhos. Em que pese o artigo 144 da Constituição Federal prever que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, ainda há acentuadas resistências a promoção de uma gestão compartilhadas de políticas públicas relacionadas a segurança pública.

3. Entraves à gestão popular da segurança pública

Desde a Constituição de 1988, a participação social vem crescendo por meio dos diversos canais formais (conselhos, conferências, orçamento participativa, etc) e informais (colóquios, oitivas, fóruns não institucionalizados, etc).

No entanto, não basta a simples positivação ou previsão legal de tais mecanismos de atuação popular para que a participação se torne eficaz. Grosso modo, eles precisam sair do papel.

Existem autores, como Grindle & Thomas (1991), apontando que, nos países em desenvolvimento, os tipos de re-

⁴ Entrevista divulgada pelo site <http://www.rejuma.org.br>. Acesso em 01 fev. 17



lações que são travadas entre a sociedade civil e as instituições políticas não seriam exatamente o melhor dos cenários a instigar a constituição de tais mecanismos participativos. Eles denotam (apud LIMA, Renato Sérgio de. SOUZA, Letícia Godinho de. SANTOS, Thandara. 2012), a ausência de uma sociedade civil organizada que seja capaz de se opor a uma elite econômica e militar que se alia à burocracia estatal e detém maior informação e capacidade argumentativa.

A participação popular na gestão pública é indiscutivelmente importante, mas não se pode perder de vista que essas experiências, em que pese serem extremamente positivas, implicam em mudanças organizacionais e, por consequência, acarretam dilemas e problemas que, muitas vezes, colocam em questão os próprios princípios da participação popular.

Nesse sentido, analisando os desafios enfrentados pela democracia participativa no contexto da América Latina, Julie Massal (2010) analisa três dilemas principais que surgem no debate político acerca da temática em questão.

Desse modo, o primeiro dilema se traduz na legitimidade/eficácia do meio. A primeira está mais voltada a uma participação politizada, enquanto a segunda, a uma participação cidadã mais despolitizada. As fontes de legitimidade residem não somente nos marcos legais (lei), mas também em fatores sociopolíticos, como a força e institucionalização dos partidos e organizações sociais, no sistema político e na atuação dos atores da sociedade civil. Citando a Lei de participação popular da Bolívia em sua obra, Massal (2010, p. 87) observa que a autoridade estatal pode não promover uma ampla participação cívica, restringindo e moldando o espaço para determinados atores sociais (dando mais voz a correligionários em detrimento da oposição, por exemplo). Assim, se transmite a percepção de um canal legítimo, com lastro popular, mas sem real eficácia.

O segundo dilema reside na questão: é melhor institucionalizar as formas de participação, ou garantir certa autonomia para que essas práticas fortaleçam a democracia? (MASSAL, 2010, p. 88). Aqui o Poder Executivo pode exercer grande influência ao institucionalizar os processos de participação mediante sua implementação por marcos legais, o que muitas vezes pode ser contraproducente, porquanto se criaria uma participação forçada num contexto em que os atores políticos e sociais não se encontrem prontos ou capacitados para tanto. Um processo institucionalizado pode “obrigar” o cumprimento de alguns requisitos para levar a cabo tal participação, sem ter êxito na convocação e organização de uma sociedade fragmentada e polarizada. A institucionalização exagerada pode levar a instrumentalização da participação como fonte de legitimidade para o governo.

O terceiro dilema alçado por Massal (2010, p. 89) se transforma numa preocupação em viabilizar uma participação a longo prazo, convertendo-a numa prática política não ocasional senão permanente, com base numa repre-

sentação plural e uma participação efetiva da população. Percebe-se uma preocupação em evitar que a participação seja vazia, cujo fim seja a si mesma, sem resultados aos anseios da sociedade de melhoria e evolução da democracia representativa. A participação deve conduzir a uma nova etapa social, não apenas servir como um instrumento de legitimidade governamental vazio, que não propicie mudanças ao contexto político e social.

Direcionando o foco da análise para a participação social em segurança pública, verifica-se que no Brasil esta temática é bem mais complexa que em outros países. Isso pode ser atribuído a dois fatores principais: o âmbito policial é marcado pela ausência de uma tradição democrática, o que dificulta a abertura para a participação de cidadãos nesta seara e há uma notória dificuldade da polícia em superar sua tradição militar, hierarquizada e centralizadora.

A participação social em segurança pública pode se manifestar através de elementos de polícia comunitária, programas de vigilância de bairro desempenhados por moradores de forma integrada com as polícias, realização de denúncias sobre crimes ou criminosos aos órgãos públicos de segurança, Conselhos Comunitários de Segurança, etc. Todos esses exemplos constituem formas de participação da comunidade nas questões de segurança pública, que, a princípio, têm em comum a interação entre a população local e a polícia. No entanto, essas formas de participação possuem diferentes graus de envolvimento e proximidade do cidadão em relação às organizações policiais e vice-versa.

A descentralização da gestão pública na área da segurança só ganhou maior destaque recentemente com o fortalecimento dos Conselhos Comunitários de Segurança (CCS) estaduais e municipais, que, criados em meados dos anos 80, não tiveram uma trajetória regular.

Os CCS tem a possibilidade de viabilizar uma atuação mais efetiva dos cidadãos na definição de políticas públicas e padrões sólidos, claros e duradouros de planejamento de programas públicos.

Além desses canais de participação, a Segurança Pública foi também prestigiada, a título de exemplo, com o I Plano Nacional de Segurança Pública, criado em 2000, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), em 2007, a 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública (Conseg), em 2009, e a reforma do Conselho Nacional de Segurança Pública (Conasp).

Verifica-se, portanto, que a inserção da participação popular na gestão da segurança pública no Brasil ainda é uma ideia nova, de execução complexa, cujos resultados são de médio e longo prazo. Em um país no qual o controle social por parte da população ainda é recente e grande parcela da sociedade encara muitos dos seus direitos como favores concebidos pelos gestores públicos, é necessário ficar alerta para que discursos aparentemente participativos



não conduzam a práticas de pseudoparticipação.

Assim, objetivando analisar os dilemas da participação popular na seara da segurança pública, nos tópicos seguintes será destacada a forma como os CCS estão organizados no Rio de Janeiro, bem como as informações que foram coletadas através de Relatório elaborado pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro acerca da atuação destes Conselhos entre os anos de 2013 e 2015⁵. Com isso pretende-se verificar se esses espaços conseguiram implementar mudanças organizacionais a partir da ampliação da participação popular na gestão da segurança pública.

4. Os Conselhos Comunitários no Rio de Janeiro: surgimento, organização e abrangência

As políticas voltadas para a área de Segurança Pública no Rio de Janeiro nas duas últimas décadas do século XX foram marcadas por ações de repressão indiscriminada e por ações de prevenção dissociadas de resultados objetivos.

A partir de 1999, no entanto, houve a tentativa de reformulação da política de segurança pública no Estado, buscando não apenas traçar diretrizes de uniformização, mas também criar nas estruturas estatais canais de participação popular.

Uma dessas ações importantes de reestruturação da segurança pública no Estado foi a edição da Resolução SSP nº 263/99 que criou os primeiros Conselhos Comunitários de Segurança (CCS). O projeto não foi levado adiante e muitos destes Conselhos acabaram sendo desativados, mas, em 2003, houve uma retomada do objetivo de inserção dos cidadãos nas deliberações ligadas a segurança pública através da Resolução SSP nº 629/2003 que revitalizou os Conselhos Comunitários de Segurança - (CCS) e criou os Cafés Comunitários.

Os Cafés Comunitários constituíram a primeira tentativa de estimular a população à participação no campo da segurança pública do Rio de Janeiro. Tal iniciativa assentava-se na ideia de “abrir” os batalhões à população, incentivando práticas de aproximação entre a polícia, sobretudo a militar, e a comunidade. Contudo, verificou-se que não havia um núcleo comum de procedimentos em relação ao funcionamento dos Cafés.

Já os Conselhos Comunitários de Segurança podem ser entendidos como instituições híbridas, na medida em que propõem a constituição de espaços de deliberação entre as representações estatais e as entidades da sociedade civil. (AVRITEZ, 2000). Tratam-se de

⁵ É importante destacar que os pesquisadores mapearam a atuação dos Conselhos a partir das Atas das reuniões que foram enviadas para o Instituto de Segurança Pública. No entanto, conforme destacado no Relatório (2015, p.18): “o universo de 841 atas analisadas corresponde a 59% das reuniões realizadas pelos CCS ativos em 2013 e 62% das realizadas em 2015. Assim, estes dados não figuram como expressões fiéis da dinâmica dos conselhos, mas sim como um recorte dessas realidades.”

instâncias de natureza consultiva e vinculados à Secretaria de Estado de Segurança Pública.

Entre os anos de 2004 a 2006 teve início um movimento de conversão dos Cafés Comunitários em Conselhos Comunitários de Segurança, o que deu origem à formação de 42 CCS⁶. Desde então, o número de CCS no estado tem oscilado em função dos processos de estruturação, reestruturação e desativação. Em 2013, houve um salto significativo no número de CCS – 68 conselhos. Atualmente, até setembro de 2015, havia 65 Conselhos ativos em todo o Estado do Rio de Janeiro.

Conforme estabelecido na Resolução SSP nº 263, os CCS foram criados com três finalidades básicas:

- a) aproximar a comunidade das organizações policiais e a polícia das comunidades, restaurando assim as suas imagens, devendo ser institucionalizados como espaços de participação comunitária e não como eventos sociais;
- b) conhecer melhor o problema de cada localidade, através das demandas dos moradores e;
- c) delimitar, junto às comunidades, o papel dessas instituições e de outros órgãos através do fornecimento de informações qualificadas de que órgãos que podem solucionar os seus diversos problemas.

Nota-se a preocupação em inserir o cidadão no processo de definição da política de segurança empregada na região em que ele reside e superar a desconfiança que historicamente sempre marcou o relacionamento entre a polícia e a comunidade.

De igual forma, também é importante não perder de vista que os CCS representam um esforço governamental na busca pela aproximação entre instituições policiais e comunidade, o que em alguns momentos os identificam como espaços instituídos verticalmente, de “cima para baixo”.

Dessa maneira, é essencial que seja evitada a descaracterização da participação nestes espaços, “quer pela cooptação por grupos sociais superincluídos, quer pela integração em contextos institucionais que lhe retiram o seu potencial democrático e de transformação das relações de poder [...]” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 60). É necessário, portanto, permitir uma ampla e real participação da sociedade civil.

Neste sentido, cumpre destacar que os estudos desenvolvidos acerca da participação social em segurança pública reiteradamente chamam atenção para o questionamento sobre o que vem a ser tal participação e qual a sua contribuição para a melhoria da segurança pública.

Assim, tendo em vista as expectativas e possibilidades em torno da ampliação da cidadania e da cultura democrática a partir das instâncias participativas, torna-se necessá-

⁶ Relatório dos CCS, Instituto de Segurança Pública, 2014, p. 19. Cumpre ressaltar que ainda há Cafés Comunitários em funcionamento no Estado do Rio de Janeiro.



rio desenvolver uma análise sobre o tipo de participação popular que tem sido viabilizada nestes Conselhos.

5. A participação nos Conselhos Comunitários: pontos positivos e pontos críticos

Os Conselhos são compostos por membros natos, efetivos e participantes. Os membros natos são os representantes das organizações policiais (polícias Civil e Militar) que têm responsabilidade sobre a área de circunscrição do Conselho Comunitário de Segurança. Os membros efetivos devem ser voluntários e preencher requisitos previstos na legislação que regulamenta os CCS⁷. Já os participantes são todos os demais que frequentam as reuniões e sob eles, a princípio, não incide qualquer exigência restritiva.

Em relação a composição dos CCS, a primeira questão que merece ponderação refere-se a importância da participação dos membros natos que são os responsáveis por desenvolver o funcionamento e estruturação dos CCS, como, por exemplo, a homologação da primeira diretoria, que não é eleita, mas sim indicada pelos membros natos. Assim, os CCS se tornam especialmente suscetíveis às eventuais mudanças de comando das unidades da polícia militar, assim como às mudanças de titularidade das delegacias de suas áreas de atuação.

Outro ponto problemático a ser observado é que a diretoria dos CCS só pode ser integrada por membros natos ou efetivos. Logo, chama atenção que a participação na direção não é aberta a qualquer membro da comunidade.

Sobre essa questão, é interessante destacar que estudos⁸ apontam no sentido da seletividade dos indivíduos que têm participado dos Conselhos de Segurança espalhados pelo Brasil. Assim, ao invés do problema da segurança levar o sentido de participação e comprometimento a uma coletividade à qual devem ser direcionados os serviços de segurança pública como um todo, cria-se um espaço privilegiado⁹.

A representatividade é um ponto crítico nesses espaços devido à heterogeneidade de interesses de cada comunidade. A prevalência do critério territorial na deli-

mitação dos Conselhos abre margem para que sua composição seja feita por diversos segmentos sociais, de classes distintas, opções políticas diversas, etc. Os choques entre estes interesses diversos dificultam a tomada de decisão nas reuniões. Assim, é possível que um Conselho abranja uma área de "asfalto" e de "favela", simultaneamente e, conseqüentemente, a prioridade de cada um desses cidadãos será bem diversa. Enquanto o morador do "asfalto" poderá estar preocupado com a necessidade de ampliação do policiamento, o morador da "favela" poderá ter como pretensão não o aumento do policiamento, mas uma melhoria do tratamento policial.

Direcionando o foco de análise para a situação do Rio de Janeiro, estudo feito pelo ISP/RJ acerca do funcionamento dos CCS em atividade no estado identificou ainda três problemas principais referentes ao funcionamento dos Conselhos: participação esporádica, influência dos processos eleitorais nas atividades dos Conselhos e discussão de temas não relacionados com questões de segurança.

O estudo em questão apurou uma alta rotatividade das pessoas que participam das reuniões, já que muitas delas nem sempre repetem esta ação em outros meses. "Tal participação esporádica é quase sempre mediada pela experiência de algum sinistro, como um furto ou problemas de vizinhança, como 'perturbação do sossego'". (MORAES; SOLIVA; CAMPOS, 2015, p. 29)

Em relação a esta questão, há de se ponderar até que ponto a baixa efetividade das decisões tomadas pelos Conselhos, uma vez que elas são meramente consultivas, não pode ser um fator que desestimula a participação dos cidadãos. Isso porque um dos elementos motivadores da participação social, seja em movimentos sociais, seja em políticas públicas, é a expectativa de respostas aos problemas. Neste sentido é importante observar que a eficácia de um processo participativo pode variar de acordo com os atores que estão envolvidos:

[...] la eficacia de un proceso participativo es un factor de legitimidad, pero estos términos no tienen el mismo sentido para los actores que promueven los

⁷ Dentre os requisitos exigidos para os membros efetivos, podemos destacar: ter idade mínima de 18 anos, residir, trabalhar ou estudar na área de circunscrição do CCS, ou em circunscrição vizinha que ainda não possua CCS organizado, enquanto perdurar tal carência. Além disso, as pessoas que desejem participar dos CCS não podem ter registro de antecedentes criminais e devem firmar compromisso de fiel observância às normas reguladoras dos conselhos. Os membros efetivos devem ser representantes de organizações que atuem na área do CCS, a saber: dos poderes públicos; das entidades associativas; dos clubes de serviço; da imprensa; de instituições religiosas ou de ensino; organizações de indústria, comércio ou de prestação de serviços. Podem ainda participar membros da comunidade, ainda que não sejam representantes de alguma organização, desde que tenham frequentado pelo menos metade das reuniões do período anual anterior às eleições.

⁸ Os dados foram obtidos através de estudo publicado em 2015, fruto de parceria estabelecida entre o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), a Fundação João Pinheiro (FJP) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

⁹ Nas reuniões de Conselhos, foram vários os momentos em que se puderam notar discursos, em maior ou menor intensidade, fundados na dicotomia entre o "cidadão de bem" (merecedor de direitos) e o "vagabundo". Durante as observações foi recorrente presenciar falas de cidadãos que demandavam e estimulavam ações truculentas por parte da polícia, fosse referente à eliminação dos moradores de rua e usuários de drogas, o uns mecanismos de controle da criminalidade. Neste sentido, o usuário de drogas, morador de rua, o "favelado" ou o jovem que frequenta os bailes funk simbolizam o criminoso, o vagabundo, e são frequentemente associados a espaços que não os mesmos do cidadão de bem, de onde deveriam ser "retirados" pela ação policial. (JUNIOR et. al. 2015, p. 54)



procesos desde arriba o desde abajo. Um proceso meramente consultivo, pierde legitimidad para los actores sociales convocados a participar si no ven impacto alguno en el proceso de decisión, pero puede resultar legítimo y eficaz para las autoridades que lo convocan. (MASSAL, 2010, p. 88)

Assim, o fato de os Conselhos terem sido criados por força de instrumentos legais desvinculados de demandas de movimentos sociais ou da própria população pode trazer desdobramentos ruins para a sua atuação, pois a obrigatoriedade dos Conselhos pode ser interpretada como uma formalidade burocrática, o desestimularia a participação popular. (MIRANDA, 2008, p. 61).

Embora reconheça a importância dos conselhos gestores como avanço político, Luchmann (2008) destaca algo neste sentido, quando constata que diversos desses conselhos acabam “engolidos” pela lógica político-burocrática. A autora, porém, destaca que os problemas que impedem uma “sustentabilidade virtuosa” desses espaços não se devem apenas à maior ou menor vontade política – seja ela por parte do Estado ou da sociedade civil – mas, também, ao formato ou desenho institucional dos conselhos que limitariam o aprofundamento da democracia.

Embora sejam considerados como um importante avanço político, as análises sugerem que diversas experiências conselhistas têm sido “engolidas” pela lógica político-burocrática e acabam legitimando, sob novas roupagens, procedimentos pouco ou nada democráticos de tomada de decisões, configurando um quadro de desmobilização e pseudo-representação social (LUCHMANN in LYRA, 2008, p. 49)

Tal situação parece decorrer do grande paradoxo da democratização brasileira. Isso porque seu desenvolvimento se deu de forma concomitante ao aumento acentuado dos índices de criminalidade, o que acarretou o acirramento dos conflitos e aprofundamento da desconfiança nas instituições democráticas. Com isso, emerge uma noção de espaço público fragmentado e segregado. (CALDEIRA apud JUNIOR et. al. 2015, p. 54)

Cumpramos ressaltar ainda que nas comunidades dominadas pelo tráfico de drogas, a participação popular nos Conselhos também é dificultada pelo medo que os moradores possuem de retaliação. Interessante destacar, sobre esta questão, a reprodução da opinião de uma moradora de São Cristóvão feita por Paulo Augusto Teixeira (2006, p. 211):

No Conselho, os moradores da comunidade não participam muito, comparecem mais os empresários e os lojistas. As pessoas da comunidade não querem participar por medo de serem consideradas X9. É difícil trazer a comunidade para participar do Conselho, porque eles não vão. Têm medo de que se chegue amanhã e sejam considerados X9 porque estavam participando do Conselho.

Verifica-se, portanto, a inviabilidade de se exigir a participação popular em espaços dominados pelo medo e pela ausência do poder estatal.

Outra questão relevante apontada pelo estudo realizado pelo ISP/RJ refere-se à influência que os processos eleitorais municipais exercem na atividade dos CCS. Vejamos:

A experiência de gestão da Coordenadoria dos CCS tem revelado que os processos eleitorais municipais exercem imensa influência no comportamento dos CCS, tanto no que diz respeito ao aumento de participantes mensais, quanto no que tange ao número de CCS estruturados e reestruturados. Esta questão é ainda mais visível nos municípios do interior do estado. Podemos perceber nestes conselhos um número significativo de pessoas que transitam nestes espaços, ainda que não recebam quaisquer tipos de incentivos pecuniários por parte do estado ou mesmo de outras instituições para estimular esta participação. (MORAES; SOLIVA; CAMPOS, 2015, p. 32).

A situação descrita acima preocupa na medida em que pode ser um indicativo da utilização dos espaços dos Conselhos para fins de promoção pessoal de futuros candidatos. Não são raras as ocasiões nas quais esses espaços são utilizados por lideranças locais em busca de promoção pessoal e ambição política.

Essa desvirtuação dos conselhos pode gerar o desinteresse dos participantes e contribuir para dificultar o avanço destas instituições na construção de políticas públicas advindas da participação.

Por fim, há outra problemática verificada no estudo em análise: a pouca discussão de questões de segurança nas reuniões no âmbito dos CCS. Nesse sentido cabe transcrever trecho do relatório fruto do estudo desenvolvido pelo ISP/RJ que detectou que a maior parte dos assuntos tratados nos CCS não se relacionam diretamente ao que se pode chamar de “problemas de polícia”:

[...] A construção de demandas pelos CCS nos permite afirmar que estes conselhos possuem uma característica porosa quando comparada com os outros tipos de conselhos existentes no Brasil. Esta porosidade permite que os CCS façam interagir diferentes demandas, ainda que a segurança seja a espinha dorsal de todas elas. [...] Esses dados mostram como questões que não estão na órbita da polícia fazem efetivamente parte das discussões dos CCS. A forma como esses CCS constroem as suas demandas merece ser melhor compreendida, sobretudo por gestores da política de segurança pública. (MORAES; SOLIVA; CAMPOS, 2015, p. 35).

É possível que essa situação decorra da ineficiência do poder público em oferecer solução para as demandas apresentadas pelos cidadãos. Diante desta omissão, os Conselhos aparecem como o mais próximo que se



pode ter da Administração pública.

A variedade de temas pode dificultar a criação de uma pauta referente à segurança pública, mas também pode servir como mecanismo de aproximação entre a população e os membros do Conselho. Para que isso ocorra é necessário que os membros natos e as diretorias dos CCS se preocupem em encaminhar as solicitações para os órgãos responsáveis ou, ainda, convidar os representantes dos órgãos demandados para as reuniões onde possam responder diretamente aos representantes da comunidade.

Feitas essas ponderações sobre a participação popular nos CCS, é importante ressaltar que os problemas apontados não devem ser utilizados para desacreditar os Conselhos Comunitários de Segurança, mas sim para servir de indicativo para mudanças e adaptações que estas instituições necessitam. Da maneira como os CCS se encontram estruturados no Rio de Janeiro, eles evidenciam baixa institucionalidade, participação limitada e excessiva dependência da atuação dos profissionais do ISP para sua manutenção.

Ainda diante destas adversidades, os CCS parecem fóruns dotados de potencial para se transformarem em um espaço de aproximação e diálogo entre atores que frequentemente se enxergavam em lados opostos. Até porque os Conselhos não se apresentam como uma obra concluída, senão como um projeto em construção, suscetível a transformações que o permitam contribuir para a lenta abertura da polícia a parcerias com diversas instâncias da sociedade.

6. Conclusão

A participação em políticas públicas se converteu em símbolo de afinidades ou antipatias carentes de uma significação consistente. A participação institucionalizada repousa sobre princípios de cidadania, direito, igualdade e justiça, apoiada em base ideológico-teórica que, por vezes, enfatiza a bondade da entrada dos cidadãos na política e nas organizações. Contudo, na prática existem dificuldades de aplicação expostas nas críticas que indicam ser limitada em seus procedimentos e conteúdos ao marco institucional.

Apesar da tendência de ampliação de experiências participativas, a sua expansão para segurança pública ainda é um desafio que enseja debates sobre empecilhos na sua arquitetura e na cultura institucional.

A segurança pública foi e ainda é pensada primordialmente como um assunto de Estado, a despeito de implicar em efeitos imediatos na vida da toda a sociedade. Ainda assim, grande parte das decisões importantes é tomada sem a participação da sociedade civil, a qual é a principal interessada pelas melhorias na segurança pública.

Os Conselhos Comunitários de Segurança, atualmente presentes na maior parte do estado, consistem em espaços consultivos, institucionalizados pela Secretaria de Estado de Segurança do Rio de Janeiro (SESEG) e por ela considerados canais legítimos de interlocução entre a comunidade

e os órgãos relacionados à segurança pública no estado.

Todavia, também é possível notar que os CCS ainda se encontram em processo de desenvolvimento e ampliação de sua dimensão institucional, especialmente no que tange ao reconhecimento, visibilidade ampliação da participação popular.

É necessário reconhecer, até pelo pouco tempo de sua existência, que tais Conselhos possuem difíceis obstáculos a serem superados.

Há uma série de entraves ao desenvolvimento do canal participativo nos CCS que precisam ser superados (LIMA; SOUZA; SANTOS, 2012):

- a) O Estado segue sendo o protagonista nas edificações de políticas públicas e sociais, centralizando a maioria das medidas;
- b) Baixa capacidade de articulação, pressão e mobilização de setores da sociedade;
- c) As ações estão mais voltadas para sua própria estruturação em vez da definição de diretrizes e discussão de políticas;
- d) O vínculo frágil entre os representantes governamentais ou entidades representativas e os órgãos de origem, sendo comum o prevalecimento de opiniões pessoais não discutidas com os representados;
- e) O equilíbrio da representação de segmentos da sociedade civil em comparação com o governo e com trabalhadores desse campo (segurança pública)
- f) A predominância de questões rotineiras e pessoais, além de problemas de urbanidade em prejuízo das questões diretamente ligadas com a segurança pública.

Por outro lado, os mesmos autores apontam as potencialidades dos Conselhos, dentre as quais se destacam:

- a) A função pedagógica que o conselho pode desempenhar numa sociedade democrática;
- b) A formulação de políticas públicas a partir das necessidades da população; Capacidade de mobilização a ser desenvolvida
- c) A construção coletiva de pautas prioritárias na área de segurança pública
- d) Aproximação do conceito de governança política, com estímulo à transparência e cooperação entre os atores da esfera social.

Contudo, o reconhecimento das limitações dos Conselhos não deve ser entendido como um indicador de sua eficácia, mas, sim, como uma etapa na construção de uma nova concepção de segurança pública, em consonância com as garantias constitucionais e a democracia participativa.

Não se pode perder de vista que a construção da democracia resulta de um longo e lento processo de aprendizado, conflito e colaboração, sendo essencial a partici-



pação dos mais diversos atores sociais.

Desta forma, os Conselhos Comunitários de Segurança podem desempenhar um papel pró-ativo contribuindo, objetivamente, para a consolidação do Estado como instituição prestadora de serviços de qualidade à sociedade. Para isso, é essencial que sejam promovidas mudanças para superar os obstáculos apontados no presente trabalho, sem cair em uma ingênua idealização sobre a participação ou na adoção de medidas populistas. É importante que haja a ampliação da visibilidade desses conselhos, bem como haja um alargamento da representatividade dos participantes em relação à totalidade dos moradores.

REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo. Democracia, participação e instituições híbridas. DCP (UFMG)/NUPASS, 2000.
- COLOMBO, Vilarrasa, C. *E Participación. Las Tic al servicio de la innovación democrática*, UOC, Barcelona, 2007.
- DALLARI, Pedro B. de Abreu. Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros. *Instituto Brasileiro de Administração Pública*, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.
- GRINDLE, Merilee S.; THOMAS, John W. Public choices and policy change: The political economy of reform in developing countries. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1991.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998. p. 454.
- _____. *Ensayos políticos*, Ediciones península, Barcelona, 1988, p. 211-212.
- JUNIOR, Almir de Oliveira; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira; PONCIONI, Paula; NUNES, Samira Bueno. Instituições participativas na segurança pública: programas impulsionados por instituições policiais. *Boletins de Análise político-institucional*, n. 7, p.51-56, jan.jun. 2015.
- LIMA, Renato Sérgio de; SOUZA, Letícia Godinho de; SANTOS, Thandara. A participação social no campo da segurança pública. *Desigualdade e diversidade - Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio*, n. 11, p. 23-48, ago.-dez. 2012.
- LYRA, Rubens Pinto (Org.). *A ouvidoria na esfera pública brasileira*. João Pessoa: Ed. Universitária, UFPB, 2000. p. 315.
- MASSAL, Julie. Democracia participativa: desafios y desencantos en el siglo XXI. **Análisis Político**, nº 69, Bogotá, mayo-agosto, 2010, p. 79-91.
- MIRANDA, Ana Paula Mendes de. A avaliação dos Conselhos Comunitários de Segurança. *Revista Avaliação de Políticas Públicas*, vol. 2, nº 2, jul./dez. 2008.
- _____. A busca por direitos: possibilidades e limites da participação social na democratização do Estado. In: Caruso, Haydée; Muniz, Jacqueline; Carballo Blanco, Antônio Carlos (orgs.). *Polícia, Estado e sociedade: práticas e saberes latino-americanos*. Rio de Janeiro: Publit, 2007, pp. 417-443.
- MORAES, Orlinda Cláudia R.; SOLIVA, Thiago Barcelos; CAMPOS, Joice Cristina. *Relatório dos conselhos comunitários de segurança do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2015.
- NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa. La democracia participativa como profundización en la democracia*. Tirant lo blanch, Valência, 2010.
- RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; TEODÓSIO, Armino dos Santos Sousa. Encruzilhadas da participação popular na modernização das políticas públicas de segurança. Uma análise do CONSEP em Brumadinho (MG). *Civitas: Porto Alegre*, v. 11, n. 1, p. 115-134, jan.-abr. 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002.
- SCUASSANTE, Priscyla Mathias. A participação popular, prevista na Constituição Federal de 1988, garante efetivamente a realização do Estado Democrático de Direito? In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, p. 2-4, nov 2009.
- SENTO-SÉ, João Trajano; SANTOS, Anastácia Cristina; FERREIRA, Thiago. Os conselhos comunitários de segurança pública do Rio de Janeiro. Institucionalização e participação. *Desigualdade e Diversidade - Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio*, nº 11, p. 99-114, ago/dez 2012.
- TEIXEIRA, Paulo Augusto Souza. Os Conselhos Comunitários de Segurança Pública no Rio de Janeiro. *Comum*, Rio de Janeiro, v. 11, nº 26, p. 198-219, janeiro/junho 2006.



ESTUDANDO MULHERES: UMA PROPOSTA DE MUDANÇA NO CURRÍCULO DO ENSINO BÁSICO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

STUDYING WOMEN:

A CURRICULUM CHANGE PROPOSAL FOR PRIMARY AND SECONDARY EDUCATION IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS

Diogo Gonçalves Alvares¹

¹ Graduando em Direito pela PUC GOIÁS, diogoavares@outlook.com. Bolsista de iniciação científica BIC/PUC GOIÁS. Membro do grupo de pesquisa e estudo Estado, Governo e Sociedade, da UFG. Artigo realizado sob a supervisão da Prof.^a Dr.^a Cláudia Alvarenga Marconi (PET-RI/PUC-SP). O trabalho foi proposto e desenvolvido no contexto da participação do autor no Gender Summit North America 2017 enquanto membro de uma delegação civil organizada pelo instituto Global Attitude. A cúpula ocorreu em Montreal entre os dias 06 e 08 de novembro do referido ano.

Resumo: A desigualdade entre homens e mulheres é verificada em diferentes setores da sociedade e em todos os países do mundo, o que gera o desafio global de alcançar a igualdade de gênero, uma condição inafastável para que se respeite os direitos humanos das mulheres. Apesar disso, os currículos do ensino básico, os quais são ferramentas de transformação social, ainda são pouco utilizados como meios para promover a igualdade. Diante disso, a presente pesquisa propõe uma mudança curricular pautada na exploração das figuras femininas já presentes nos conteúdos programáticos e na inclusão de novas mulheres nas matrizes curriculares. É apresentado como essa mudança pode ocorrer no plano nacional e internacional. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica e em documentos eletrônicos.

Palavras-Chave: Igualdade de gênero. Direitos humanos. Currículo. Ensino básico.

Abstract: Gender inequality is a matter present in different areas of the society and in all countries of the globe. However, primary and secondary education curricula, tools able to promote social changes, has been rarely used as a mean to achieve gender equality, an imperative condition to fully respect women human rights. In view of this, the article proposes a curriculum change based on a further study of the female figures who are part of current syllabuses and

on the inclusion of new women in primary and secondary curricula. The article also introduces how this proposal can be applied in Brazil and furthered in the international scenario. The method used was the hypothetico-deductive combined with bibliographic and online research.

Keywords: Gender equality. Human Rights. Curriculum. Primary and secondary education.

1. Introdução

Ao se analisar a condição feminina na atualidade é inevitável a verificação de que a desigualdade de gênero² se expressa em diversos segmentos e pilares do contexto social, desde os casos em que ela se apresenta de maneira mais clara, como na disparidade salarial, até os casos em que a desigualdade pode passar despercebida para muitos, como no programas curriculares do ensino básico.

De todo o modo, os mais diversos aspectos sociais que refletem a desigualdade entre homens e mulheres são responsáveis pela construção de uma conjuntura social que preserva e perpetua as próprias situações de desigualdade. Sendo assim, para que a conjuntura se modifique e seja possível a criação de um ambiente igualitário e de justiça social, demanda contemporânea urgente, é preciso se estudar essa desigualdade em seus mais diversos modos de materialização. Assim, se constata a particular importância da pesquisa científica relacionada às questões de gênero.

Nesse campo de pesquisa, muito se tem discutido e estudado sobre medidas capazes de transformar as estruturas sociais – desiguais – existentes hoje. Porém, é preciso buscar não apenas os meios capazes de transformar a realidade atual, mas também aqueles pelos quais se possa construir um futuro em que a igualdade de gênero seja reconhecida pelos indivíduos e, assim, a desigualdade, menos propagada.

² Neste artigo, a utilização do termo “gênero(s)” é feita conscientemente ao fato de que ele ultrapassa uma divisão binária e engloba todo o espectro de gênero.



Ciente deste desafio – e do fato que o período correspondente ao ensino básico é uma etapa crucial do desenvolvimento das pessoas (em que valores e noções sociais são aprendidas e interiorizadas) – o artigo propõe uma alteração na nova Base Nacional Comum Curricular Brasileira (BNCC) no sentido de apresentar não apenas em linhas gerais o estudo da “mulher”, termo amplo, mas de mulheres específicas que contribuíram para a formação daquilo que é estudado nas diferentes áreas de conhecimento, como história e matemática.

Em um primeiro momento, serão apresentados os motivos que justificam a necessidade desta proposta. Em seguida, em que ela consiste e quais são as ações que permitem a sua estruturação. Por fim, serão expostas as maneiras pelas quais ela seria implementada no Brasil e perpetuada globalmente.

Em uma perspectiva ampla, o presente trabalho visa contribuir para o alcance do 4º e do 5º objetivo – quais sejam, educação de qualidade e igualdade de gênero, respectivamente – propostos pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), uma agenda formulada pela Organização das Nações Unidas (ONU) que se consiste em “um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade” baseado em direitos humanos.

Por fim, resta apresentar que a pesquisa se utilizou da metodologia hipotético-dedutiva apoiada na pesquisa bibliográfica e em documentos eletrônicos. A partir da necessidade de se promover a igualdade de gênero e de noções da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, se analisou a hipótese de que as matrizes curriculares podem ser usadas como mecanismos para formação de uma geração que reconheça a igualdade entre mulheres e homens.

2. Direitos humanos das mulheres e historicidade

Em 1949, Simone de Beauvoir lançou sua obra *O Segundo Sexo*, considerada um marco basilar do feminismo moderno, em virtude de seu pioneirismo ao expor a desigualdade entre homens e mulheres presente nas estruturas sociais. A realidade demonstrada na obra de Beauvoir ainda se mostra presente nos dias atuais, mesmo após décadas de um processo de conscientização e de mobilização acerca das restrições e expectativas comportamentais impostas às mulheres.

Esse processo culminou, entretanto, no amplo reconhecimento de dois fatos na contemporaneidade: (i) a existência do tratamento desigual entre os gêneros é incontestável e (ii) ele é prejudicial para todos os membros e instituições de uma sociedade, uma vez que viola direitos humanos das mulheres e priva a sociedade de inúmeras contribuições criativas e produtivas nas diversas áreas em que a presença feminina é restrita ou restringida.

Ao se falar em direitos humanos, é necessário apresentar que tal conceito geral se refere ao conjunto de

direitos indispensáveis ao exercício da vida digna e que são inerentes a toda pessoa humana, ou seja, o simples fato de ser um indivíduo torna alguém sujeito dessas garantias, como à igualdade, à educação e à autodeterminação. Já o subconjunto direitos humanos das mulheres diz respeito aos direitos essenciais que historicamente são privados ou de alguma forma não concedidos em sua totalidade às mulheres – uma conjuntura que se sustenta na desigualdade entre os gêneros.

Um aspecto importante a se destacar sobre a referida área do direito – a qual se interliga com elementos sociais, econômicos e políticos – é a sua característica conhecida como historicidade, isto é, o fato de serem direitos frutos de uma evolução histórica contínua e interminável, de modo que há um constante processo de surgimento e modificação de direitos humanos.

Assim, é possível que se discuta atualmente como esses direitos também envolvem os currículos do ensino básico e como estes podem perpetuar ou violar tais garantias, independentemente do fato de que tal discussão não tenha ocorrido em outros momentos em que se estudou a condição feminina, como no contexto em que foi lançado *O Segundo Sexo*, de Beauvoir. A historicidade permite que se avance e que se enxerguem novos conceitos para os direitos e garantias fundamentais – e não poderia ser diferente, uma vez que a dinamicidade é aspecto intrínseco das sociedades.

Corroborando com esta ideia, a constatação de que a temática educacional sob o prisma da igualdade de gêneros já vem sendo debatida no Brasil. Cabe aqui destacar autoras como Guarcira Lopes Louro, que em “Gênero, sexualidade e educação” trabalhou aspectos como a construção social dos sujeitos, a negação do diferente e a perpetuação de práticas sexistas nas práticas educativas, e Margareth Rago, que ao discutir os impactos do feminismo no currículo educacional relembra que o pensamento moderno se construiu de modo a impor conceitos binários, como homem/mulher, que “produziram hierarquias e exclusões violentíssimas” (RAGO, 2017, p. 554).

3. A necessidade de mudança no currículo da educação básica

Como introduzido na seção anterior deste artigo, os diferentes setores da sociedade se estruturam de modo a propagar uma noção de desigualdade entre homens e mulheres, a qual se materializa em esferas como o ambiente de trabalho, onde a presença de mulheres em cargos de alto escalão é sensivelmente menor que a de homens, e na vida privada, onde se revelam pressões comportamentais para que mulheres sejam mães, por exemplo.

Essa dimensão da vida social, efetuada por mecanismos sociais de poder sobre a condição feminina, também é verificada nos sistemas educacionais, os quais apresen-



tam problemas de esferas sociais e jurídicas que vão de encontro ao consentimento da comunidade internacional de que a educação deve ser usada a serviço da formação de pessoas em sua plenitude de direitos e gozo de sua dignidade humana, como explicita o artigo 13, parágrafo 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância [...] (ONU, 1966).

Cabe aqui pontuar que este pacto internacional foi assinado pela maioria dos países-membros da ONU e vincula aqueles que o ratificaram, como o Brasil, que o fez em 1992 pelo decreto nº 591. Além desta previsão legal, a qual é diretamente ligada aos mecanismos do direito internacional, a legislação pátria também prevê constitucionalmente o uso da educação como meio que leve ao desenvolvimento humano do cidadão:

Art. 205

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

A instrumentalização da educação para o exercício de direitos humanos é, portanto, um preceito de caráter normativo com abrangência internacional e com previsão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o sistema educacional não se encontra em harmonia com as diretrizes que se extraem de tal entendimento.

Isso se dá particularmente no que tange ao conteúdo dos currículos do ensino básico, os quais continuamente propõem o estudo de figuras que são em sua grande maioria masculinas ou simplesmente abordam o estudo de mulheres de maneira genérica, algo que contribui para a manutenção dos reflexos de um tratamento desigual entre os gêneros no conteúdo programático escolar.

Especificamente no Brasil, isso pode ser verificado na nova Base Nacional Curricular Comum do Ensino Básico (BNCC), documento normativo que estabelece o conteúdo programático e as diretrizes educacionais desta etapa do ensino em todo o Brasil. Em sua seção introdutória, é apresentado no nono item das “competências gerais” (BRASIL, 2017, p.17) o objetivo de promover a cooperação social isenta de diversos preconceitos, como o de gênero. Não há em suas recomendações, entretanto, uma menção

específica à necessidade de se introduzir mais nomes femininos no conteúdo estudado e assim, diminuir a disparidade entre gêneros do conteúdo escolar.

A ausência dessa preocupação é verificada nas seções referentes às áreas específicas de conhecimento. Em “História”, não há a proposta de estudo de mulheres específicas, mas apenas referências generalizadas, como “o papel da mulher na Grécia e em Roma, e no período medieval” (BRASIL, p. 369). Já em “Matemática”, se constata a total falta do termo “mulher” e outros a ele relacionados – não se verifica a preocupação em estimular o interesse das alunas por áreas do STEM (*science, technology, engineering, and mathematics*)³.

Ao se analisar esse cenário a partir da constatação feita por Foucault de que as ciências não são isentas de valores morais e culturais da sociedade (FOUCAULT, 1988, p. 55), percebe-se que o modelo educacional vigente propaga uma lógica de que foram os homens os autores das ciências. Surge então a questão: como esperar que tanto meninos como meninas se vejam enquanto agentes do saber e da história das sociedades se os programas escolares demonstram que esses agentes pertencem a um grupo específico, qual seja, o de homens?

Além disso, com base nos estudos sobre reconhecimento propostos por Axel Honneth – filósofo contemporâneo alemão que apresenta como a afirmação social está ligada a um ato de reconhecimento no qual o indivíduo enxerga a sua capacidade de contribuir para aquilo que é almejado e construído socialmente⁴ – infere-se que essa lógica propagada pelas matrizes curriculares interfere no auto reconhecimento das estudantes e, por consequência, limita a maneira como elas se veem, o que afeta o desenvolvimento de suas autoestimas:

(...) se e quando o sujeito social faz uma experiência de reconhecimento, ele adquire um entendimento positivo sobre si mesmo; se e quando, ao contrário, um ator social experimenta uma situação de desrespeito, conseqüentemente, a sua auto-relação positiva, adquirida intersubjetivamente, adoece (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008, p. 15).

A não modificação dos currículos escolares também impede o uso da ferramenta da educação, a força motriz da transformação social e da implementação de diversos direitos, como meio de consolidação de valores pautados na igualdade de gênero. Valores esses que são concepções sociais a serem projetadas no mundo a medida que as alunas e os alunos da educação básica cresçam e assumam os seus lugares enquanto agentes ativos nas socie-

³ Ciências, tecnologia, engenharia e matemática.

⁴ Aqui, se tem por referência o ensaio de Suzana Guerra Albornoz (2011, p. 140) sobre as esferas do reconhecimento definidas por Axel Honneth.



dades. Sobre esse potencial de transformação social dos currículos escolares, Patti Lather explana:

Education's impact is not only felt in measurable indicators of success, but also in the more subjective arenas of self-esteem and social conditioning. Education, curriculum development specifically, can be seen as a primary force in the creation and dissemination of cultural norms, such as those pertaining to gender roles⁵ (apud SIMMONS, 2013, p. 35).

A mudança na nova Base Nacional Comum do Ensino Básico é, portanto, necessária para garantir que as meninas se vejam representadas e se reconheçam naquilo que estudam e, assim, se projetem enquanto agentes ativas das áreas do saber. Desse modo, a educação primária brasileira seria usada também como meio para que as crianças reconheçam a igualdade de gênero ao verem que homens e mulheres foram agentes daquilo que se estuda.

4. A modificação curricular proposta

Uma vez comprovada a necessidade de se adequar a matriz curricular do ensino básico ao objetivo de promoção de igualdade de gênero, cabe aqui apresentar que isso se daria a partir de duas ações centrais: (i) uma exploração mais efetiva das figuras femininas que já estão presentes nos programas escolares e (ii) a inserção de novas mulheres no conteúdo que será ministrado.

4.1 Exploração mais efetiva das figuras femininas que já estão presentes nos programas escolares

No que diz respeito a primeira ação, a proposta consiste em apresentar aquelas mulheres que já são estudadas (como Joana d'Arc⁶ e Princesa Isabel⁷, em história, e Marie Curie⁸, em química e física) de forma consciente ao fato de que elas se tornaram reconhecidas em um contexto histórico no qual a desigualdade de gênero era ainda mais acentuada. Desse modo, é função do educador ex-

⁵ O impacto da educação não é sentido apenas em indicadores mensuráveis de sucesso, mas também em aspectos subjetivos da autoestima e da condição social. A educação, e especificamente o desenvolvimento de currículo programáticos, podem ser vistos como uma força essencial para a criação e disseminação de normas culturais, como aquelas que perpetuam os papéis de gênero (tradução nossa).

⁶ Importante personagem da história francesa que lutou pelo seu país na Guerra dos Cem Anos (1337-1453) contra a Inglaterra. Foi capturada em Paris pelos borguinhões, aliados dos ingleses, e queimada na fogueira da Inquisição sob a acusação de crimes como bruxaria. É tida como heroína do povo francês e foi canonizada pela Igreja Católica.

⁷ Filha de Dom Pedro II e última princesa do Império Brasileiro. Foi responsável por assinar, em 1871, a Lei do Ventre-Livre, que tornou livres os filhos das escravas nascidos a partir da promulgação da lei, e a Lei Áurea, em 1888, que libertou todos os escravos do Brasil.

⁸ Cientista polonesa que ao lado de seu marido, Pierre Curie, descobriu dois elementos químicos, o polônio e o rádio. Foi a primeira mulher a ganhar um Prêmio Nobel, a primeira pessoa a ser laureada com dois prêmios Nobel (de física e química) e a primeira mulher a lecionar na Universidade de Sorbonne, em Paris.

plorar essas mulheres e retratá-las na total complexidade de quem foram e do que fizeram frente aos elementos de opressão feminina que marcaram as suas épocas.

4.2 Inserção de novas mulheres no conteúdo que será ministrado

Cabe, porém, não apenas explorar esses exemplos que já são conhecidos, mas iniciar um trabalho de pesquisa para descobrir novas mulheres que podem ter sido ocultadas e privadas do reconhecimento histórico em virtude das condições sociais que enfrentaram. Para ilustrar como isso pode ser feito é proveitoso citar o exemplo do coletivo Arquitetas Invisíveis, uma iniciativa feita por alunas do curso de arquitetura da Universidade de Brasília (UnB) a partir da observação de que a vasta maioria dos nomes que estudavam eram masculinos, conforme exposto no site da iniciativa:

O Coletivo Arquitetas Invisíveis é uma ação que busca promover a igualdade de gênero dentro do âmbito da arquitetura e do urbanismo, por meio do reconhecimento e divulgação da vida e obra de arquitetas desprestigiadas pela história. (...) A primeira iniciativa do grupo foi no sentido de ampliar o repertório dos estudantes e profissionais de arquitetura e urbanismo e, ao mesmo tempo, incitar a discussão sobre gênero no meio acadêmico e profissional (ARQUITETAS INVISÍVEIS, 2017).

O projeto se expandiu e se transformou em uma exposição, uma página de internet e em uma revista homônimas, uma vez que foram muitas as mulheres descobertas durante o trabalho de pesquisa e levantamento de dados. Percebe-se, então, que agentes femininos estão presentes nas diferentes áreas de conhecimento, mas que essas mulheres devem ser continuamente descobertas, pois a história pode ter relegado a elas o esquecimento.

Por fim, no que diz respeito a apresentação de figuras femininas no contexto dos currículos básicos, é necessário ressaltar a importância de não as enquadrar de forma estereotipada e que perpetue as falsas noções de diferenças hierárquicas entre homens e mulheres. É imprescindível que materiais didáticos e educadores demonstrem que as mulheres estudadas não se enquadram naqueles papéis tradicionais e submissos (UNESCO, 2017, p. 50), os quais parte da sociedade afirma serem tipicamente femininos.

5. O processo de implementação da mudança curricular

Esta última seção do desenvolvimento da pesquisa é dedicada a apresentar as maneiras pelas quais a proposta deste artigo pode ser implementada no Brasil e perpetuada globalmente. É indispensável que a presente discussão ocorra em nível internacional, pois a desigualdade de gênero e os desafios que ela impõe à perpetuação de direitos humanos estão presentes em todos os países e,



portanto, a necessidade de construir uma sociedade mais igualitária se apresenta como um desafio mundial.

No plano nacional, a existência de uma Base Nacional Comum Curricular se revela uma notável oportunidade para implementar a presente proposta, uma vez que este documento é uma norma a qual se sujeita todo o território nacional. A lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e as bases da educação nacional, prevê que a BNCC define os objetivos e direitos inerentes ao ensino infantil e fundamental, além do ensino médio.

A nova base (referida na segunda seção deste artigo) teve a sua versão final homologada em dezembro de 2017. Portanto, cabe ao Ministério da Educação (MEC) e ao Conselho Nacional de Educação (CNE) produzir documentos adicionais de caráter normativo a ela atrelados e que instruem a instrumentalização dos currículos para a formação de uma geração de alunos que reconheçam a igualdade entre homens e mulheres, conforme apresentado neste trabalho.

Já no que diz respeito a implementação dessas mudanças no plano internacional, é preciso inicialmente entender que a realidade contemporânea é marcada por uma ordem multipolar onde Estados, organismos internacionais e a sociedade civil organizada, além das empresas transacionais, são atores ativos da dinâmica global. Assim, a efetivação da mudança curricular proposta depende de um conjunto de ações coordenadas pelos diferentes agentes que definem e influenciam as políticas educacionais.

Sugere-se, inicialmente, que o ministério de educação ou órgão equivalente de cada país proponha novas diretrizes curriculares pautadas nas duas ações centrais expostas na seção anterior deste artigo. Observa-se aqui que, uma vez que o Brasil tenha instituído essas medidas na sua base curricular, ele poderá se posicionar como referência na matéria e ganhar espaço nas discussões internacionais sobre educação e igualdade de gênero.

É relevante destacar que países como a Eslovênia já promovem políticas públicas educacionais nesse sentido. Neste país foi desenvolvida uma reforma do ensino primário guiada pelo documento *White Paper on Education of the Republic of Slovenia*⁹, no qual é apresentada a necessidade em se pensar nos direitos das meninas frente a uma sociedade desigual:

[...] while discussing the rights of children, we should also speak of the rights of girls and the contradictory character of the idea of equal opportunities in an unequal system of education, in which the members of one sex are still privileged in one way or another¹⁰ (apud VENDREMIN, 2003, p. 6).

Caberia também aos governos estatais difundir em seus cenários educacionais os documentos internacionais

sobre educação, dentre os quais destacam-se dois. Um deles é o Relatório de Monitoramento Global da Educação, documento que é lançado pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e que analisa a realidade escolar de diversos países e propõe ações para que se alcance o 4º objetivo do desenvolvimento sustentável: educação de qualidade.

Há também o *Gender Toolkit for Educators*¹¹, documento de autoria de Emily M. Brown e produzido com o apoio de um conjunto de cooperadores, incluindo a UNESCO. Nele são apresentadas técnicas para auxiliar educadores a integrar o *gender mainstreaming*¹² em suas atuações. Futuras edições de documentos desse caráter podem enfatizar as ações e técnicas referentes à mudança curricular explorada neste trabalho a fim de promovê-la no cenário internacional.

Por fim, resta às organizações da sociedade civil que atuam em prol da educação e da igualdade de gênero, como a *We Moviment*¹³ (uma organização não-governamental canadense que possui dentre os seus programas o *We School*¹⁴, um programa educacional que visa dar aos alunos as ferramentas para gerar transformações sociais) incluir em suas ações iniciativas educacionais que difundam e implementem a utilização da educação básica como meio para a formação de futuras geração mais igualitárias.

A partir de uma conjuntura harmônica de ações guiadas pelos governos dos Estados, pela UNESCO e pela sociedade civil organizada, será possível materializar a transformação em caráter mundial dos currículos

¹⁰ [...] enquanto se discute os direitos das crianças, nós devemos também discutir os direitos das garotas e o caráter contraditório da ideia de oportunidades iguais em um sistema educacional desigual, onde membros de um determinado sexo ainda são privilegiados de alguma maneira (tradução nossa).

¹¹ Conjunto de diretrizes sobre Gênero para Educadores.

¹² (integração de gênero) "[...] the process of assessing the implications for women and men of any planned action, including legislation, policies or programmes, in all areas and at all levels. It is a strategy for making women's as well as men's concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and programmes in all political, economic and societal spheres so that women and men benefit equally and inequality is not perpetuated. The ultimate goal is to achieve gender equality.", definição apresentada pelo Conselho Econômico e Social e das Nações Unidas em 1997/2.

"[...] o processo de avaliar as implicações para mulheres e homens de qualquer ação planejada, incluindo legislações, políticas ou programas, em todas as áreas e em todos os níveis. É uma estratégia para fazer das preocupações e experiências tanto de mulheres, como de homens, uma dimensão integral do planejamento, implementação, monitoramento e avaliação de políticas e programas em todas as esferas políticas, econômicas e sociais, para que mulheres e homens possam se beneficiar igualmente e para que a desigualdade não seja perpetuada. O objetivo final é alcançar a igualdade de gênero." (tradução nossa).

¹³ "Movimento Nós".

¹⁴ "Escola Nós".

⁹ Relatório Oficial sobre Educação da República da Eslovênia.



do ensino básico à luz da necessidade de se alcançar a igualdade entre homens e mulheres.

6. Considerações finais

Diante do desafio de promover a igualdade de gênero, o presente artigo contribui para área de conhecimento e os campos de pesquisa relacionados a essa temática, em virtude das considerações que se seguem:

Para se alcançar o objetivo de criação de uma sociedade mais igualitária para mulheres e homens é preciso modificar as matrizes curriculares do ensino básico, de modo a utilizar a educação como meio de transformação social e de perpetuação de direitos humanos;

No Brasil, essa mudança se daria a partir da Base Nacional Comum Curricular do ensino básico. Cabe ao MEC e ao CNE editar a versão da base que será homologada em breve ou produzir documento normativos a ela relacionados que apresentem a modificação curricular aqui discutida;

A referida mudança se dá na exploração dos nomes femininos que já são estudados nas escolas, de modo a apresentar fielmente a complexidade dessas figuras e o contexto de opressão feminina em que viveram. Além disso, a mudança demanda um processo de pesquisa para encontrar novas mulheres ocultadas pela história e que irão integrar o conteúdo proposto pelos programas escolares do ensino básico;

Essa transformação curricular permite demonstrar às alunas e aos alunos que a construção das ciências, artes e fatos históricos que são estudados foram feitos não apenas por homens, mas também por mulheres. Desse modo, eles poderão compreender que as diferenças entre mulheres e homens não estabelecem nenhum tipo de hierarquia e, como consequência, a igualdade de gênero será reconhecida por eles com mais clareza e de maneira mais eficiente;

A implementação da proposta de mudança curricular apresentada deve ser feita não apenas no contexto nacional, mas também no plano internacional a partir da coalizão de iniciativas e medidas tomadas por diferentes atores da atual dinâmica global, quais sejam: os Estados, a UNESCO e a sociedade civil organizada.

Futuros trabalhos sobre o tema abordado neste artigo podem se pautar na pesquisa das agentes que contribuíram notavelmente para as áreas do saber e que foram ocultadas pela histórica dinâmica social opressora. Além disso, futuras pesquisas podem se propor a estudar ações capazes de concretizar a interação entre os diferentes atores da atual ordem multipolar em prol de uma educação primária que proporcione a formação de cidadãs e cidadãos que reconheçam e promovam a igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ABOUT WE CHARITY. Disponível em: <<https://www.>

[wecharity.org/about-we-charity/about-us/](https://www.wecharity.org/about-we-charity/about-us/)>. Acesso em: 27 out. 2017, 19h.

AGENDA 2030. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 20 out. 2017, 20h.

ALBORNOS, Suzana Guerra. *As esferas do reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth*. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, 2011, vol. 14, nº 1, pp. 127-143.

ARQUITETAS INVISÍVEIS. *TRAJETÓRIA*. Disponível em: <<https://www.arquitetasinvisiveis.com/trajetoria>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo - 1. Fatos e Mitos*. 4ª ed. São Paulo: Difusão Europeia de Livros, 1970.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017, 7h.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017, 16h30.

BRASIL. Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017, 16h.

BRASIL. Ministério da Educação. *Base Comum Nacional Curricular*. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>>. Acesso em: 13 nov. 2017, 14h.

BROWN, Emily M. *Gender Toolkit for Educators*. Disponível em: <http://portal.unesco.org/es/files/47654/12737402501Gender_Toolkit_for_Educators.pdf/Gender%2BToolkit%2Bfor%2BEducators.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017, 18h.

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade: a vontade de saber*. V. 1, 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: Uma perspectiva pós-estruturalista*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966). Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInte>



rest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 20 out. 2017, 14h.

RAGO, M. Os impactos dos feminismos e dos estudos de gênero no currículo educacional. *Revista e-Curriculum*, São Paulo, v.15, n.2, p. 550 - 562 abr./jun.2017. Entrevista concedida a Delton Aparecido FELIPE.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA Emil Albert. *Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth*. Civitas - Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 8, n. 1, jan.-abr., 2008.

SIMMONS, William. *Encountering Gender Theory: A Service-Learning Approach*. SURJ (Stanford Undergraduate Research Journal), v. 12, p. 35-38. Disponível em: <http://web.stanford.edu/group/journal/cgi-bin/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/SURJ_2012-13_5.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017, 15h.

TRAJETÓRIA - Arquitetas Invisíveis. Disponível em: <<https://www.arquitetasinvisiveis.com/trajetoria>>. Acesso em: 20 out. 2017, 22h.

UNESCO. *Relatório de Monitoramento Global da Educação (2017/8) - resumo. Responsabilização na educação: cumprir nossos compromissos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002595/259593por.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017, 19h.

VENDRAMIN Valerija. *Gender equality in education systems: curricula framework documents*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001469/146973e.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017, 9h.



DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS: OBRIGAÇÃO JURÍDICA DE TIPIFICÁ-LO E ANÁLISE COMPARADA ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A ARGENTINA À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA

ENFORCED DISAPPEARANCE OF PERSONS: THE LEGAL OBLIGATION TO CLASSIFY IT AND COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZILIAN' AND ARGENTINEANS' LEGISLATION IN LIGHT OF THE ROME STATUTE

Guilherme Martelli Moreira¹

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e intercambista junto à Faculdade de Direito da Université Grenoble-Alpes (UGA), durante o segundo semestre de 2016. Voluntário do Programa de Iniciação Científica Direito Penal Internacional, do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), sob a orientação do Prof. Me. José Carlos Portella Júnior, e bolsista do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal do Paraná (UFPR), sob a orientação do Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha. Membro-fundador do Grupo de Prática Penal Internacional da UFPR (GEPPI/UFPR). Endereço eletrônico: guilhermemartellimoreira@gmail.com

Resumo: Inicialmente, analisa-se brevemente o fenômeno do desaparecimento forçado ao longo da História. Em seguida, estuda-se as peculiaridades deste tipo penal no Estatuto de Roma e a obrigação imposta ao Brasil de prevê-lo na legislação pátria. Os capítulos subsequentes realizam uma comparação das legislações argentina e brasileira, ressaltando as singularidades de cada caso sul-americano, antes de chegar à conclusão de que o crime de desaparecimento forçado não pode ser visto como um crime comum ante a ordem jurídica pátria, devendo nele ser inserido.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Crimes contra a humanidade. Crime de desaparecimento forçado. Direito comparado. Argentina. Brasil.

Abstract: Initially, this article briefly analyses the phenomena of enforced disappearance of persons under the eyes of History. Next, it is studied the peculiarities of this crime on the Rome Statue as well as the obligation imposed to Brazil to implement this crime in the national law. The following chapters compare the Argentinean's and the Brazilian's legislation, highlighting each one's singularities, before concluding that the enforced disappearance

of persons can not be seen as a common crime in the national legislation, and should be added into it.

Keywords: International Criminal Court; Rome Statute; Crimes Against Humanity; Enforced disappearance of persons; Comparative Law. Argentina. Brazil.

1. Introdução

O desaparecimento forçado é um crime tipificado pelo Estatuto de Roma, que rege o Tribunal Penal Internacional, caracterizado pelo ataque amplo ou generalizado, como um atentado à segurança de toda humanidade, o que revela a sua especial gravidade.

Nos termos desta lei penal internacional, desaparecimento forçado de pessoas é a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Impende estudar o tema, dado que se revela como um tema sensível e importante para as sociedades brasileira e argentina, dado que as ditaduras militares dos respectivos países utilizaram-se desta tática para reprimir a dissidência política, bem como amedrontar suas populações. Cita-se o caso em que ambas atuaram juntas para a consecução destes mesmos fins, qual seja, o Plano Condor.

Todavia, a prática dos atos perpetuam-se na contemporaneidade, mesmo com o advento de Constituições típicas de Estados de Direito e com a realização de Comissões da Verdade.

O caso mais emblemático no Brasil ocorreu em 2013, quando Amarildo Dias de Souza foi detido por Policiais Militares e conduzido à Unidade de Polícia Pacificadora do Bairro da Favela da Rocinha. Neste ínterim, acabou desaparecido, sem quaisquer explicações coerentes de seu paradeiro pelos agentes de segurança pública. Apenas após a pressão popular é que o caso foi levado ao Poder Judiciário para que houvesse uma resposta, no que pese a discussão jurídica versou sobre outros tipos penais.



Desta forma, o principal problema é a falta de tipificação da conduta do desaparecimento no ordenamento jurídico brasileiro para responder às especificidades da nossa complexa sociedade, assim como uma réplica à obrigação internacional de tipificação.

Nesse mesmo sentido, o artigo objetiva analisar as legislações brasileira e argentina - bem como os projetos de lei -, à luz do Estatuto de Roma e de Princípios do Direito Internacional, a fim de averiguar e confirmar se o desaparecimento forçado foi incorporado por estes Estados Nacionais. Em um segundo momento, estuda-se como foi tipificada a prática na Argentina. Por fim, compara-se, naquilo que é possível comparar, as leis latino-americanas, para averiguar como elas podem se complementar e se aperfeiçoarem.

A análise foi realizada pelo estudo dos Códigos penais dos países em questão, bem como o Estatuto de Roma e doutrinas nacionais e internacionais.

Parte-se da hipótese de que o Brasil não possui uma legislação capaz de tutelar os bens jurídicos que a tipificação proposta pelo Estatuto de Roma propõe. Ocorre que o crime tipificado pela legislação pátria como sequestro e cárcere privado se diferencia do desaparecimento forçado pelo bem jurídico a ser tutelado, bem como técnica legislativa e o modo em que o delito ocorre.

Levante-se a tese de que a tipificação do desaparecimento forçado cumprirá com uma função político-criminal, de caráter preventivo-informativo, que incrementará a proteção aos bens jurídicos indispensáveis para uma vida harmoniosa em sociedade.

2. O fenômeno do desaparecimento forçado ao longo da história: da guerra civil americana ao caso amarildo

A prática do desaparecimento forçado de pessoas não se revela como um fenômeno inédito da História. Muito pelo contrário, dado que os primeiros relatos desta prática foram o sumiço de corpos de soldados mortos na Guerra Civil Americana. Tamanha a relevância que soldados passaram a utilizar colares com placas de metal com seus nomes inscritos, a fim de possibilitar a localização de seus corpos em caso de perecimento nas batalhas (PERRUSO, 2010, p. 17).

Se no Século XIX ocorria o desaparecimento dos corpos dos soldados, o Século XX trouxe consigo uma nova modalidade de desaparecimento, qual seja de pessoas.

O Estado Nazista, ao perseguir com sua ideologia de extermínio, intimidava, reprimia e executava civis judeus e opositores. Com tais atos, buscava-se a implantação da ideia de *Volksgemeinschaft*² (TEATER, 2012, p. 10).

Nesta toada, Hitler ansiava por criar um Estado para alemães, sob o denominador comum de superioridade da "cultura alemã". Representavam eles a "raça pura", ao passo que as outras, inferiores (TEATER, 2012, p. 9 e 12).

A fim de implantar este plano, começou-se a intimidar a população sobretudo com o desaparecimento forçado, tanto na Alemanha quanto nas regiões ocupadas. As ações foram posteriormente legalizadas pelo Decreto "Noite e Neblina", em 1941 (ALEMANHA NAZISTA, 1941), legislação que permitia que agentes estatais desaparecessem com as pessoas, com o objetivo de amedrontar as populações, na medida em que tornava incerto se suas vidas e/ou direitos seriam respeitados.

Após a Segunda Guerra Mundial, o grande referencial desta prática torna-se a América Latina. Na década de 1970, o fenômeno do desaparecimento forçado se alastrou pela América do Sul, sobretudo Chile e Brasil (PERRUSO, 2010, p. 14). A prática do desaparecimento forçado pode ser atrelada na ascensão das ditaduras de extrema direita ao poder neste período histórico.

Mas o problema não pertence aos livros de História do século XX, uma vez que mesmo após a Constituição de 1988, a prática ainda ocorre em solo nacional, não obstante os inegáveis avanços legais para promover o respeito ao cidadão e ao ordenamento jurídico criado pela Constituição Federal de 1988. Ocorre que a população brasileira ainda sofre com ataques aos seus direitos, sobretudo com a violência policial.

O caso Amarildo, que atraiu a atenção da mídia nacional e internacional, adveio da Operação Paz Armada. Envolvendo 300 policiais da 15ª Delegacia de Polícia e da Unidade de Polícia Pacificadora da Rocinha, tinha por objetivo cumprir 58 mandados de prisão expedidos pela 35ª Vara Criminal (POLÍCIA CIVIL DO RIO DE JANEIRO, 2013; BRASIL: DIVISÃO DE HOMICÍDIOS DO RIO DE JANEIRO, 2013).

O Inquérito Policial nº 015 - 01318/2013 foi instaurado quando um policial militar, numa operação de rotina, encontrou um celular abandonado. Após apreensão, supostamente o agente público foi questionado por um transeunte se desejava cooperar com o tráfico de drogas mediante favorecimento financeiro. Diante dos fatos, a Polícia Civil se utilizou da ação controlada (BRASIL: 35ª VARA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO, 2016, p. 55 - 58).

Entre os dias 13 e 14 de julho de 2013, o pedreiro Amarildo, morador da favela da Rocinha, na zona Sul do Rio de Janeiro, foi preso por policiais militares da Unidade de Polícia Pacificadora. "Boi", como era conhecido, tinha 43 anos e foi levado para uma suposta averiguação. Suspeitava-se que ele sabia onde traficantes escondiam armas e drogas.

Enquanto a Polícia Militar informava que Amarildo tinha sido interrogado e liberado por volta das 19h30, o delegado Orlando Zaccane era enfático que nenhum indício foi encontrado sobre a liberdade do pedreiro.

² Palavra alemã empregada por Hitler, que significa "comunidade nacional", ou "comunidade do povo". Buscava-se combinar as ideias de unidade, devoção para com a comunidade, ajuda mutual.



A Excelentíssima Juíza Daniella Alvarez Prado, da 35ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, entendeu que 13 dos 25 policiais militares envolvidos no caso foram os responsáveis pelos crimes de tortura seguida de morte, ocultação de cadáver e fraude processual.

Cumpra salientar que o pedreiro foi vítima de um desaparecimento forçado, também cometido pelos agentes de segurança pública. Ora, durante a ação policial, o pedreiro desapareceu, sem que quaisquer de seus direitos fossem respeitados, com a atuação de agentes estatais e com a aquiescência do Estado. Nesse sentido, houve, igualmente, uma recusa em reconhecer ou informar o seu paradeiro.

Por fim, pode-se citar o Programa Nacional de Direitos Humanos, criado com fulcro no artigo 84, IV, da CF/88, pelo Decreto nº 1904/96. Concebe-se, desde então, que os direitos humanos devem ser encarados como uma política de Estado, sempre ao centrar a dignidade da pessoa humana como princípio essencial da consolidação da democracia pátria (BRASIL: OBSERVATÓRIO DO PNDH-3, 2013).

Atualmente, o PNDH encontra-se em sua terceira versão, segundo o Decreto nº 7.037/2009 e atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010. Revela-se à sociedade

como um produto de uma construção democrática e participativa, além de aprovar propostas em áreas como segurança alimentar, educação, saúde, habitação, igualdade racial, direitos da mulher, juventude, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos, meio ambiente etc³.

Estruturado em seis eixos orientadores, concentrar-se brevemente na Diretriz 14 - "Combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução de letalidade policial e carcerária", do Eixo Orientador IV: "Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência" (BRASIL, 2009).

No decreto em análise, há objetivos estratégicos, assim como ações programáticas voltadas para o aumento do controle das atividades policiais, como a criação de ouvidorias e publicação de dados acerca de suas ações, bem como a elaboração de procedimentos operacionais padronizados com fundamento no respeito aos Direitos Humanos. Por fim, há o combate à tortura, bem como às execuções extrajudiciais realizadas por agentes estatais.

Esta construção da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e do Ministério da Justiça comprovam que existe, realmente, um problema contemporâneo no Brasil relacionado à atividade dos agentes policiais. Outrossim, isso revela que há, ainda que timidamente, uma tentativa de prevenção e repressão aos crimes correlatos ao desaparecimento forçado.

3. A tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade no estatuto de Roma

Em 1998, o Estatuto de Roma instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI), uma instituição judiciária permanente com jurisdição complementar às nacionais⁴, ao estabelecer critérios para a responsabilidade penal do indivíduo (ACCIOLY, 2012, p. 202), definindo os crimes de interesse da comunidade internacional, a saber: o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra (REZEK, 2014, p. 391).

Pode-se afirmar que, com a tipificação destes delitos, "o Direito Internacional Penal protege (...) interesses fundamentais, bens supremos, como a paz e a dignidade do ser humano" (PERRONE-MOISÉS, 2009, p. 9).

Sob os auspícios do referido tratado, o crime de desaparecimento forçado figura como uma das formas de perpetração do crime contra a humanidade, conforme tipificado no art. 7º (1)(i) e definido no art. 7º(2)(i), do Estatuto de Roma, dispondo, *in verbis*:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Nessa seara, o desaparecimento forçado de pessoas é considerado como um crime de Estado - uma prática do governo ou de seus integrantes -; ou de uma organização política que age por si mesma ou que tem apoio ou a concordância do Estado, com o objetivo de desarticular os opositores políticos (ACOSTA, 2004, p. 11).

Esse crime possui dois momentos de execução (AMBOS, 2005, p. 34): primeiramente, ocorre a privação de liberdade da vítima; em seguida, o reconhecimento da agressão à liberdade, bem como a negação de informações sobre o paradeiro do desaparecido pelos autores do delito (ACOSTA, 2004, p. 12). Essa negativa pode ocorrer ou a ilegalidade do ato é rechaçada ou não se informa aos interessados a lo-

³ BRASIL. Observatório do PNDH-3: O que é. 2013. Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴ A jurisdição do Tribunal é acionada quando um Estado não busca responsabilizar os perpetradores do delito ou quando não consegue fazê-lo satisfatoriamente.



calização do desaparecido (GOMEZ LOPES, 1998, p. 52).

Reitera-se o papel central do Estado como sujeito ativo, mas não se excluem aquelas situações em que o delito é consubstanciado por organizações políticas (DAZA apus AFLEN, 2013, p. 34). Assim, reconhece-se a prática do crime por guerrilhas em períodos políticos conturbados⁵.

A tipificação proposta pelo Estatuto foi a primeira a reconhecer a possibilidade de outras entidades senão o Estado de cometerem a infração. Assim, o particular poderá ser responsabilizado pela conduta em questão, quando o desaparecimento for perpetrado a partir de uma política organizacional ou quando este sujeito recebe auxílio do Estado ou age com a concordância desse (AMBOS, 2005, p. 34).

O sujeito passivo, por sua vez, poderá ser qualquer cidadão, que tem sua liberdade violada e a proteção jurídica negada com sua subtração.

Estudiosos afirmam que o desaparecimento forçado seria qualquer forma de privação de liberdade por motivos políticos via a negação da liberdade ou a dissimulação do real local da pessoa a ela mesma e a qualquer pessoa que a procure (AMBOS, 2013, p. 66).

Ainda, é crucial identificar os bens jurídicos lesados no delito de desaparecimento forçado, quais sejam, o direito à liberdade, o direito ao devido processo legal e o direito à segurança privada (AMBOS, 2013, p. 40; ACOSTA, 2004, p. 34). Significa dizer que o “interesse coletivo do normal funcionamento da administração justiça” (AFLEN, 2013, p. 37) estará afetado.

Neste contexto de agressão ao coletivo de maneira sistemática e reiterada, temos o efeito do amedrontamento da população, na medida em que se o pânico e a resignação ao poder de quem implementa uma política de desaparecimentos. A sociedade, assim, acaba sendo prisioneira de si mesma (CONDE, 2018).

4. O Estatuto de Roma e a obrigação jurídica internacional do Brasil de implementar a criminalização do desaparecimento forçado de pessoas

O Tratado Internacional é “ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional” (ACCIOLY, 2012, p. 299). Ou seja, o instituto jurídico revela-se como uma congruência das vontades de, no mínimo, dois sujeitos de Direito Internacional.

Enquanto que no direito internacional clássico o sujeito por excelência é o Estado, desde as Convenções de Viena sobre direito dos tratados de 1969 e de 1986 inclui-se as Organizações Internacionais neste rol (REZEK, 2014, p. 73).

Adiante, para um tratado ser válido, imperioso observar que as partes tenham capacidade para celebrá-lo, que os seus agentes estejam habilitados, que haja consentimen-

to mútuo e que o objeto do tratado seja lícito e possível.

Quanto aos princípios do Direito Internacional, alguns podem ser retirados da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sendo fundamentais para a sua interpretação.

Neste sentido, aponta-se o disposto no seu artigo 26: a pacta sunt servanda, cujo significado é “os pactos devem ser respeitados” ou mesmo “os acordos devem ser cumpridos”. Além dela, a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno pode ser identificada no artigo subsequente. Preconiza o princípio que o direito interno de uma nação não pode ser utilizado para desrespeitar os tratados. Assim, se um país vier a aceitar determinado acordo internacional, ele não poderá alegar, num segundo momento, que a sua ordem jurídica pátria restou desrespeitada.

No caso brasileiro, após ratificados segundo o rito previsto na Constituição, os tratados passam a integrar a ordem jurídica nacional. Tais instrumentos podem ser invocados para embasar tutelas judiciais em âmbito nacional e também obrigam o Poder Público a implementá-los nas suas políticas, assim como a adaptar seus atos normativos às suas disposições. Nessa mesma lógica, insere-se o Estatuto de Roma Penal, que foi ratificado pelo Brasil (Decreto 4.388, de 25 de Setembro de 2002), fato que tornou o tratado incorporado à ordem jurídica nacional.

Até mesmo antes das rodadas de negociação do Estatuto de Roma, o Brasil participava nas Comissões Preparatórias para Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional - PrepCom. A delegação brasileira não apenas participou dessas conferências, como também aprovou, como integrante do Conselho de Segurança da ONU, a instauração de Tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia, em 1993, e para Ruanda, em 1994, de forma a revelar suas intenções em perseguir os ideais do Estatuto.

De igual importância, revela-se o art. 7º dos Atos das Disposições Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988, a qual positiva a luta brasileira pela criação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

A fim de dar maior eficácia à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o parágrafo 4º, no artigo 5º da Constituição, o qual estabelece que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Pelo exposto, conclui-se que o Brasil possui a obrigação - nacional e internacional - de julgar os perpetradores do crime de desaparecimento forçado de pessoas. Todavia, o Brasil ainda está em mora legislativa, pois inexistente até o momento a tipificação do crime de desaparecimento forçado na lei penal pátria.

A fim de verificar o melhor modelo legislativo para a adaptação da lei penal brasileira às disposições do Estatuto de Roma, passa-se à análise da legislação argentina,

⁵ É exemplo do caso das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia/FARCs ou do Sendero Luminoso, no Peru.



comparando com projetos de lei no Brasil acerca do tema.

5. Estudo comparado entre os projetos de lei brasileiros e a legislação argentina sobre o desaparecimento forçado

Inexiste no ordenamento jurídico nacional a figura típica do desaparecimento forçado. Há, contudo, projetos de lei que pretendem criminalizar a conduta, tema deste capítulo.

5.1 A legislação brasileira e o desaparecimento forçado

Ainda que inexistia a figura típica do desaparecimento forçado de pessoas no ordenamento jurídico pátrio, existem projetos de lei que pretendem fazê-lo. Pontua-se que a legislação brasileira criminaliza crimes correlatos, mas que não expressam o terrorismo de Estado que é o crime internacional, como será explicado adiante.

O legislador pátrio optou por tipificar o sequestro e cárcere privado, uma figura de *crimen vis* do Direito Romano. Era considerado uma usurpação do poder soberano de encarceramento (BUSATO, 2017, p. 310). Positivado no art. 148 do Código Penal, essa figura típica foi inspirada no Código Penal Português de 1852 (BITENCOURT, 2015, p. 430).

A doutrina entende que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual (BUSATO, 2017, p. 430),

especialmente a liberdade de locomoção, isto é, a liberdade de movimento, do direito de ir, vir e ficar: a liberdade de escolher o local em que deseja permanecer. Não deixa de ser, em sentido amplo, uma espécie de constrangimento ilegal, apenas diferenciado pela especialidade.

Desta forma, busca-se a punição de condutas de quem, de qualquer forma, atenta contra a liberdade de ambulatoria de modo absoluto,

mesmo aquele que se encontra legalmente detido pode ser vítima do crime em questão, quando lhe é imposto um regime de restrição à liberdade mais rígido do que aquele determinado pela lei de execuções penais.

É um bem jurídico disponível, tendo o consentimento da vítima como o pivô para a tipificação ou não do crime (BITENCOURT, 2015, p. 431). Nesta seara, nota-se uma diferença para o desaparecimento forçado, que pertence ao enquadramento dos Crimes Contra a Humanidade quando perpetrados a partir de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil.

Segundo o referido artigo, a forma de realização do crime é variável, isto é, pouca importa o método o qual o sujeito ativo utilizou para restringir a liberdade do sujeito passivo. Além disso, não é necessário que a fuga da vítima seja completamente impossível para que o crime reste consumado, uma vez que a mera imposição de obstáculos configurará o preceito primário (BUSATO, 2017, p. 314).

A figura delitiva em questão é identificada como um

crime comum, de sorte que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Ressalva a doutrina que, caso um funcionário público o cometa, o crime de abuso de autoridade poderá ser tipificado, nos termos do artigo 4º, alínea a, da lei nº 4.898/65 (BUSATO, 2017, p. 431).

Estas características específicas apresentadas faz com seja constatado que o desaparecimento forçado não se confunde com o de cárcere privado ou sequestro, tal qual tipificado pelo Código Penal Brasileiro.

Importa dizer que o tipo penal do cárcere privado e sequestro se diferencia do desaparecimento forçado devido aos diferentes fins de agir.

Ocorre que no desaparecimento forçado, o sujeito ativo busca impedir o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes da vítima e de seus familiares. Ainda, o crime internacional classifica-se como crime próprio, pois exige uma especial qualidade do agente ativo, ao contrário do crime pátrio. Em um terceiro momento, o tipo sequestro e cárcere privado é unissubjetivo, dado que necessita apenas de um sujeito para realizá-lo, enquanto que o desaparecimento forçado, de concurso necessário. Por fim, o Código Penal tutela a liberdade pessoal, enquanto que o Estatuto de Roma tutela a integridade física, a liberdade, o direito de não ser torturado e aos maus tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como o bom funcionamento da administração da justiça (AFLEN, 2013, pgs. 13-49).

Para configurar o delito de desaparecimento forçado segundo o Estatuto de Roma, além da aquiescência estatal, o agente deve negar qualquer informação sobre o paradeiro da vítima, bem como negar o conhecimento deste desaparecimento. Por esse motivo, remove-se a vítima por um longo tempo da proteção garantida pelo Direito à pessoa detida (como o direito de ter sua prisão informada a um juiz, de ter assistência da família e de advogado, de não ter sua integridade física e psicológica violada, de não sofrer tortura, *inter alia*).

Em vista da obrigação internacional de criminalizar o desaparecimento forçado de pessoas, o Brasil busca adaptar sua lei penal com Projeto de Lei do Senado nº 245, de 2011, que, à época, pretendia inserir o artigo 149-A no Código Penal brasileiro⁶ e inseriria o crime de desaparecimento forçado de pessoas (BRASIL, 2011).

Autoria do Senador Vidal do Rêgo, a proposta foi aclamada pelos senadores, na medida em que adequa a legislação brasileira a decisões do Corte Interamericana de Direitos Humanos, à Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados e ao Estatuto de Roma.

A proposta do senador propunha a tipificação da

⁶ Ao entrar em vigor, a Lei nº 13.344/16 inseriu o art. 149-A, no referido Código, que tipificou o tráfico de pessoas.



conduta de (BRASIL, 2011)

Apreender, deter, sequestrar, arrebatado, manter em cárcere privado ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, na condição de agente do Estado, de suas instituições ou de grupo armado ou paramilitar, ocultando ou negando a privação de liberdade ou deixando de prestar informação sobre a condição, sorte ou paradeiro da pessoa a quem deva ser informado ou tenha o direito de sabê-lo.

A pena prevista por esta legislação seria de 06 (seis) a 12 (doze) anos, além de multa.

Neste mesmo preceito secundário recairia quem ordena, autoriza, consente ou de qualquer forma atue para encobrir, ocultar ou manter ocultos os atos definidos no *caput* do artigo, inclusive deixando de informar ou de entregar documentos que permitam localizar a vítima ou seus restos mortais. Da mesma forma, quem mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância seria punida nos termos do *caput* do artigo 149-A.

Proporia a lei, no §2º do referido artigo, que seja declarada manifestamente ilegal qualquer ordem, decisão ou determinação de praticar o desaparecimento forçado de uma pessoa ou ocultar os documentos essenciais à localização da vítima ou de seus restos mortais.

Haveria, ainda, a tipificação do desaparecimento forçado qualificado com aprovação desta lei. Os §§4º, 5º e 6º o identificam da seguinte maneira:

§4º Se houver emprego de tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou se do fato resultar aborto ou lesão corporal de natureza grave ou gravíssima:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos, e multa

§5º Se resulta morte

Pena - reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa

§º 6 A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade):

I - se o desaparecimento durar mais de 30 (trinta) dias;

II - se o agente for funcionário público;

III - se a vítima for criança ou adolescente, idosa, portadora de necessidades especiais ou gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Em comparação aos tipos penais existentes no Código Penal, haveria uma pena superior no seu tipo mais gravoso: de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos. Ela seria superior ao do homicídio (seis a vinte anos), da lesão corporal seguida de morte (quatro a doze anos) e do sequestro e do cárcere privado, na sua modalidade mais gravosa (dois a oito anos). Ainda, a pena seria superior ao Projeto de Lei nº 301, de 2007, na medida em que prevê 08 (oito) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Pugnava o Senador que o magistrado poderia proceder com uma redução de pena ou a requerimento das partes ou de ofício, de um a dois terços, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que a vítima seja localizada com sua integridade física preservada ou identifique os coautores ou partícipes da ação criminosa e das circunstâncias do desaparecimento. Ainda, fundamental que o acusado fosse réu primário.

Os §§8º e 9º afirmavam que o desaparecimento forçado seria considerado um crime imprescritível e que eventual perdão, extinção de punibilidade ou absolvição efetuadas no estrangeiro poderiam ser desconsideradas, caso o objetivo tenha sido subtrair do acusado à investigação ou responsabilização por seus atos, ou que foram conduzidas de forma dependente e parcial.

Por fim, o §10º apontava que o desaparecimento forçados seria um delito de natureza permanente e seriam consumados de forma contínua enquanto a pessoa não fosse libertada ou não fosse esclarecida sua sorte, condição e paradeiro, ainda que já houvesse falecido.

Visto como o desaparecimento forçado de pessoas não se encaixa no tipo sequestro e cárcere privado, do atual Código Penal brasileiro, bem como o Projeto de Lei nº 245, de 2011, passa-se ao estudo do caso argentino, para fins de análise comparada.

5.2 A legislação argentina e o desaparecimento forçado

A prática do desaparecimento forçado foi o principal método de luta contra a dissidência política e ideológica durante a Ditadura militar argentina entre os anos de 1976 e 1983 (MALARINO, 2009, p. 5).

Seguiu-se o *modus operandi* do Plano Condor, qual seja, a abdução da vítima por parte de agentes do Estado por motivos predominantemente ideológicos, além da posterior negação tanto dos fatos quanto o paradeiro ao próprio abduzido quanto à família.

Em virtude do recebimento considerável de denúncias acerca desta prática estatal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos produziu um informe do país, em 1980.

Na ocasião, reiterou-se os Informes Gerais à Assembleia Argentina de 1976 e de 1977, acerca da prática destes atos (OEA, 1980, doc. 19). Lembrou-se que era um instrumento extralegal conveniente utilizado pelo Governo no sentido de findar ou mitigar a oposição política no país. Outrossim, classificou-se a conduta como “cruel e desumana”, a qual causava grandes prejuízos à sociedade argentina.

Finalmente, concluiu-se que esta repressão adveio dos mais altos escalões das Forças Armadas argentinas, a fim de combater a subversão por meio de pequenos grupos estatais com poderes ilimitados quanto à eliminação daqueles considerados terroristas.

Com a ascensão de Raúl Alfonsín ao cargo de presi-



dente eleito da Argentina após a Ditadura em 1983, sobre a criação da Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP).

Em dezembro do mesmo ano, foi promulgado o Decreto nº 187, sustentando transcendência da questão dos Direitos Humanos sobre os poderes públicos, de forma a interessar diretamente as sociedades civil argentina e a internacional.

Assim, coube à CONADEP esclarecer os fatos decorrentes do desaparecimento forçados ocorridos no país, bem como localizar o paradeiro das vítimas e quaisquer outras circunstâncias relacionadas. Igualmente, receberia denúncias e outras provas, que deveriam ser encaminhadas à Justiça, para os devidos fins legais, bem como a apuração das responsabilidades criminais dos envolvidos (CONADEP, 2016).

À época da conclusão dos trabalhos da Comissão, em 1984, sob o nome de “Nunca Más”, estimou-se que 8.960, vítimas do desaparecimento forçado ainda estavam desaparecidas. Ademais, havia cerca de 340 detenções secretas criadas pelos agentes estatais (NUNCA MÁS, 1984, 2017).

Contextualizada, brevemente, a situação neste país, passa-se à análise das leis criadas para buscar prevenir e reprimir o desaparecimento forçado.

5.2.1 Mudanças legislativas argentinas: criação do tipo penal desaparecimento forçado

Até 2007, inexistia uma norma penal no ordenamento jurídico argentino que reprimia o desaparecimento forçado de pessoas (MALARINO, 2009, p. 6). Em 5 de janeiro daquele ano, a República Argentina, ao promulgar o Estatuto de Roma, pela Lei de Implementação nº 26200, criou o tipo penal do desaparecimento forçado em seu ordenamento jurídico (ARGENTINA, 2007) e suprimiu tal vácuo legislativo.

Insta apontar que o artigo 2º da Lei de Implementação apregoa que os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade - e neste ponto está inserido o desaparecimento forçado -, crimes de guerra e as ofensas contra a administração da justiça serão puníveis de acordo com a jurisdição nacional⁷.

Aplicar-se a pena de 2 a 25 anos quando houver crimes contra a humanidade nos termos do Estatuto de Roma⁸, enquanto haverá uma agraviação no preceito secundário pelo resultado morte da vítima, qual seja, a imposição da pena de prisão perpétua⁹.

Como disposições gerais, a Lei argentina impõe

⁷ Em espanhol, dispõe a Lei 26200: “(...)Las conductas descriptas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé.(...)”.

⁸ O Estatuto de Roma preconiza que: “1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: (...) i) Desaparecimento forçado de pessoas; (...)”.

que a ação penal e a aplicação das penas serão imprescindíveis nos casos de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Cumpra salientar que a Argentina incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas em Setembro de 1995 e a Convenção Internacional para a Proteção das Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados em 2007.

Ademais, a lei argentina obriga as autoridades judiciais e administrativas a cooperar com os pedidos formulados pelo Tribunal Penal Internacional. Tal é esta obrigação que caso princípios do ordenamento jurídico argentino proibam este intercâmbio jurídico, o Poder Executivo deverá consultar o Tribunal, a fim de estabelecer outras maneiras em que a cooperação poderá ser efetivada.

6. Conclusão

O crime de desaparecimento forçado não pode ser visto como um crime comum ante a ordem jurídica pátria. Ora, o próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional considera essa figura delitiva, quando parte de um ataque amplo ou generalizado, como um atentado à segurança de toda humanidade, o que revela a sua especial gravidade.

Salienta-se, ainda, a importância embutida na tipificação preconizada pelo Estatuto de Roma, haja vista o passado e o presente da sociedade brasileira. Basta analisar a perseguição sucedida aos opositores do Governo Militar de 1964 e caso Amarildo, em 2013, quando Amarildo Dias de Souza foi detido por Policiais Militares e conduzido à Unidade de Polícia Pacificadora do Bairro da Favela da Rocinha. Neste ínterim, acabou desaparecido, sem quaisquer explicações coerentes de seu paradeiro pelos agentes de segurança pública.

O legislador argentino, ciente da história ditatorial e das produções da Comissão da Verdade, adotou o tipo penal internacional preconizado pelo Estatuto de Roma, com vistas a impedir a impunidade, além de cumprir com a obrigação jurídica internacional de tipificar esta conduta. Afinal, a Argentina igualmente pertence ao rol de países signatários de diversas convenções e tratados que visam tutelar os Direitos Humanos.

Com fulcro no Direito Comparado, a adoção deste tipo penal no Código Penal Brasileiro suprirá o vácuo normativo, respeitando os tratados a qual é signatário. Ademais, a adoção do tipo penal do desaparecimento forçado alinhará os interesses constitucionais com os penais. Ora, abduzir um indivíduo e lhe incutir o medo e a insegurança são atos que ferem seus bens jurídicos de maneira grave, o que exige intervenção penal mais severa do que aquela reservada às condutas de sequestro e cárcere privado.

Observa-se, ainda, que a tipificação do desapareci-

⁹ Em espanhol, dispõe a Lei 26200: “ARTICULO 9º – En los casos previstos en el artículo 7º del Estatuto de Roma la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua.”



mento forçado cumprirá com uma função político-criminal, de caráter preventivo-informativo, que incrementará a proteção aos bens jurídicos indispensáveis para uma vida harmoniosa em sociedade.

A conduta de abduzir um indivíduo e mantê-lo em constante estado de insegurança, sem revelar o seu paradeiro, configura uma ação de especial lesividade e, portanto, merecedora da intervenção penal. Contudo, para além da intervenção penal, faz-se necessária a implementação de políticas públicas que possam garantir a salvaguarda dos bens jurídicos violados pelo crime de desaparecimento¹⁰. Nessa toada, a legislação argentina pode servir como parâmetro ao legislador brasileiro, para que institua também mecanismos de identificação dos desaparecidos e de apoio às famílias.

Quanto à impunidade, busca-se reduzi-las via implementação de leis que permitam a responsabilidade penal de quem pratica condutas extremamente graves como o desaparecimento forçado de pessoas, afastando a omissão do Estado em proteger bens jurídico (isto é, desconstitui uma situação de proteção deficiente de direitos fundamentais) (STRECK, 2013). Por outro lado, a mera criação de um tipo penal, per se, não acabará com essa prática odiosa, uma vez que será através da implementação de políticas públicas, tais quais memoriais públicos e intensos estudos daquela época que se criam condições sociais para que o crime não se repita.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando. *Direito Internacional: manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ACOSTA, Maria A. B.; PEÑA, Catalina M. L. *Análisis del delito de desaparición forzada*. Bogotá, DC: Universidad Javeriana, 2004. 212 f. Tesis de Grado - Facultad de Ciencias Jurídicas - Área Derecho Penal, Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2004. p.11.

ALFLEN, Pablo Rodrigo, in AMBOS, Kai; BÖHM, María L.; ALFLEN, Pablo R. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁰ A esse respeito, devem ser seguidos os 14 pontos para prevenir o crime de desaparecimento forçado formulados pela Anistia Internacional. Entre eles estão: a desaprovação oficial dessa conduta pelos órgãos de Estado, medidas para garantir a responsabilidade das cadeias de mando, mecanismos para garantir a localização e proteção dos presos, garantia de acesso aos detidos, eliminação de prisões secretas, critérios legais claros para a prisão e medidas de compensação e reabilitação para as vítimas. ANISTIA INTERNACIONAL. **No a la impunidad de las desapariciones forzadas**: lista de requisitos para la implementación efectiva de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. Madri: Editorial Anistia Internacional, 2011

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas e o Direito Penal Brasileiro*. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

ARGENTINA. Lei nº 26200, de 05 de janeiro de 2007. *Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley Nº 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Disposiciones Generales Penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional. Ley de Implementación del Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional*. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/120000-124999/123921/norma.htm>>.

BITENCOURT, Cezar R., *Tratado de Direito Penal - Parte Especial - Dos Crimes Contra a Pessoa - Vol. 2*. 15ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. 35ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. *Sentença nº 271912 - 17.2013.8.19.0001*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, . Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-amarildo.pdf>>.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. *Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Decreto Presidencial*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm>.

BRASIL. *Divisão de Homicídios do Rio de Janeiro. Inquérito Policial nº 015-02713/2013. Termos de Declaração*. Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2014/02/5e6DepoimentoRuchester.pdf>>.

BRASIL. *Observatório do PNDH-3: O que é*. 2013. Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>>.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Especial - Artigos 121 a 234-C do Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS. *Nunca Más: Report of Conadep (National Commission on the Disappearance of Persons)* - 1984. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1984.



Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nunca-mas/web/english/library/nevagain/nevagain_283.htm>.

CONDE, Julio Cesar M. *El delito de la desaparición forzada de personas como mecanismo de protección de los derechos humanos*. Disponível em: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-3.pdf>>.

DAZA, Carrasco apud AFLEN, Pablo R., in AMBOS, Kai; BÖHM, María L.; ALFLEN, Pablo R.. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMEZ LOPES, Jesús Orlando. *Crímenes de lesa humanidad*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 1998.

MALARINO, Ezequiel. Informes Nacionales: Argentina. In: AMBOS, Kai et al (Org.). *Desaparición Forzada de Personas: Análisis Comparado e Internacional*. Bogotá, D.C: GTZ/Temis S.a, 2009.

MERCOSUR. INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS. CONADEP (*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*). Disponível em: <<http://atom.ippdh.mercosur.int/index.php/conadep-comision-nacional-sobre-la-desaparicion-de-personas>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19 1980: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina - 1980*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/Cap.3.htm>>.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de Estado e crimes internacionais*. Tese de Livre Docência apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2009, 108p.

PERRUSO, Camila Akemi. *O desaparecimento forçado de pessoas no sistema interamericano de direitos humanos: direitos humanos e memória*. 2010. 222 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 17. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-04012011-133617/pt-br.php>>.

Polícia Civil do Rio de Janeiro. *“Operação Paz Armada” desarticula tráfico na Rocinha*. 2013. Disponível em: <<http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=17246>>.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SENADO. *Projeto de Lei do Senado nº 245, de 2011*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/ativi->

[dade/materias/-/materia/100177](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100177)>.

STRECK, Lenio L. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>.

TEATER, Emily. Volksgemeinschaft: *The Rise of Nazi Ideology*. 2012. Disponível em: <<http://scholarworks.bgsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=honorsprojects>>.

THE AVALON PROJECT. *Nazi Conspiracy and Aggression Volume 7 Document No. L-90 - Night and Fog Decree*. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/l-90.asp>>.



PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: AUSÊNCIA DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONCESSÃO DE PENITENCIÁRIA PRIVATIZADA E CAPITAL LUCRATIVO EXACERBADO

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS : ABSENCE OF MORALITY ADMINISTRATION IN THE CONCESSION OF PRIVATIZED PENITENTIARY AND EXCERPTABLE PROFIT CAPITAL

Julia Barella Moreira¹

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Passos. E-mail: juliabarella@outlook.com.

* O trabalho foi escrito com a orientação da Prof. Helimara Moreira Lamounier Heringer. Professora de Projeto Integrador do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Passos.

Resumo

O presente artigo científico tem por escopo dissertar acerca da problemática da imoralidade administrativa decorrente da instauração de presídios privados no Brasil. É notório depreender, ao decorrer da leitura, que o histórico da evolução do sistema penitenciário foi e ainda é conturbado, haja vista o déficit do governo na reeducação e ressocialização do condenado, conjugado ao descaso social e estatal ao preso e a ineficiência do sistema público como um todo, incluindo também o acesso à saúde fornecido aos detentos. As penitenciárias de parceria público-privadas surgiram recentemente como um provável método de infalibilidade, não obstante, três anos após a inauguração da primeira do Brasil, já encontram-se inúmeras falhas e evidências de favorecimento político.

Palavras-chave: Imoralidade Administrativa. Mistanásia. Penitenciária Privatizada.

Abstract

The purpose of this scientific article is to discuss the problem of administrative immorality due to the establishment of private prisons in Brazil. It is notorious to understand, as a result of the reading, that it is a history of the development of the penitentiary system and is still troubled, given the government's deficit in the reeducation and resocialization of the condemned, combined with social and state neglect of the prisoner and the inefficiency of the public system as a whole, including access to health care provided to detainees. Public-private partnership penitentiaries have recently emerged as a likely method, three years after the first country's inauguration, there are already

numerous flaws and evidence of political favoritism.

Keywords: Administrative Immorality. Mistanásia. Privatized Penitentiary.

1. Introdução

O estudo do tema primado inicia-se com a explanação do contexto histórico de evolução da pena, entendida nos primórdios como vingança ao condenado.

Por conseguinte, são abordadas as inúmeras turbulências decorrentes da reclusão em penitenciárias públicas, com ênfase na mistanásia que o preso se faz sujeito e vítima.

A análise da questão supracitada, somada à necessidade de um novo sistema prisional que cumpra sua diligência de fato, fizeram com que o Projeto de Lei 513 ganhasse visibilidade perante o Senado Federal.

O cerne do problema encontra-se no fato de que, por trás da intenção benéfica de ressocializar o preso e fornecer melhores condições de cárcere, há exacerbada corrupção advinda da ausência de princípios morais no que diz respeito ao âmbito administrativo da gestão do presídio.

O método empregado na promoção do artigo foi a pesquisa teórico-bibliográfica, normativa, legislativa, temática, interpretativa e comparativa, de modo a viabilizar a reflexão científica do tema ora posto em debate.

2. O advento da pena e sua evolução: escolas históricas do direito penal

Em uma análise histórica contundente, é notório depreender que os grupos inseridos no mesmo meio social impunham regras a seus membros a fim de que houvesse uma boa convivência entre todos, de modo a vislumbrarem seus objetivos intrínsecos à sobrevivência. O descumprimento desses preceitos implicava na punibilidade do agente.

A designação *pena* é precipuamente latina, e confere o significado de um sofrimento promovido pela humanidade que incorre ao autor do delito (PESSINA, 1913, p. 589-590).

Os historiadores, juristas e doutrinadores destacam três fases distintas que remetem ao entendimento do contexto hodierno da punição: vingança privada, vingança divina e vingança pública. Urge ressaltar que, embora constituam uma sequência, as modalidades não são desvinculadas entre si, havendo períodos em que fizeram-se



presentes concomitantemente na sociedade (NORONHA, 2004, p. 20).

A primeira categoria da pena visava tão somente a retribuição a alguém pelo mal praticado a outrem, e a sanção poderia ser exercida pela vítima, por seus parentes e também pelo seu próprio grupo social. A vingança privada foi norteadada pela Lei de Talião, que consistia na proporcionalidade da punição em detrimento ao mal causado.

Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução, o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente (FALCÓN Y TELLA, 2005, p. 97).

A denominada vingança divina existiu em um momento de acentuado misticismo e crenças sobrenaturais instaurados na sociedade, de modo que o direito era aplicado pelos sacerdotes e a pena tinha por escopo purificar a alma do criminoso através de incessante crueldade, justificando-a pela equiparação à grandeza do deus ofendido (NORONHA, 2004, p. 21).

Paulatinamente, a vingança divina cede visibilidade à existência da vingança pública, já prescindida de uma sociedade constituída de poder central e politicamente organizada. Sugere finalidade intimidatória através da interrupção dos requintes de barbárie, de modo a promover a proteção e segurança do Estado (MESTIERE, 1999, p. 26).

Consoante o entendimento de Beccaria, apenas a necessidade de proteção constrange o ser humano a ceder parcela de sua liberdade para a instauração da soberania da nação:

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (2012, p. 11).

Michel Foucault disserta acerca da primazia das penitenciárias, no instante em que o homem depara-se com a desnecessidade de aplicar suplícios degradantes à integridade física, abstendo-se, portanto, de promover um espetáculo orientado pelo sofrimento da penalização: “o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sanções insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos” (1999, p. 14).

Foucault também preleciona quanto a predileção pela sanção restritiva de liberdade nas masmorras, a fim da humanização das penas:

Esta necessidade de um castigo sem suplício é formu-

lada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”. Chegará o dia, no século XIX, em que esse “homem”, descoberto no criminoso, se tornará alvo da intervenção penal, objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas – “penitenciárias”, “criminológicas”. Mas, nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir (1999, p. 63-64).

3. Penitenciárias públicas brasileiras: finalidade e ineficiência

É cediço que as penitenciárias públicas brasileiras, geridas pela administração estatal, apresentam intenso déficit ao que diz respeito à finalidade precípua: reinserção ao meio social, garantia de não reincidência de delitos e promoção de qualificação técnica ao encarcerado.

O Código Penal Brasileiro delimita, em seu artigo 59, caput, a finalidade da aplicação da pena no nosso Ordenamento Jurídico, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Aduz-se, portanto, que a teoria adotada no Código Penal é a unificadora ou mista da pena, inferindo sê-la capaz de retribuir o mal praticado – consoante definido na teoria absoluta – e prevenir a eventual ocorrência de novos delitos – defendido pela teoria relativa. Bitencourt preleciona:

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa ‘unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem’. Este é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional desta (2014, p. 155).

O escopo admitido para a penalização no Brasil remete às penitenciárias, que salvaguardam o cumprimento da sanção imposta. Urge considerar, ainda, que o cárcere sustenta-se como *última ratio*: é admitido em medida excepcional, viável exclusivamente quando configurar único meio de zelar pela ordem social.



O Brasil é o quarto país com a maior população carcerária do mundo, e o terceiro maior em número absoluto de presos, ao abranger também as prisões domiciliares (CNJ, 2014, p. 1-17), fato que influi diretamente na condição precária das penitenciárias brasileiras, haja vista a sugestiva crise de superlotação no sistema prisional, aliada à má administração dos recursos e ausência de fornecimento de atividades laborais e escolares para os detentos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ajuizada em 2015 pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), ambicionou conceder visibilidade ao massacre de direitos fundamentais que ocorre incessantemente no contexto hodierno das penitenciárias do país, além de fazer com que o Judiciário determine medidas que induzam os entes federativos a adotarem providências a fim de vislumbrar da extinção das condições de cárcere extremamente precárias.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF, declama:

A maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (STF, 2015, p. 1-210).

O estereótipo majoritário do preso é claro: pessoas à mercê da sociedade de consumo, “fora do jogo”, consoante ideologia de Zygmunt Bauman:

Os jogadores incapazes e indolentes devem ser mantidos fora do jogo. Eles são o refúgio do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. Além disso, há uma outra razão por que o jogo não se beneficiará em deter a produção de refúgio: é necessário mostrar aos que permanecem no jogo as horripilantes cenas (como se lhes diz) da outra única alternativa – a fim de que estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como jogo (1998, p. 313).

O processo do encarceramento fortaleceu-se concomitantemente ao advento da sociedade capitalista de forma significativa, em meados do século XIX, e incumbiu-se da realização de duas operações: garantir a mão de obra e impedir a cessação do trabalho (BATISTA, 1990, p. 35).

Embora seja cediço o infrutífero desempenho da obrigação precipuamente estatal, haja vista a análise de reincidência criminal no Brasil deter-se na média de 40% (CNJ, 2015, p. 11-13), a indústria do encarceramento se mantém exercendo atividade ininterrupta ainda no século XXI.

A fim de explicar possível solução ao empasse, o

Código Penal Brasileiro elenca três espécies de cumprimento de pena em seu artigo 32:

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

A autoridade judiciária é responsável por determinar a pena a ser executada pelo delinquente, fundamentada no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, a fim de viabilizar a extinção da superlotação nas penitenciárias, incumbida por desencadear inúmeros outros problemas.

4. Mistanásia: descaso estatal e social inerente à condição de detento

O conceito de mistanásia foi empregado pela primeira vez pelo bioeticista brasileiro Márcio Fabri dos Anjos, no ano de 1989, e se correlaciona com a abstenção ou exiguidade da perspectiva de bioética social, integrativa, crítica e cotidiana. Sucintamente, traduz-se à morte miserável, evitável, fora e antes da hora, consoante preleciona Maria Helena Diniz (2006, p. 398), oriunda do intenso descaso estatal.

A bioética é, em suma, compreendida como a resposta ética aos novos casos originados da ciência no campo da saúde (LEPAGNEUR, 1996, p. 138), e anseia salvaguardar os princípios e os valores morais intrínsecos aos homens, tutelados pelo âmbito jurídico, tais como beneficência, respeito à pessoa, defesa pela vida física, igualdade, inviolabilidade à vida e proteção à saúde.

A bioética pode adquirir classificação conforme a temática a ela atribuída, e a adotada à análise mistanásica deriva-se da “bioética das situações persistentes”: ocupa-se de proposições cotidianas, inerentes à existência humana, tratando temas associados à exclusão social e discriminação (GARRAFA, 2009, p. 7-14).

A exorbitante desigualdade social presente de forma acentuada e significativa no Brasil contribui ativamente com a manutenção da existência de uma população extremamente vulnerável e em situação de risco. Nesta delimitação é que encontram-se também os encarcerados, sob pena privativa de liberdade.

É mister corroborar que a mistanásia passiva, por vezes associada à cacotanásia – morte com dor e angústia –, é ocorrência inerente a países em desenvolvimento, nos casos em que uma grande massa de presidiários expostos às doenças provindas da precariedade de saneamento básico e ausência de mínima higiene não consegue ingressar no sistema de atendimento médico de qualidade, que se faz insuficiente, negligente ou imprudente.

Também ocorre eutanásia social quando pacientes, incluindo os detentos sujeitos às inúmeras doenças infecto contagiosas no ambiente insalubre em que cumprem pena, são vítimas da má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos, e o médico apropria-se dos



enfermos intencionalmente de modo a violar os direitos humanos (DINIZ, 2006, p. 138).

Urge considerar que a correlação com as penitenciárias, neste caso, se dá com o preconceito enraizado na sociedade contra a classe marginalizada, considerando que hodiernamente a sociedade mais conservadora não reputa punição apenas a restrição de liberdade, e defende que a repreensão deve estar intimamente ligada à perda de outros direitos, consoante apontado no documentário “A 13ª Emenda” e defendido pelo jurista mineiro Rogério Greco:

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes que, mesmo veladamente, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos (2014, p. 226).

Aduz-se, entretanto, que o sofrimento em virtude do vilipêndio estatal mata os detentos socialmente muito antes de fazerem-lhes encontrar a versão física do óbito, haja vista que estamos inseridos em um meio social que preconiza o descarte às pessoas vulneráveis – bem como discorre o sociólogo polonês Zygmunt Bauman acerca da sociedade líquida (2001), além de obrigar o agente de algum crime a sofrer as consequências mesmo depois de já cessar seu débito com a justiça, através do preconceito, discriminação, dificuldade imposta para conseguir emprego, aluguel para moradia, contratação de seguro de vida, entre outros.

Portanto, depreende-se que, nas penas privativas de liberdade, em que reside o cerne da problemática em questão, encontra-se um instituto que intitula-se passível de solução à superlotação, ausência de assistência médica, social, jurídica e ineficácia na prevenção geral e especial, qual seja, punibilidade e reinserção e ressocialização dos internos das penitenciárias estatais: a privatização carcerária advinda da parceria público-privada (MIRABETE, 2001, p. 266).

5. Penitenciárias privatizadas: uma parceria público-privada (PPP)

A privatização das penitenciárias constitui um mecanismo de parceria público-privada e subsidiário à execução da pena do condenado. A justificativa de sua existência é pautada sob dois aspectos essenciais: ausência de disponibilidade de recursos financeiros e suposta eficiência de gestão do setor privado (NÓBREGA, 2011, p. 60), a fim de que se concretize o atendimento às novas demandas da sociedade.

A Lei 11.079, de 2004, “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”, conforme explicita a rubrica do texto legislativo. Seu artigo 4º especifica as diretrizes funcionais:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

No Brasil, a proposta é baseada na gestão mista: administração pública conjugada à iniciativa privada. De modo a considerar que a execução da pena é, de acordo com o artigo 10 da Lei 7.210 de 1984 – Lei de Execução Penal –, responsabilidade indelegável do governo, Barros Vidal assevera:

Quando a atividade empresarial se assenhora de toda ou parcela da execução da pena, evidentemente objetiva o lucro. O preso deixa pois de ser sujeito – agente social (em recuperação) e torna-se objeto da empresa. Já aqui evidencia-se a distância que há entre a participação da comunidade e a gestão empresarial dos presídios. São conceitos tão distintos que o elemento sujeito da primeira torna-se objeto na segunda. Nada há pois de comum entre as duas espécies de intervenção analisadas, de modo que uma não justifica a outra. Eis mais uma falácia privatista. Na medida em que o preso, no sistema privatista, deixa de ser sujeito em processo de ressocialização e torna-se objeto da empresa, resta privado de qualquer dignidade (p. 60-61).

A Constituição da República Federativa do Brasil também estabelece que, indubitavelmente, a segurança e aplicação da justiça são funções incumbidas somente ao Estado. O jurista Pedro Armando Egydio de Carvalho, pautado à luz dos artigos 2º e 144 da Lei Maior, assegura: “a execução de uma pena restritiva de liberdade é assunto judicial que interessa à segurança da comunidade. Portanto, os estabelecimentos penais, onde se dá tal execução não podem ser privatizados” (1994, p. 116).

O juiz Marcus Vinícius Parente Rebouças, da 3ª Vara Federal, discorre de modo a discordar da concessão de unidades prisionais à iniciativa privada, ao suspender contratos terceirizados de presídios no Ceará:

Imiscui-se, ontologicamente, no rol das funções típicas do Estado, de forma que o seu exercício deve ser incumbido a órgãos ou entidades públicos, sendo indelegável ou intransferível a particulares, à semelhança das atribuições legislativas, jurisdicionais, diplomáticas, policiais, etc (JFCE, 2007).

Entretanto, embora os dispositivos supracitados con-



figurem óbice à transmissibilidade da função estatal, em janeiro de 2013 houve a inauguração da primeira penitenciária privada após a licitação, localizada em Ribeirão das Neves – região metropolitana de Belo Horizonte – contando com a parceria público-privada. (SACCHETTA, 2014).

O doutrinador Luiz Flávio D’Urso defende o sistema francês de privatização, em que o Estado e a iniciativa privada gerirão a penitenciária. Entretanto, este modelo pontuado por ele trataria de uma terceirização de atividade meio da prisão, e não privatização:

É o Estado que, detendo a função jurisdicional – indelegável – continua a determinar quando um homem vai preso, quanto tempo permanece segregado e quando será libertado. Trata-se de uma verdadeira terceirização, a qual seria interessante para nosso País. [...] Acredito que as unidades prisionais privadas poderão preservar a dignidade do preso, de modo especial se estivermos tratando do preso provisório, aquele que ainda não foi julgado e que poderá ainda ser absolvido (1999, p.1).

As características basilares do modelo federal de privatização das penitenciárias são: o sistema carcerário abarcaria servidores estatais; a iniciativa privada edificaria a prisão dentro dos critérios elencados pela Administração e gerenciaria o centro penal; exploraria o trabalho remunerado dos presos, os quais contribuiriam com a manutenção do estabelecimento prisional; os lucros obtidos com investimentos seriam coletados pela empresa privada; os contratos seriam limitados ao período de 10 anos; os terrenos seriam cedidos pelo Governo Federal e as construções e benfeitorias poderiam ser incorporadas ao patrimônio da empresa privada (PAULA, 2010, p. 1147).

Não obstante, apesar da similitude da proposta com o modelo federal, o Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2011, ainda em tramitação no Senado, disserta que os funcionários do sistema carcerário pertenceriam à empresa privada, a fim de reduzir investimentos públicos no setor.

O supracitado Projeto de Lei 513/2011 resgata um debate inaugurado pelo Parlamento em 1999, o Projeto de Lei 2.146, apresentado pelo deputado federal Luís Barbosa de modo a sugerir a autorização do Poder Executivo estadual a privatizar o complexo carcerário. Os motivos que viabilizaram a rejeição da proposta basearam-se na declaração de inconstitucionalidade emanada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP-CP) acerca do Projeto (GALVEZ, 2016, p. 14).

6. A questão da imoralidade administrativa nos cárceres privatizados

É mister elencar os inúmeros malefícios que advirão da instauração de penitenciárias de cunho privado, tais como imoralidade administrativa na fiscalização do cumprimento da pena e do dinheiro; danos corporais; possibi-

lidade concreta de trabalho forçado análogo à escravidão; retribuição de favores políticos; além da questão constitucional supracitada anteriormente (PAULA, 2010, p. 1149).

Outros argumentos contrários à privatização das penitenciárias respaldam-se no fato de que esta é temerária, isto é, há chances das concessões serem designadas a empresas com vinculação ao crime organizado, haja vista que não há interesse em mitigar a quantidade de encarcerados, a qual é diretamente proporcional ao lucro gozado pela iniciativa privada. Além disso, critica-se o possível despreparo de profissional contratado para atender as mais diversas necessidades do sistema, considerando que o baixo salário – e, conseqüentemente, reduzida qualificação – dos funcionários também é fonte de lucro aos empresários.

A imoralidade oriunda da instauração desses complexos penitenciários reside, sobretudo, no fato de que a iniciativa privada almeja lucro, provindo, dentre outros meios, da verba financiada pelo Estado para custear cada preso, demasiadamente hiperbólica em cotejamento ao gasto máximo com o preso nas penitenciárias de ordem pública². Especialistas garantem que o lucro do consórcio de empresas ganhadoras da licitação incorre também, incontestavelmente, do corte de gastos nas unidades penitenciárias, gerando piores condições de subsistência aos encarcerados (SACCHETTA, 2014).

O defensor público do estado de São Paulo, Bruno Shimizu, alega serem questionáveis as proposições favoráveis à privatização do sistema penitenciário, na medida em que aponta inúmeras divergências oriundas do que realmente foi contratado em contraposição ao que apresenta-se na prática, somente um ano após a inauguração da primeira penitenciária de parceria público-privada, em Ribeirão das Neves: “Presos dormindo no chão, racionamento severo de água, educação prisional não implementada. Ou seja, nada de diferente das unidades públicas” (GALVEZ, 2016, p. 11).

Outro caso bastante comum nas penitenciárias de gestão teoricamente mista é a advocacia terceirizada da própria empresa ser oferecida aos detentos, ao invés de defensores públicos (DRUMMOND, 2017). Isso sugere que, quando houver lide entre detento e estabelecimento prisional que está inserido, o atendimento jurídico é prestado pelo causídico contratado pelo consórcio, violando, assim, os artigos 15 e 16 da Lei 7.210 de 1984.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais aponta: “cadeia é um negócio, e dos lucrativos, o que talvez explique o interesse em se continuar a encarcerar por acontecimentos muitas vezes irrelevantes”. Esta declara-

² Em 2014, um preso custava, para o Estado, entre R\$ 1.300,00 e R\$ 1.700,00 mensais. Na penitenciária de Ribeirão das Neves, o consórcio recebe do Estado a quantia de R\$ 2.700,00 por mês relativa a cada preso, além de ter garantida a concessão do presídio pelos próximos 27 anos a contar de sua inauguração.



ção preconiza o fato de que as autoridades pouco farão para manterem a justiça em primeiro plano na execução da pena do condenado – corroborando abstenção de moralidade na administração do instituto –, e a veracidade da explanação se comprova ao analisar que cerca de 50% dos encarcerados têm direitos a benefícios legais, e não o exercem em virtude de insuficiente, precário e por vezes ausente atendimento jurídico (DRUMMOND, 2017).

7. Conclusão

A pena privativa de liberdade configura indubitavelmente uma das sanções mais justas da pós modernidade, haja vista que o meio de suplício deixou de ser o próprio corpo e tornou-se o desgaste emocional advindo da limitação do direito de ir e vir.

A situação que se encontram os presídios públicos brasileiros sugere significativa violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, destarte, aduz-se que há vilipêndio por parte do Estado à população brasileira encarcerada, acarretando em consequências ponderosas que repercutem no âmbito do desenvolvimento humanitário, reincidência, violência e instauração de facções criminosas.

A imoralidade administrativa provinda da parceria público-privada é um grave fenômeno de gestão que enfrenta-se hodiernamente no Brasil, de modo a representar um sólido contraponto aos Princípios Constitucionais e um afronto direto à norma positivada na Lei de Execução Penal, afinal, a empresa visa o lucro e isso concede margem à possibilidade de consagração de trabalho análogo à escravidão nos presídios, uma vez que a iniciativa privada é autorizada a explorar o fruto do trabalho do condenado.

REFERÊNCIAS

BARROS VIDAL, L. F. C. de. *Privatização de presídios*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 2, s.d., p. 60-61.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13/09/2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17/09/2017.

BRASIL. *Lei n. 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 17/09/2017.

BRASIL. *Lei 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 18/09/2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado PLC nº 513/2011*. Estabelece normas gerais para a contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 11/05/2018.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *É conveniente privatizar os presídios?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 7, p. 133-116, jul.-set. 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 11/05/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa*. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 11/05/2018.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2.



ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DRUMMOND, Carlos. *Nos presídios, a tragédia terceirizada*. Revista Online Carta Capital. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/936/tragedia-terceirizada>>. Acesso em: 19/09/17.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A privatização dos presídios*. In Folha do Paraná, Caderno Direito e Justiça, 21 de fev. de 1999, p. 01.

FALCÓN Y TELLA, Maria José. FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid: Marcial Pons, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALVEZ, Virginia Malheiros. *Privatização de presídios: as implicações de mudar um sistema*. Revista Online Em Discussão: os principais debates do Senado Federal, Brasília, ano 7, n. 29, p. 8-23, set. 2016.

GARRAFA, Volnei. *Reflexões bioéticas sobre ciência, saúde e cidadania*. Editora Bioética, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional - Colapso Atual e Soluções Alternativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JUSTIÇA FEDERAL DO CEARÁ. *Justiça Federal suspende contratos terceirizados em presídios do Ceará*. Portal da Justiça Federal da 5 Região. 2007. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/todas-noticias/535-justica-federal-suspende-contratos-terceirizados-em-presidios-do-ceara>>. Acesso em: 11/05/2018.

LEPARNEUR, Hubert. *Força e fraqueza dos princípios da bioética*. Bioética - v. 4 n° 2, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1996.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NÓBREGA, Marcos. *Direito de infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: parte*

geral. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Carmo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.

PAULA, Roberto de. *Privatização dos presídios e trabalho do preso: mão-de-obra encarcerada*. In: Encontro Nacional do CONPEDI, edição XIX, 2010. Anais. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

PESSINA, Enrique. *Elementos de derecho penal*. 2. ed. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1913.

PINTO, Sâmia de Rezende. *Aspectos da privatização de presídios: Origem, previsão legal, modelos, experiência brasileira e internacional*. Revista Atena, Itapetininga, n. 01, p. 101-119, set. 2006.

RICHE, Marcelle Raschik. *Uma análise jurídica sobre o sistema penitenciário brasileiro: medidas para reduzir os danos*. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

SACCHETTA, Paula. *Quanto mais presos, maior o lucro*. Revista Online Carta Capital. 2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/quanto-mais-presos-maior-o-lucro-3403.html>>. Acesso em: 19/09/17.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347*. Distrito Federal. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 11/05/2018.



PARCERIA PARA GOVERNO ABERTO: NOVAS PERSPECTIVAS DE TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PARTNERSHIP FOR OPEN GOVERNMENT: NEW PERSPECTIVES OF TRANSPARENCY AND POPULAR PARTICIPATION IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

Kelen Koupak¹

¹ Acadêmica do quinto ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). E-mail: Kelenkoupak@gmail.com.

Resumo

O acesso à informação pública é essencial para a existência de um Estado Democrático, na medida em que aproxima o governo da sociedade, possibilitando a essa participar de forma mais efetiva das políticas públicas. Contudo, seu acesso sempre sofreu restrição, o que vem mudando com as práticas de Governo Aberto, que tem por base os princípios da transparência, da participação e da colaboração. Nesse contexto surgiu a Parceria para Governo Aberto ou OGP (do inglês Open Government Partnership), uma iniciativa internacional da qual o Brasil faz parte e que objetiva difundir práticas governamentais referentes à transparência, ao acesso à informação pública e à participação social. Assim, o presente artigo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e documental, objetiva apresentar essa importante iniciativa. Conclui que ela se constitui em um mecanismo promissor para a promoção um governo mais transparente e penpenso à participação popular.

Palavras-chave: Acesso à informação. Parceria para Governo Aberto. Transparência pública. Participação popular.

Abstract

Access to public information is essential for the existence of a Democratic State, insofar as it brings the government closer to society, enabling it to participate more effectively in public policies. However, their access has always been restricted, which has been changing with Open Government practices, which are based on the principles of transparency, participation and collaboration. In this context was born the Open Government Partnership (OGP), an international initiative of which Brazil is a part and which aims to disseminate governmental practices regarding to transparency, access to public information and social participation. Thus, this article, using bibliographical

and documentary research, presents this important and recent initiative, concluding that it constitutes a promising mechanism for the promotion of a more transparent government and prone to popular participation.

Keywords: Access to information. Open Government Partnership. Public Transparency. Popular participation.

1. Introdução

A existência de um governo democrático exige necessariamente que esse proporcione a visibilidade de seus atos e ofereça o acesso à informação pública, de forma a aproximar a sociedade das atividades da Administração. Isso porque, em um regime democrático, os cidadãos também devem ser protagonistas da gestão pública, de forma que suas ideias e opiniões sejam ouvidas e analisadas na tomada de decisões políticas que os afetam.

Contudo, apesar de sua essencialidade, o acesso à informação por muito tempo foi restrito, vigorando o reinado do segredo na Administração Pública, e, consequentemente, excluindo os cidadãos, que ficavam alheios aos negócios do Estado, não podendo conhecer e participar dos assuntos que diziam respeito aos seus próprios interesses como destinatários finais das ações do governo.

Esse cenário começou a se modificar com a implementação de práticas de Governo Aberto, o qual tem por base a transparência, a participação e a colaboração.

A partir dessa perspectiva, foi lançada em 2011 a Parceria para Governo Aberto, uma iniciativa internacional da qual o Brasil faz parte e que visa promover à transparência, o acesso à informação e a participação social na gestão pública de forma a fortalecer a governança e melhorar a eficácia da prestação dos serviços públicos.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende esclarecer o que é a Parceria para Governo Aberto, sua estrutura, modo de funcionamento, princípios e evolução no Brasil, de modo a contribuir para a literatura do Governo Aberto e para a divulgação dessa recente e importante iniciativa, que embora esteja em pleno amadurecimento e ainda encontre inúmeros desafios no contexto brasileiro, representa grande potencial para tornar o governo mais efetivo, transparente e responsável frente à gestão da coisa pública e às demandas da sociedade.



A metodologia utilizada consistiu na pesquisa bibliográfica e documental. Como a iniciativa da OGP é bastante recente e ainda não há grande produção literária sobre o tema, a presente pesquisa teve como base documentos disponibilizados no site da Parceria para Governo Aberto, que indicam os fundamentos da OGP e seu desenvolvimento no Brasil.

2. Acesso à informação como fundamento do Governo Aberto

A Constituição de 1988, em seu artigo primeiro definiu o Brasil como um Estado Democrático de Direito, assegurando o exercício do poder pelo povo através de seus representantes ou de forma direta. Porém, a concretização desse estado democrático requer uma gestão administrativa também democrática com a abertura de espaços para o diálogo e interação entre governantes e governados, possibilitando a efetiva participação popular nos processos decisórios que envolvem os interesses da coletividade.

Contudo, para que ocorra a efetiva participação da sociedade e para que essa possa emitir sua opinião e intervir nos processos decisórios é necessário que a Administração Pública, ainda marcada pelo formalismo e tecnicismo, leve ao conhecimento da população, informações sobre suas atividades, pois caso contrário, os indivíduos não terão embasamentos suficientes para participar das questões de interesse público. De acordo com Bobbio (2000, p. 89):

A maior ou menor relevância da opinião pública entendida como opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do poder público que é por excelência o poder exercido pelos supremos órgãos decisórios do estado, da 'rés pública', depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta exatamente como visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e, portanto controlabilidade dos atos de quem detém o supremo poder.

Nesse contexto, o acesso à informação é um dos pilares da gestão democrática e perpassa pela ideia de que "[...] o poder público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, afim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo" (SILVA, 2002, p. 649).

Ademais, o Estado age em nome da sociedade, de modo que não é o proprietário das informações por ele geradas e, uma vez que foram produzidas com vistas a finalidades públicas, devem estar acessível a toda população, sendo essa a verdadeira detentora da informação oriunda da atividade estatal. (POSSOMAI, 2016, p.13).

O direito de acesso à informação é assegurado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XIV e XXXIII e, inclusive, é reconhecido como direito humano fundamental por diversos diplomas internacionais, estando previsto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 19 do Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos.

No que tange especialmente às informações sob guarda do Estado, a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (2000) estabelece em seu item 4 que:

O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.

Ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), em seu artigo 10 prevê que:

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte [...] adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões [...].

Contudo, a despeito de sua importância, o acesso à informação sofreu restrições por parte dos governos ao longo dos últimos séculos, tendo vigorado o império do segredo na Administração Pública.

O próprio Maquiavel defendeu que o governante poderia ocultar suas ações, utilizando-se da mentira quando essa lhe fosse conveniente, de forma que lhe seria facultado contrariar a palavra dada quando tal cumprimento se voltasse contra ele. Ainda, para o autor, é necessário saber disfarçar o uso da mentira e ser um bom simulador e dissimulador, pois "[...] aquele que engana encontrará sempre quem se deixe enganar." (2006, p. 112).

Weber (2004, p. 225) destaca que a utilização do sigilo constitui-se em instrumento de poder e meio de sobrevivência da burocracia, pois essa, visando aumentar a superioridade dos que são profissionalmente informados, mantém em segredo seus conhecimentos e suas intenções. Disso decorre que: "[...] a administração burocrática é sempre uma administração que exclui o público. A burocracia oculta, na medida do possível, o seu saber e o seu fazer da crítica."

Em contraposição a essa opacidade informacional e buscando concretizar o ideal da democracia como: "[...] o governo do poder público em público" (BOBBIO, 2006, p. 98), resta evidente que no atual Estado Democrático, o acesso à informação deve ser a regra e não a exceção, de modo que os cidadãos tenham assegurado o direito de serem informados sobre todos os passos da Administração e, mais que isso, também devem ter possibilidades de participar da tomada de decisões que envolvem questões públicas, inclusive como forma de controlar que as escolhas dos governantes estejam em consonância com os interesses e necessidades da população. Nesse sentido, Mendel (2009, p.5) destaca que:

A democracia também implica prestação de contas e boa governança. O público tem o direito de perquirir



os atos de seus líderes e de participar de um debate pleno e aberto sobre tais atos. Precisa ser capaz de avaliar o desempenho do governo, o que depende do acesso à informação sobre o estado da economia, sistemas sociais e outras questões de interesse público. Uma das formas mais eficazes de atacar a má governança, sobretudo com o passar do tempo, é por meio do debate aberto e bem informado.

No tocante a importância da visibilidade do poder, Kant (2008, p. 46) enunciou o princípio de que: “São injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade”, querendo com isso dizer que não são boas aquelas ações que para se realizarem necessitam permanecer em segredo, já que acaso fossem divulgadas, provocariam tamanha oposição da sociedade tornando impossível a sua concretização.

Diante desse cenário e visando romper com a cultura do segredo na Administração Pública, vêm sendo implementadas práticas de Governo Aberto, que tem por fundamento a transparência, a participação e a colaboração. A transparência proporciona informações sobre o que o governo está fazendo, possibilitando o controle social. A participação do público melhora a eficácia do governo e a qualidade de suas decisões. Por fim, a colaboração incorpora os cidadãos às ações efetuadas pelo governo. (COBO, 2012, p. 113).

O Governo aberto, assim, pretende ser uma nova forma de governar, pautada na transparência e na participação dos cidadãos para além do momento do voto. Propõe o diálogo permanente entre gestores públicos e os cidadãos, de forma que esses possam contribuir com as ações da Administração, bem como fiscalizá-las, melhorando a prestação dos serviços públicos. É nesse contexto que foi criada a Parceria para Governo Aberto, a qual será analisada em seguida.

3. Parceria para Governo Aberto

A Parceria para o Governo Aberto, ou OGP (do inglês Open Government Partnership), é uma iniciativa internacional que tem por finalidade fazer com que os governos assumam compromissos concretos para difundir a transparência e o acesso à informação pública, apoiar a participação social, combater a corrupção e utilizar as novas tecnologias para fortalecer a governança.

Foi lançada oficialmente em setembro de 2011, por oito países (África do Sul, Brasil, Estados Unidos, Filipinas, Indonésia, México, Noruega e Reino Unido), sendo que o Brasil e os Estados Unidos co-presidiram a iniciativa durante seu primeiro ano de existência. Atualmente conta com a participação de 75 países.

Para ingressar na OGP é necessário que os países atendam a alguns critérios de elegibilidade: transparência fiscal, divulgação de informações patrimoniais dos funcionários públicos eleitos, participação cidadã e uma legislação de acesso à informação. Também devem assinar a Declaração de Governo Aberto. (BRASIL, 2012a).

Além disso, cada país precisa apresentar um plano de ação contendo compromissos concretos que abordem os quatro princípios da Parceria: transparência, participação cidadã, prestação de contas e responsabilização (*accountability*), bem como tecnologia e inovação. Referidos compromissos devem estar baseados em um conjunto de cinco desafios enfrentados pelos governos, quais sejam: melhoria de serviços públicos, aumento da integridade pública, melhor gestão dos recursos públicos, aumento da responsabilidade corporativa e criação de comunidades mais seguras. Ressalta-se, no entanto, que ao contrário dos princípios que devem ser observados por todos os países na elaboração de suas propostas, os desafios podem ser livremente escolhidos, pois a OGP reconhece que a realidade dos países são distintas, e, portanto devem optar pelos compromissos que melhor correspondam as suas circunstâncias e necessidade. (BRASIL, 2012a).

Esses documentos devem ser elaborados pelos governos em conjunto com a sociedade civil, para um período inicial de dois anos.

Os países que fazem parte da OGP devem publicar um relatório anual referente aos seus progressos, cerca de três meses após o final dos primeiros 12 meses de implementação do plano de ação. Referido relatório, deve avaliar o desempenho do governo em relação ao cumprimento das metas assumidas, considerando o conteúdo e cronogramas apontados no Plano de Ação.

Ademais, os países também são avaliados pelo Mecanismo Independente de Avaliação (Independent Report Mechanism - IRM) que através de relatórios independentes para cada governo membro da OGP, avalia a execução dos planos de ação e o progresso na efetivação dos princípios de governo aberto, apresentando, ainda, sugestões técnicas.

O relatório do Mecanismo Independente de Avaliação (IRM) referente ao primeiro Plano de Ação do Brasil esclarece que:

Como complemento à autoavaliação do governo participante, a OGP solicita uma avaliação independente escrita por investigadores respeitados na temática de governança, preferivelmente do mesmo país específico. Esses especialistas, usando uma Guia de Metodologia OGP, devem (1) efetuar uma análise da autoavaliação do governo e de qualquer outra avaliação de progresso publicada pela sociedade civil, pelo setor privado ou por organizações internacionais; (2) realizar reuniões com *stakeholders* segundo as diretrizes OGP para solicitar as opiniões locais em progresso nos compromissos; e (3) realizar entrevistas com *stakeholders* nacionais, incluindo o governo. O relatório do especialista nacional é revisado por um painel internacional de especialistas, nomeado pelo Comitê Executivo OGP para garantir conformidade com os padrões de mais



alta qualidade. (BRASIL, 2013a, p. 83).

A OGP possui um Comitê Diretor (Steering Committee - SC), que é o órgão executivo, responsável por estabelecer as regras e políticas da parceria, supervisionar o seu funcionamento, definir e administrar o orçamento e, enfim, orientar o desenvolvimento da iniciativa. Esse comitê é composto por representantes de governos e da sociedade civil, os quais possuem mandato de três anos, renováveis por igual período por uma única vez. (BRASIL, 2012a).

A Parceria também tem três subcomitês: "Governança e Liderança", "Aprendizagem e Apoio aos Pares e "Critérios e Padrões", que conduzem os trabalhos preliminares para auxiliar a tomada de decisões pelo Comitê Diretor. (BRASIL, 2012a).

3.1 A Parceria para Governo Aberto no Brasil

O Brasil foi um dos oito fundadores da OGP, tendo co-presidido a iniciativa desde a sua fundação, primeiramente com os Estados Unidos, até abril de 2012 e depois ao lado do Reino Unido, até setembro de 2012, quando deu lugar a Indonésia. O país continuou como integrante do Comitê Diretor e em agosto 2014 foi reeleito para um segundo mandato de três anos nesse mesmo Comitê. (BRASIL, 2014a, p. 4).

O Comitê Interministerial de Governo Aberto (CIGA), criado pelo Decreto Presidencial de 15 de setembro de 2011, é o responsável por implementar e atualizar os Planos de Ação do Brasil. Esse Comitê é formado por 18 ministérios do Governo Federal e é dirigido pela Casa Civil da Presidência da República.

De acordo com o Art. 3º do referido Decreto, o Ciga possui as seguintes funções:

1. Orientar a elaboração, a implementação, o monitoramento e a avaliação do Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto;
2. Propor ações prioritárias a serem implementadas no curto prazo no âmbito do Plano de Ação;
3. Promover a articulação intragovernamental necessária à execução das ações conjuntas, troca de experiências, transferência de tecnologia e capacitação no âmbito do Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto;
4. Identificar ações de pesquisa e desenvolvimento necessárias no âmbito do Plano de Ação Nacional.

No Ciga também existe um Grupo Executivo encarregado de coordenar a implementação e a execução do Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto. Esse Grupo é composto por sete ministérios e atua sob a coordenação da Controladoria-Geral da União (CGU).²

Além disso, em abril de 2012, na 1ª Conferência Anual da Parceria para Governo Aberto realizada em Brasília (DF), foi criado de maneira informal um grupo de trabalho

da sociedade civil, que reuniu dez organizações visando apoiar o Grupo Executivo no monitoramento do primeiro Plano de Ação e na elaboração de mecanismos para promover a participação social na construção do 2º Plano de Ação brasileiro. Devido aos bons resultados oriundos dessa participação e objetivando ampliar a colaboração da sociedade no âmbito da OGP, "[...] o Ciga propôs a criação formal do Grupo de Trabalho temático (GT) da Sociedade Civil, garantindo-lhe permanência e prerrogativas explícitas de atuação." (BRASIL, 2014b, p.5).

Dessa forma, através da Resolução Nº 1, de 18 de novembro de 2014, foi instituído o Grupo de Trabalho (GT) da sociedade civil para assessoramento em Governo Aberto. De acordo com o art. 4º da referida resolução, o GT é composto por sete entidades civis, assim distribuídas: quatro entidades da sociedade civil, uma entidade representativa dos empregadores, uma entidade representativa dos trabalhadores e uma entidade pertencente ao segmento acadêmico, sendo que as mesmas possuem mandato de dois anos, prorrogável por mais um ano a partir da deliberação do Grupo Executivo.

O Brasil apresentou seu primeiro Plano de Ação em setembro de 2011 na ocasião do lançamento oficial da Parceria. Esse plano foi elaborado através de consultas a órgãos públicos do Poder Executivo Federal, a entidades da sociedade civil e ao Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção. Ainda, foram realizados debates no Congresso Nacional, em um evento organizado pela Câmara dos Deputados, que reuniu órgãos públicos, entidades privadas e organizações da sociedade civil. (BRASIL, 2012b, p.11).

Destaca-se que no referido Plano de Ação, o Brasil assumiu compromissos concernentes a quatro desafios, a saber:

[...]: Melhoria da Prestação de Serviços Públicos, Aumento da Integridade Pública, Gestão Mais Efetiva de Recursos Públicos e Aumento da Responsabilidade Corporativa. O Plano buscou fortalecer o compromisso do país com a transparência dos atos governamentais, com a prevenção e o combate à corrupção e com os ideais democráticos de participação cidadã nos processos decisórios [...]. (BRASIL, 2012b, p.11).

No que tange a melhoria dos serviços públicos incluíram-se os compromissos de mapeamento da prestação de serviços públicos; política de formação continuada para as Ouvidorias Públicas do Poder Executivo Federal e a criação do Portal Guia de Serviços Públicos. No que diz respeito ao desafio de aumento da integridade pública destacam-se as ações de pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no Poder Executivo Federal Brasileiro; elaboração de Guia e/ou Cartilha sobre acesso à informação para servidores públicos; realização de pesquisa para identificação das demandas da sociedade sobre acesso a informação, visando ao aperfeiçoamento da política de transparência ativa; elaboração de Curso EaD (educação à distância) para ca-

² A Lei 13.341/2016 transformou a CGU em Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.



pacitação de servidores públicos no tema acesso à informação; confecção de Catálogo de Dados e Informações Públicas disponibilizados na internet por órgãos e entidades da Administração Pública Federal; reestruturação do Portal da Transparência; disponibilização de dados do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV) em formato de dados abertos, realização da 1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social (Consocial); realização do seminário nacional de participação social e do I Encontro Nacional de Dados Abertos. Com relação ao desafio da gestão mais efetiva de recursos públicos, o governo assumiu os compromissos de facilitação do acesso a bases de dados específicas no Portal da Transparência; disponibilização de dados do Cadastro Unificado de Fornecedores - SICAF: Contratação e Gestão Contratual de Serviços de Tecnologia da Informação, entre outros. Por fim, no desafio de aumento da responsabilidade corporativa, o primeiro Plano de Ação apenas comprometeu-se a implementar o cadastro Empresa Pró-Ética.

O teor dos compromissos revela que os objetivos do governo brasileiro, no âmbito da OGP, estão pautados na preocupação de maior transparência dos atos da Administração Pública, na garantia do acesso à informação a toda sociedade, no fomento à participação popular nos processos decisórios, na melhoria na prestação dos serviços públicos e no combate à corrupção, de forma a construir um a gestão pública mais eficiente e democrática.

Ao todo, o primeiro Plano de Ação contou com 32 compromissos, que foram assumidos por cinco órgãos do Governo federal, a saber: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Ciência e Tecnologia, do Ministério da Educação, da Secretaria Geral da Presidência da República e da Controladoria-Geral da União. (BRASIL, 2013c, p.3).

De acordo com o Balanço do Plano, apresentado em maio de 2013, 26 desses compromissos foram integralmente cumpridos, quatro foram concretizados de forma parcial e dois não foram cumpridos. Porém, visando dar continuidade às ações não cumpridas ou cumpridas de forma parcial, algumas delas foram inseridas no segundo Plano:

O segundo plano de ação, portanto, contém três compromissos que se referem a ações do documento anterior, a saber: "Reestruturação do Portal da Transparência do Governo Federal" e "Construção Participativa do Sistema Federal de Ouvidorias", sob responsabilidade da Controladoria-Geral da União; e "Implementar a Política de Gestão de Documentos no Governo Federal", sob a responsabilidade do Ministério da Justiça, por meio do Arquivo Nacional. (BRASIL, 2013b, p. 10).

Em setembro de 2013 foi publicado o Relatório do Mecanismo Independente de Avaliação, o qual avaliou o processo de elaboração e implementação do primeiro Plano de Ação. De acordo com o IRM, o processo de elaboração do plano não se revelou adequado no que diz res-

peito à consulta pública, pois essa foi restrita e limitada a atores governamentais e organizações convidadas, devido ao curto espaço de tempo entre a celebração da Parceria e a entrada em vigor do primeiro Plano.

Entretanto, na fase de implementação do Plano de Ação, o IRM considerou que houve maior consulta à sociedade, com a criação em 2012 do Grupo de Trabalho da Sociedade civil e também de uma lista de discussão, denominada "Parceria para Governo Aberto" sediada no Googlegroups, que incluiu a sociedade civil e o governo, possibilitando o diálogo e o intercâmbio entre ambos. Ademais, ao elaborar a autoavaliação do Plano, o governo iniciou um processo denominado "Diálogo Virtual: Governo e Sociedade, tendo por objetivo inicial promover um ambiente de discussão sobre o Balanço do primeiro Plano e posteriormente elaborar propostas para o segundo Plano. Esse espaço virtual, também é uma inovação que "[...] oxigenou o padrão de diálogo entre governo e sociedade e ampliou sensivelmente seu alcance e capilaridade social, bem como a profundidade dos debates sobre o status de implementação de cada compromisso". (BRASIL, 2013a, p. 31).

Visando contribuir para o aperfeiçoamento da Parceria para Governo Aberto no Brasil, o IRM apresentou algumas recomendações, tais como aumentar a participação social, o contato com o setor privado, a interação entre o governo e a sociedade, detalhar melhor o Plano de Ação, tornar o monitoramento da parceria mais transparente e divulgar amplamente a OGP. (BRASIL, 2013a, p.21).

O segundo Plano de Ação foi aprovado em outubro de 2013, contando com 52 compromissos assumidos por 18 órgãos. Mencionado Plano foi elaborado pelo Governo Federal em conjunto com a sociedade civil, sendo que essa pôde participar através do processo denominado "Diálogos Governo e Sociedade", o qual foi desenvolvido em duas etapas, uma virtual e outra presencial. (BRASIL, 2013b, p.7).

O diálogo virtual foi realizado em uma plataforma online, o fórum e-democracia da Câmara dos Deputados, e o encontro presencial envolvendo organizações da sociedade civil e o governo ocorreu em Brasília. Através desse processo, a sociedade priorizou 32 propostas, que em síntese relacionavam-se com a promoção da transparência e da participação popular na gestão pública, podendo se destacar as propostas de fortalecimento da CGU; Transparência, participação e justiça por meio das agências reguladoras federais; controle social efetivo dos recursos públicos geridos pelo BNDES; apropriação de ferramentas relativas à transparência (propostas sugeridas no diálogo virtual); empoderamento social para a garantia de efetivo acesso ao sistema de educação pública de qualidade; transparência de todas as votações legislativas incentivo a adesão de estados e municípios aos quatro princípios da OGP, abertura dos dados públicos das empresas (propostas do diálogo presencial), entre outras sugestões, que



foram, então, encaminhadas para serem analisadas por órgãos do governo Federal, de forma a decidir se acatariam as propostas total ou parcialmente, ou se teriam que as rejeitar. Para essa avaliação levou-se em conta vários critérios como: “[...] factibilidade, disponibilidade orçamentária, exequibilidade, regulamentação legal, prioridade político-institucional, prazos e disponibilidade de recursos humanos, entre outros.” (BRASIL, 2013b, p. 7).

Ao final, das 32 propostas sugeridas pela sociedade, 19 foram acatadas por órgãos do Governo Federal e incluídas no segundo Plano de Ação sobre Governo Aberto. Contudo, conforme disposto no Plano, as outras demandas prioritizadas, ficarão em um banco de propostas e poderão ser acolhidas futuramente. (BRASIL, 2013b, p.7).

Em setembro de 2016, foi publicado o Balanço Final do segundo Plano de Ação, sendo que de acordo com o mesmo, dos 52 compromissos assumidos, 36 foram implementados integralmente e 16 tiveram sua implementação limitada. Ademais, referido Balanço, apresenta informações específicas sobre cada uma das iniciativas.

Atualmente, encontra-se em andamento o Terceiro Plano de Ação para Governo Aberto, que possui 16 compromissos, os quais foram estabelecidos com o envolvimento de 105 pessoas, sendo 57 representantes da sociedade civil e 48 do governo. (BRASIL, 2016, p. 8).

De forma inovadora, mencionado Plano contou com a participação dos Poderes Legislativo e Judiciário. No que se refere ao Poder Legislativo, o compromisso adotado envolveu a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, casas Legislativas estaduais e municipais, e entidades da sociedade civil ligadas a questões parlamentares. Em relação ao Poder Judiciário, a participação ocorreu através do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, que inseriu o compromisso de implantar o Processo Judicial Eletrônico em todos os Tribunais Regionais Eleitorais do país. (Brasil, 2016, p. 19).

De acordo com o Relatório Intermediário de Autoavaliação publicado em setembro de 2017, o desempenho geral do terceiro Plano de Ação brasileiro até agosto do mesmo ano, alcançou o percentual de 38%, estando dentro das expectativas (BRASIL, 2017, p. 18).

Portanto, o Brasil continua avançando no contexto da Parceria para Governo Aberto, estando em seu Terceiro Plano de Ação, sendo que já assumiu importantes compromissos no intuito de tornar o governo mais transparente, combater a corrupção, melhorar a prestação dos serviços públicos e promover a participação social.

Contudo, ainda há muito a se fazer para a consolidação de um Estado efetivamente aberto, sendo fundamental o engajamento conjunto do governo e da sociedade nesse processo.

4. Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que um governo de-

mocrático nos moldes da Constituição de 1988, pressupõe a ideia de que a sociedade também deve participar dos processos decisórios, dando assim legitimidade às ações da Administração Pública. Para tanto é preciso que o Estado preste contas de suas ações à sociedade, dando ampla transparência a sua atuação, e também garanta aos cidadãos o acesso às informações públicas, de forma que esses tenham conhecimentos suficientes para participar e intervir nas decisões relacionadas às políticas públicas.

Nessa perspectiva, práticas de Governo Aberto, que tem como pilares a transparência para promover o controle social; a participação para melhorar a eficácia governamental e a qualidade das decisões tomadas; e a colaboração para incorporar os cidadãos às atividades do governo, se mostram exitosas e adquirem grande relevância em um contexto de rompimento com a cultura do segredo no âmbito da Administração Pública.

A adesão do Brasil à Parceria para Governo Aberto constitui-se em importante medida para promover e difundir o acesso à informação, a transparência governamental e a participação popular, tornando a Administração Pública mais eficaz, responsável e acessível à sociedade, de forma que essa tenha reais possibilidades de acompanhar a atuação do Estado e também interferir nas políticas governamentais, concretizando assim uma verdadeira democracia.

Verifica-se que a OGP é uma iniciativa que conta com uma grande estrutura, sendo baseada em princípios, possuindo critérios de elegibilidade e, ainda, exigindo a assinatura da Declaração de Governo Aberto e a elaboração de Planos de Ação, tendo tido um grande desenvolvimento em poucos anos de existência, pois de 8 países a iniciativa atualmente conta com 75 países. Revela-se, assim, um mecanismo promissor para fazer com que os governos garantam o acesso à informação e a colaboração da sociedade nas decisões de interesse público.

Contudo, não se pode afirmar que a OGP no Brasil esteja cumprindo com todos os fins a que se propôs, pois a maior parte da sociedade nem sequer sabe da existência dessa iniciativa e muito menos que pode participar da elaboração dos Planos de Ação, apresentado propostas e sugestões ou, ainda, nem sabem qual a importância dos compromissos assumidos pelo país. Isso se deve a vários fatores, como a falta de cultura do acesso à informação por parte da sociedade, que sempre foi mantida distante dos negócios do Estado, a precária divulgação da Parceria nos meios de comunicação e também pelo fato de que o principal veículo através do qual a sociedade pode participar é a internet, ignorando-se que grande parte da população brasileira ainda não possui acesso a tal ferramenta.

O desafio que a Parceria coloca é a transformação de um modelo de governo em que o cidadão é tratado com o mero cliente dos serviços do Estado para um governo em



que o cidadão passa a ser co-gestor das políticas públicas. Isso requer uma grande mudança, não somente tecnológica ou administrativa, mas também cultural, tanto no âmbito da Administração Pública que deve realmente tornar-se aberta, quanto no desenvolvimento de novas habilidades e compromissos por parte dos cidadãos. (COBO, 2012, p.114). O sucesso da OGP é responsabilidade conjunta do Estado e da sociedade, que devem efetivamente engajar-se nesse ideal e firmar bases sólidas e duradouras de um governo aberto.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Decreto nº 7.567 de 15 de setembro de 2011. Institui o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 set. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/dsn/dsn13117.htm>. Acesso em 15 jul. 2017.

_____. *Parceria para Governo Aberto: Artigos de governança*. Jun. 2012. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/artigos-de-governanca-ogp.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2017.

_____. *Parceria para Governo Aberto. Balanço do primeiro plano de ação*. Brasília: 2103c. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/balanco-primeiro-plano.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2017.

_____. _____. *Balanço do segundo plano de ação*. Brasília: 2014a. Disponível em: < http://www.participa.br/articles/public/0008/2870/2014.12.02-Balan_o_2__Plano_OGP_DRAFT.pdf>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. _____. *Declaração de Governo Aberto*. 2011. Disponível em: < http://www.opengovpartnership.org/sites/www.opengovpartnership.org/files/page_files/Declaracao_de_Governo_Aberto.pdf>. Acesso em: 29 abr. de 2017.

_____. _____. *Devolutiva à consulta pública relativa à minuta de Resolução que institui o Grupo de Trabalho temático da Sociedade Civil*. Brasília: 2014b. Disponível em: < [-resolucao-2014.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.](http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/devolutiva-consulta-publica-</p></div><div data-bbox=)

_____. _____. *Manual do diálogo virtual*. Brasília: 2012b. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/manual-dialogo-virtual-ogp.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. _____. *Mecanismo Independente de Avaliação: Relatório de progresso 2011-2013*. 2013a. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/irm-relatorio-progresso-brasil-2011-13.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. _____. *Primeiro plano de ação brasileiro para governo aberto*. Brasília: 2011. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/1planoacaobrasil201113.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. _____. *Segundo plano de ação brasileiro para governo aberto*. Brasília: 2013b. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/2-plano-acao-brasil-2013-15.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. _____. *Relatório de Autoavaliação Intermediário - 3º plano de ação nacional*. Brasília: 2017. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/arquivos/relatorio-autoavaliacao-intermediario-2015.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. _____. *Terceiro plano de ação brasileiro para governo aberto*. Brasília: 2016. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/central-de-conteudo/documentos/3o-plano-de-acao-versao-final.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

COBO, Cristobal. Gobierno abierto: de la transparencia a la inteligencia cívica. In: HOFMANN, A.; RAMÍREZ ALUJAS, A.; PEREZNIETO, J. A. B. (Org.). *La promesa del gobierno abierto*. México, DF: Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão*. 2000. Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 2006.



MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2 ed. Brasília: UNESCO, 2009.

Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/liberdade-informacaoestudo-direito-comparado-unesco.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, ONU, 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. ONU, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

_____. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. ONU. 1996. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

POSSAMAI, Ana Júlia. *Dados abertos governamentais: nova aposta para o fortalecimento da capacidade estatal e da democracia na era digital*. Texto para discussão FEE n.º 145, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://www.fee.rs.gov.br/wp-content/uploads/2016/05/20160520td-n.-145-dados-abertos-governamentais_-1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Fundamentos de sociologia compreensiva. Volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora Unb, 2004.



OS CONTRATOS DE ADESÃO E A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS NO NOVO CPC

THE ADHESION CONTRACTS AND THE JUDICIAL REVIEW OF BANKING CONTRACTS IN THE NEW CPC

Lucas Felipe Zuchi¹

¹ Acadêmico do curso de Direito - 9º período - bacharelado, da UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí, Campus Itajaí. Estágio no Gabinete da Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Itajaí. Estágio na Assessoria da presidência da 7ª Turmas de Recursos do Estado de Santa Catarina. E-mail: lucas_felipe_zuchi@hotmail.com.

Resumo

O presente artigo examina, com aportes doutrinários e jurisprudenciais, os empecilhos jurídicos advindos do novo código de processo civil (Lei 13.105/2015), sob a égide do código de defesa do consumidor, em ações revisionais de contratos bancários, mais especificamente, as ações promovidas pelos consumidores em relação à instituições financeiras, ressaltando desde o conceito deste tipo de negócio jurídico até os pressupostos essenciais para a validade e regular prosseguimento da respectiva ação revisional. Analisam-se, pela metodologia indutiva, diante da pesquisa acadêmica, primeiramente, o conceito de contrato de adesão, posteriormente a revisão contratual em ambos os códigos legais e, por fim, as tutelas de natureza antecipada de caráter urgente, as quais têm papel importante nos pedidos revisionais. O Código de Processo Civil, tendo como primazia a celeridade processual e a paridade entre as partes, trouxe requisitos para a propositura da ação revisional que impõe desvantagem para o consumidor, o que vai de encontro à lei consumerista. Ressalte-se que sob a égide do Código de Defesa do Consumidor a parte tem prerrogativas de proteção, ante sua hipossuficiência no âmbito da relação negocial.

Palavras-chave: Contratos de adesão. Ação revisional. Tutela antecipada de urgência. Código de processo civil X código de defesa do consumidor. Mitigação de requisitos processuais.

Abstract

This article examines, with doctrinal and jurisprudential contributions, the legal obstacles arising out of the new code of civil procedure (Law 13,105/2015), under the aegis of the consumer defense code, revision actions of banking contracts, more specifically, the actions promoted by consumers in relation to financial institutions, since the

concept of this type of legal business until the conditions essential to the validity and continued its regular revisional action. Analyze for the inductive methodology, on academic research, first, the concept of membership agreement, the contractual review in both legal Codex and, finally, the guardianship of early nature of urgent character, which have important role in the revision requests. The code of Civil procedure, with primacy speed and parity between the parties, brought requirements for the filing of the action revisional imposing disadvantage to the consumer, what goes against consumer law. It should be stressed that under the aegis of the consumer defense code part has prerogatives of protection, before your weaker position within the business relationship.

Keywords: Adhesion contracts. Revisional action. Previous emergency care. Civil procedure code X consumer defense code. Mitigation of procedural requirements.

1. Introdução

Analisando os contratos de cunho adesivo, resguardados por princípios que possibilitam a revisão destes negócios, o presente artigo se justifica nas novidades trazidas pelo CPC, que obstam a propositura da respectiva ação, porquanto a parte autora necessita cumprir certos requisitos, os quais eram (e ainda são) mitigados pela jurisprudência, como se verá. Contudo agora elencados como pressupostos para a ação, pelo legislativo, indo de encontro aos princípios consumeristas e ocasionando um retrocesso jurídico na matéria.

Utilizando metodologia de pesquisa indutiva, com bases doutrinárias e jurisprudenciais, com espeque na jurisprudência catarinense, o presente tem como objetivo expor as limitações enfrentadas para a revisão contratual, frente ao novo CPC, utilizando-se das tutelas como um meio para resguardar os direitos do consumidor frente aos detentores do poderio econômico no país, que por sua vez, utilizam de todos os métodos existentes para procrastinar o resultado hábil e satisfatório do feito, resultando na demora da prestação jurisdicional do Estado, bem como expor as garantias processuais e contratuais que se encontram presentes na relação, diante da nova função que o contrato exerce, abarcando desde o seu conceito até os pressupostos para sua revisão judicial, a fim de estabelecer a equidade contratual. Desta forma, o problema que aqui se aporta, consiste no questionamento de que:



de fato o direito econômico se sobressai sobre a norma consumerista, na medida em que o código de processo civil, trouxe pressuposto para propositura de ação que fere garantias previstas no Código de defesa do Consumidor?

2. Contratos de adesão

Os contratos, instrumento de obrigações civis, são os atos jurídicos de relação negocial utilizados por todas as pessoas civis, seja ele de natureza expressa ou tácita, com seus formalismos e preceitos legais, respeitando a autonomia privada e a soberania da ordem pública, norteados pelo princípio da boa-fé objetiva e subjetiva, tanto na base negocial quanto na conclusão dos contratos, tendo atualmente uma função mais ampliada, não apenas aquela para satisfação de determinada necessidade, mas também como uma função social, que por sua vez, estão subordinados às normas de direito público a qual o privado não poderá se aproveitar da escassez de conhecimento de um dos contratantes, porquanto este estará amparado pelo ordenamento jurídico para tornar nulas algumas cláusulas que desfavorecem o consumidor (GAGLIANO, 2012 p. 26-28).

Segundo doutrina (TARTUCE, 2016, p. 2) o contrato é “um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”. Assim, espelham as vontades das partes já que se presume tanto a liberdade contratual quanto a liberdade de contratar restaram presentes para que ambas assumissem tal obrigação, na medida em que o contrato exige a vontade dos contratantes para que haja o respectivo adimplemento deste, tendo em vista que qualquer alteração no contrato não é a regra, sendo que as vontades ali presentes devem assim permanecer, até que outro fator superveniente venha a abalar a base negocial, ante o princípio do *pacta sunt servanda*. Contudo este mitigado em relação ao consumidor, eis que a justiça contratual, a boa-fé contratual, a equivalência material norteia a relação jurídica, já que este – consumidor – é hipossuficiente da relação, merecendo especial *actio sub iudice*. A finalidade dessa relativização é unicamente de resguardar a função social do contrato e a boa-fé objetiva, com vistas à manutenção do equilíbrio contratual.

Ressalta-se que diante do pleno capitalismo exacerbado, em que a aquisição de bens se tornou cada vez mais ampla, sendo um objeto para se adequar ao meio social, os indivíduos se submetem a contratos em que não é dado a uma das partes discutir as cláusulas lá presentes, não no momento da pactuação, sendo modelos aderidos em relação ao bem que será comprado, com obrigações pré-estabelecidas.

Ademais, acaso fosse dada oportunidade de discussão, os conteúdos presentes nestes contratos, vão de encontro com o conhecimento do homem-médio, o qual se torna a parte hipossuficiente da relação, por se sujeitar a simples formulários, sendo assegurado a este, aderir ou não a forma apresentada a ele.

Estabelece o Código de Defesa do Consumidor o conceito de contrato de adesão, em seu Artigo 54, *ipsis litteris*, Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Assim, não há paridade nesta espécie contratual, contudo não é obrigatória a sua aceitação, apenas monopolizada, pois para poder adquirir determinado bem, obrigatoriamente o consumidor se sujeitará a este tipo de contrato, pela circunstância do caso e o interesse em um determinado bem.

[...] o contrato de adesão é aquele em que as cláusulas contratuais são predispostas por uma das partes, de forma plena ou restrita, restando à outra a opção de aceitá-las ou não. A construção do que seja contrato de adesão leva em conta a forma de contratação e não as partes envolvidas, ou o seu objeto [...] (TARTUCE, 2016 p. 31.).

Considera-se de adesão o contrato que, nascido por força do dirigismo econômico e da concentração de capitais em grandes empresas, em especial nos campos de seguros, financiamentos bancários, vendas de imóveis, de bens duráveis e outros, tem a participação volitiva do consumidor reduzida à aceitação global de seu contexto, previamente definido e impresso, em modelos standardizados, com cláusulas dispostas pelos fornecedores ou resultantes de regulamentação administrativa, ou da sua combinação (BITTAR, 2011 p. 60-61).

In fine, resta claro que o consumidor, mediante a aceitação deste tipo de negócio jurídico, obriga-se a cumprir as cláusulas lá presentes, da forma como lhe foram apresentadas, sem poder discuti-las, infringindo a liberdade contratual. Insta salientar que a boa-fé, tanto a objetiva quando a subjetiva, está presente na relação negocial, porquanto a ideia de justiça equitativa pressupõe a presença e aplicação da boa-fé, seja em sua forma interpretativa, integrativa ou exercendo o seu controle sob o contratado.

3. Da revisão contratual

Isagógicamente, antes de adentrar ao tema, ressalta-se a importância de realizar alguns apontamentos, principalmente por ser delicado, porquanto o código civil e o código de defesa do consumidor exigem a existência de determinados requisitos para que possa haver a revisão contratual.

Em sua base negocial os contratos não foram feitos para que futuramente possam ser revisados, muito menos descumpridos, as condições em que as partes se submeteram devem permanecer a mesma até o final, não podendo haver a reserva mental, sob o ponto de vista do princípio da conservação dos negócios jurídicos. Ademais, sob a ótica do código civil a possibilidade de revisar um contrato é ta-



xativa e rigorosa, ao contrário daquele presente no código de defesa do consumidor, já que este é a parte hipossuficiente da relação, sendo que a jurisprudência ampara a possibilidade de revisar contratos, mesmo que liquidados.

O princípio da boa-fé e da função social dos contratos foram de suma importância, concomitantemente com a justiça contratual, para possibilitar a revisão destes negócios jurídicos, sejam eles bilaterais ou unilaterais onerosos, bem como a possibilidade da revisão/resolução de contratos aleatórios, desde que o evento não tenha a mínima relação com a *alea* existente no negócio.

Nos contratos de adesão, o princípio da boa-fé interpretativa é essencial para as partes, já que aquele a quem adere tal cláusula, deve saber ao mínimo seu significado, contudo, nos dias atuais, o pactuante não tem a noção do que assina, muito menos a lê, tornando-se um óbice para que a base da execução contratual seja perfeitamente cumprida, havendo, futuramente, a necessidade de socorrer ao judiciário para decretar a nulidade de algumas cláusulas tidas como abusivas.

Segundo NORONHA (1994, p. 256):

Havendo dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu: é o princípio da interpretação contra o *proferentem*, ou da *illius interpretatio contra proferentem*, ou ainda a regra *in dubio contra stipulatorem*.

Conclui-se que a boa-fé interpretativa, deverá ser primaziada em relação à autonomia privada, criando mecanismos para favorecimento daquele que não tem conhecimento da cláusula que está aderindo, sendo que a interpretação contratual será realizada visando o seu favorecimento e não daquele que impôs a referida cláusula eivada de dubiedade.

3.1. Revisão judicial no código civil

O Código Civil, em suma, permite a revisão dos contratos, diante da cláusula *rebus sic stantibus*, comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, desde não haja a mora do devedor no momento da propositura da ação, sendo que pela teoria da imprevisão, deverá haver um fato imprevisível e extraordinário posterior à conclusão do contrato, que altera substancialmente a sua execução, este, por sua vez deverá vir concomitantemente com a lesão enorme e de difícil reparação, bem como a onerosidade excessiva, esse é o entendimento que se extrai da obra de TARTUCE (2016, p. 180-191).

A possibilidade de revisar os contratos está previsto no Art. 478 do Código Civil, bem como Art. 317 e os princípios já relatados, aquele traz em seu texto:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude

de de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O artigo faz menção à resolução por fato superveniente, contudo diante da conservação dos negócios jurídicos a jurisprudência e doutrina reconhecem a possibilidade da revisão dos contratos ao invés de sua extinção, aplicando-se assim, para equilibrar a relação negocial, o artigo 480 do Código Civil.

Conforme DINIZ (2016, p. 164):

[...] o órgão judicante deverá, para lhe dar ganho de causa, apurar rigorosamente a ocorrência dos seguintes requisitos: a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada; b) alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do benefício exagerado para o outro; c) onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando celebraram o contrato, não possam ter revisto esse evento anormal, isto é, que está fora do curso habitual das coisas, pois não se poderá admitir a *rebus sic stantibus* se o risco advindo for normal ao contrato.

Ademais, conforme o Enunciado n. 440 da V Jornada de Direito Civil: “É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”, assim nos contratos de seguro, plano de saúde, onde tem prêmio pago, havendo onerosidade excessiva, possibilita-se a revisão.

Em relação à onerosidade, não é exigido ser provada que a outra parte auferiu grande vantagem, mas apenas que uma das partes sofreu grande prejuízo, desequilibrando a base contratual. A imprevisibilidade, nos dias atuais, tornou-se o fator impeditivo mais comum nas revisões contratuais, pois os tribunais dificilmente acatam algum fato como imprevisível, desde a variação da moeda, escala inflacionária, desemprego, a fim de tornar sólido o pactuado, observado o princípio da conservação contratual.

Além da possibilidade de revisão mediante fatos supervenientes, existe a possibilidade de revisão de fatos pré-existentes, se o contrato desde a sua conclusão, detinha vício do negócio jurídico, denominado lesão. Conforme artigo 157 do Código Civil, ao se pactuar um negócio jurídico sob premente necessidade ou por inexperiência, se submetendo a uma situação sem paridade e proporcionalidade, desde que presente a onerosidade excessiva, este fato levaria à resolução contratual, contudo mediante a aplicação do princípio da conservação dos contratos, a jurisprudência primazia a sua revisão, conforme Enunciado



n. 149 do CJF/STJ:[...] “a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação”[...].

A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do *pacta sunt servanda*².

De outro norte, em relação à lesão enorme, afirma a jurisprudência catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - JUROS REMUNERATÓRIOS - CONTRATOS ANTERIORES À TABELA DO BACEN (1999) - APLICAÇÃO DA TAXA DE JUROS AVENÇADA - TEORIA DA LESÃO ENORME - NÃO ACOLHIMENTO - INOCORRÊNCIA DE DESPROPORÇÃO DO LUCRO OBTIDO PELA CASA BANCÁRIA COM RELAÇÃO ÀS PRESTAÇÕES AVENÇADAS - ÔNUS SUCUMBENCIAIS - MANUTENÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. Nos contratos anteriores à publicação da tabela que estabelece a taxa média de mercado (Circular n. 2.957, de 30.12.1999, do Banco Central do Brasil), deve prevalecer a taxa de juros pactuada. Para a aplicação da teoria da lesão enorme é necessária a presença dos seguintes requisitos: a) a desproporção das prestações, quando o lucro obtido pela instituição financeira for excessivamente superior à prestação estipulada no contrato; e, b) o aproveitamento, por um dos contratantes, da inexperience demonstrada pelo outro, fator comprometedor da validade da avença. Não configurados estes requisitos e, tendo em vista a legalidade da taxa de juros avençada, não há falar em teoria da lesão enorme, porquanto as obrigações pactuadas não geraram lucro excessivo para a instituição financeira³.

Portanto, a jurisprudência expõe que para estar caracterizada a lesão enorme, deverão estar presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos (art. 157, CC/2002), bem como deverá haver cláusulas abusivas nos contratos leoninos, porquanto a lesão enorme consiste na exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, gerando locupletamento para a instituição financeira, ou seja, um resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado, ora consumidor.

3.2. Da revisão judicial no código de defesa do consumidor

Ab initio, inegável a aplicação dos preceitos do código de defesa do consumidor nos contratos celebrados com instituição financeira, conforme a súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, eis que, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, §2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.

Segundo TARTUCE (2016, p. 192-199), a revisão contratual por fato superveniente presente no código de defesa do consumidor não é o mesmo que aquele do código civil, porquanto para o consumidor requerer a revisão contratual judicialmente, basta o preenchimento de poucos requisitos, não tão rigorosos. De forma simples, aquele adotou a teoria da base objetiva do negócio, bastando a simples onerosidade excessiva, dispensando a prova da imprevisibilidade para a revisão contratual, como exigido no código civil.

Ademais, há a possibilidade revisão de contratos bancários de execução imediata ou instantânea, desde que presentes abusividades, conforme Súmula 286 do STJ, em que a renegociação ou a confissão de dívida não impede a revisão do contrato original/extinto, desde que as cláusulas abusivas estejam impetradas no referido negócio.

Em relação as entidades bancárias a jurisprudência tende a mitigar os principais princípios que norteiam o *pacta sunt servanda*, permitindo a revisão de contratos em que o contratante esteja in mora, pois segundo o STJ, a cobrança de valores abusivos por entidades bancárias descaracteriza o inadimplemento relativo do devedor, no montante de sua abusividade⁴.

Contudo, indo à contraponto a Súmula 380 do STJ explicita que, *in verbis*, “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”, assim, se o consumidor propõe uma ação de revisão de contrato, não irá suspender a eficácia de uma liminar de busca e apreensão, em caso de cédula de crédito bancário com garantia de alienação fiduciária, exceto no caso de comprovada abusividade e concomitantemente deferida uma eventual tutela de urgência de natureza antecipada.

Assim, decidiu o E. TJSC:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. LIMINAR DEFERIDA. INSURGÊNCIA DA DEVEDORA FIDUCIANTE. PRETENSÃO DE SOBRES-

² STJ, AgRg no Ag 1383974/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13-12-2011. Disponível em: <https://bit.ly/2MfxnuY>. Acessado em 25/01/2017.

³ TJSC, Apelação Cível n. 2003.005343-3, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 31-05-2007. Disponível em: <https://bit.ly/2xnGdRV>. Acessado em 25/01/2017.

⁴ STJ, AgRg, AgRg no REsp 979.132/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma j. 21.10.2008, DJe 03.11.2008. Disponível em: <https://bit.ly/2QyA91J>. Acessado em 02/02/2017.



TAR A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM RAZÃO DO PRÉVIO AJUIZAMENTO DE AÇÃO REVISIONAL DO CONTRATO BANCÁRIO. MERA PROPOSITURA DE REVISÃO QUE NÃO DESCARACTERIZA A MORA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 380 DO STJ. AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA MANTER A DEVEDORA NA POSSE DO BEM. SUSPENSÃO DO PROCESSO DE BUSCA E APREENSÃO INCABÍVEL. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. [...]RECURSO EM PARTE CONHECIDO E DESPROVIDO⁵.

Mutatis mutandis, acerca do tema, leciona TARTUCE (2016, p. 193):

Na esfera contratual, o CDC inseriu no sistema a regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor poderá ensejar a chamada revisão contratual por fato superveniente, prevendo também o afastamento de uma cláusula abusiva, onerosa, ambígua ou confusa (art. 51 e 46 da lei 8.078/1990) e a interpretação do contrato sempre em benefício do consumidor (art. 47).

In fine, verifica-se que a simples onerosidade excessiva em relação ao consumidor já permite a revisão, na medida em que o contrato não estaria cumprindo com sua função social, necessitando que o judiciário aplique a justiça contratual por meio da equivalência material.

Em seu art. 6º, nos direitos básicos do consumidor, o inciso V traz, de forma expressa, a revisão contratual, ante a possibilidade de ocorrer *“a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”*.

Assim, o código de defesa do consumidor traz instrumentos que possibilitam a revisão contratual, mesmo que o consumidor que não tenha o contrato, pois, como é documento comum à ambas as partes, simples pedido de exibição de documentos resolverá o óbice, bem como uma tutela cautelar, seja de forma incidental ou antecedente, já que o novo CPC extinguiu a ação cautelar de exibição de documentos. Ainda há a possibilidade de ingressar com ação revisional sem acostar o contrato bancário, momento em que o consumidor irá requerer a inversão do ônus da prova exigindo a entrega do referido documento, pois, comumente não é dado à parte cópia das condições dos contratos, contendo os encargos contratuais pactuados, sob o princípio da boa-fé interpretativa.

Segundo NUNES (2009, p. 118):

A garantia de revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas tem, também, fundamento nos

outros princípios instituídos no CDC: boa-fé e equilíbrio (art. 4º, III), vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I), que decorre do princípio maior, constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CF). Entenda-se, então claramente o sentido de revisão trazido pela lei consumerista. Não se trata de cláusula *“rebus sic stantibus”*, mas sim de revisão puta, decorrente de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não a previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos.

Assim, no tocante à onerosidade excessiva, vem decidindo o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. TESE ARREDADA. CONTRATOS DE ADESÃO. PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA MITIGADO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À RELAÇÃO JURÍDICA FORMADA ENTRE AS PARTES. ARTS. 2º E 3º DO CDC. SÚMULA 297 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS, SEM QUE ISSO IMPLIQUE EM VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À BOA-FÉ CONTRATUAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 6º E 54 DO CDC. APELO NÃO PROVIDO NESSE ASPECTO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. PACTUAÇÃO EM PERIODICIDADE DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA QUE É VEDADA, PORQUE IMPORTA EM ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. [...]RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO⁶.

Insta salientar, que não há apenas possibilidade da revisão contratual por fato posterior à celebração, mas também por motivo anterior, desde que presentes no contrato as cláusulas abusivas elencadas no rol exemplificativo, do art. 51 do CDC, caracterizando a lesão.

Ademais, verifica-se que mesmo havendo cláusulas abusivas nos contratos bancários, deverá o autor indicá-las de forma específica, sem pedidos genéricos, conforme determina o CPC, tornando-se um óbice para a propositura do feito, eis que a maioria dos contratantes não possui cópia do contrato pactuado, atrasando o feito, pois a Súmula 381 do STJ prevê que *“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”*. Desta forma, face a alteração

⁵ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.016369-7, de Itajaí, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 15-03-2016. Disponível em: encurtador.com.br/nJ467. Acessado em 28/02/2017.

⁶ TJSC, Apelação Cível n. 2015.082572-1, de Laguna, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 10-12-2015. Disponível em: encurtador.com.br/oHS01. Acessado em 04/02/2017.



legislativa, deverá o consumidor ingressar com exibição de documentos, ou até mesmo uma tutela cautelar antecedente para requerer a exibição do mesmo.

Ressalta-se que tal súmula ofende o código de defesa do consumidor, eis que por se tratar de norma de ordem pública, o juiz deverá conhecer *ex officio*, já que está em jogo princípios como a justiça contratual, função social dos contratos, isonomia, dentre outros, sendo as cláusulas abusivas de interesse público, e não apenas privado, tendo em vista que os contratos de adesão são os mesmos para diversos consumidores, apenas mudando a titularidade.

No contrato de adesão, permite-se a inclusão de cláusula resolutória, conforme art. 54, § 2º do CDC, onde, *ipsis litteris*, “Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior”. O exemplo mais utilizado desta cláusula, dar-se nos contratos bancários de alienação fiduciária de bem móvel, presente no Decreto-lei 911/1969, com nova redação dada pela lei 10.931/2004 e Lei 13.043/2014, em seu art. 3º, §1º e 2º, o devedor poderá, após a apreensão do bem, purgar a mora, pagando os valores cobrados pelo credor na exordial, conforme jurisprudência do STJ, incidindo o vencimento antecipado da obrigação, sendo que após a purgação, o contrato será extinto, e o bem retornará ao devedor, caso contrário será dada posse plena à instituição financeira do bem dado em garantia, podendo o devedor, purgar a mora e continuar com o contrato, caso seja apenas as parcelas vencidas, ou extinguir com o contrato, ante o vencimento antecipado, caso o credor opte por este.

Ainda, em recente decisão do STJ (Resp 1.622.555/MG), em tais contratos não é aplicável a teoria do adimplemento substancial, porquanto o decreto lei retro citado, norma de caráter especial, não prevê a possibilidade de tal instituto, mas sim a alienação do bem dado em garantia em leilão, outro prejuízo ao consumidor frente ao lobby dos banqueiros, dando espreque a supremacia do direito econômico.

Assim, o TJSC tem decidido conforme matéria pacificada no STJ, pela resolução contratual, ao invés de conservar o pactuado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA [...]. INTERLOCUTÓRIA QUE CONSIGNOU, OUTROSSIM, QUE A PURGAÇÃO DA MORA DEPENDERIA DO DEPÓSITO DAS PARCELAS VENCIDAS ACRESCIDAS DE ENCARGOS MORATÓRIOS, CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA [...]. PURGAÇÃO DA MORA. TESE DE QUE É NECESSÁRIO O PAGAMENTO INTEGRAL DA DÍVIDA. ACOLHIMENTO. EXEGESE DO ART. 3º, §§ 1º E 2º DO DECRETO-LEI N. 911/1969, COM NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.931/2004. MATÉRIA PACIFICA-

DA NO STJ, NO ÂMBITO DE RECURSO REPETITIVO. DECISÃO REFORMADA NESTE ASPECTO[...] pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária” (REsp n. 1.418.593/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14-5-2014). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO⁷.

Extrai-se do julgado citado que, nos tempos atuais, não se dá mais à parte devedora da obrigação a possibilidade de purgar a mora parcialmente, visando a conservação do contrato, mas sim a extinção caso está não a efetue, retornando ao *status quo ante*.

4. As ações revisionais de contratos bancários no novo CPC

Primeiramente, insta salientar que o novo CPC disciplinou a petição inicial desta ação de procedimento comum com mais rigorosidade, tendo em vista que o legislador impôs a penalidade de inépcia da petição inicial, conforme art. 330, § 2º, *in verbis*:

Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.

Neste viés, tal excerto legal resta por corroborar a Súmula 381 do STJ, tendo em vista que o juiz não poderá analisar e deferir nada a mais daquilo do que foi requerido na peça exordial, sob pena de sua decisão ser extra ou ultra petita, sendo vedado ao autor realizar pedidos genéricos neste tipo de ação. Desta forma, o juiz quedará inerte, mesmo que visando as abusividades, ainda que tendo natureza de ordem pública, não serão reconhecidas *ex officio*.

Tal artigo acabou por se tornar um empecilho para a propositura da respectiva ação, pois as instituições financeiras raramente entregam cópia do respectivo contrato, como é notório, tendo o autor/consumidor realizar pedidos extrajudiciais ou até mesmo ações cautelares para conseguir o dito contrato, a fim de revisá-lo. Acaba por prejudica-lo, eis que na medida em que necessitará da revisão, poderá incorrer *in mora*, pois diante das cláusulas abusivas e orientações jurídicas, as partes deixam de adimplir com sua obrigação contratual, antes mesmo da liminar que autorizaria tal conduta pelo magistrado.

⁷ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.022807-2, de Itajaí, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 24-05-2016). Disponível em: encurtador.com.br/hloO5. Acessado em: 02/02/2017.



Outro assunto a ser tratado no presente é da necessidade do contrato que se pretende revisar ser juntado concomitantemente com a inicial, já que é um documento indispensável à propositura da ação, art. 320 do CPC, pois dele resulta a prova da relação negocial, bem como o juiz consegue verificar a probabilidade do direito da parte em relação às cláusulas abusivas, caso haja tutela antecipada de urgência. Contudo, como é sabido, o código de defesa do consumidor aplica-se às instituições financeiras, portanto mediante inversão do ônus probatório ou até mesmo simples requerimento de exibição de documentos já restará suprido o vício.

Ressalta-se que a ação de exibição de documentos não é o meio mais célere para tanto, dificilmente acatado e procedente, porquanto deverá o autor ter requerido a apresentação do contrato extrajudicialmente/administrativamente, conforme jurisprudência do STJ.

Além dos pontos retro citados, o valor da causa é outro ponto a ser debatido, porquanto o art. 292 do CPC, em seu inciso II, versa que, *na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida*. Assim, o novo CPC tipifica valor da causa para ação revisional de contrato, que antes era unicamente o valor do ato, agora passa a ser o valor da parte controvertida, a doutrina e jurisprudência têm entendido que quando se tratar de revisão integral do contrato utiliza-se o valor referente ao ato, já quando for parcial, apenas a parte controvertida, aquela não se está discutindo judicialmente, conforme entendimento do STJ⁸, bem como do doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 890-891).

A valoração da causa na ação revisional quase nem sempre é respeitada, porquanto em fase de cognição sumária é difícil e oneroso saber qual o proveito econômico terá o consumidor, já que se necessita de perícia, bem como a jurisprudência não é pacífica no tocante à determinadas cláusulas, correndo o risco de valoração errônea, o que acarretará no recolhimento de custas iniciais de forma incongruente, bem como em condenação à honorários advocatícios futuramente em desacordo com o proveito econômico, eis que necessitará da liquidação da respectiva sentença.

In fine, há a possibilidade de fixação da causa *ex officio* pelo magistrado (art. 292, §3º do CPC), mas neste tipo de ação não seria passível de fixação, porque não se sabe em fase de cognição sumária qual o montante exatamente controvertido, como já exposto.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina vem mitigando tais pressupostos, diante dos princípios da justiça material, e da aplicação do código de defesa do

consumidor. Conforme julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E EXTINÇÃO DA DEMANDA ANTE A INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 285-B DO CPC. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. PARTE AUTORA QUE, EMBORA NÃO POSSUIDORA DO CONTRATO REVISANDO, INDIVIDUALIZA O PACTO A SER BALIZADO, ELENCA OS ENCARGOS QUE REPUTA ABUSIVOS, INDICA A TAXA DE JUROS QUE ENTENDE DEVIDA, REQUER A CONSIGNAÇÃO DO VALOR INTEGRAL DA PRESTAÇÃO, PUGNA PELA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA A APRESENTAÇÃO PELO RÉU DO CONTRATO. REQUISITOS DE CERTEZA E DETERMINAÇÃO ATENDIDOS. CUMPRIMENTO DO ESTABELECIDO NO ART. 285-B DO CPC/1973. SENTENÇA CASSADA. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO NESTA INSTÂNCIA. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA NA ORIGEM QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO⁹.

Sobre o tema a doutrina de DIDIER JR (2015, p. 555-556) expõe:

O §2º do art. 330 CPC traz outro caso de inépcia: “§ 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito”. Assim, proposta demanda que tenha por objeto a discussão de dívida oriunda de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, cabe ao autor identificar, precisamente, qual o valor que pretende controverter e qual é a parcela incontroversa. Ou seja: não basta o pedido de revisão de dívida, é preciso especificar o que se discute. Não discriminado este valor, cabe ao juiz determinar a intimação do autor para que emende a petição inicial; não retificado o defeito, a petição há de ser indeferida, por inépcia. A pergunta cuja resposta não se encontra no texto normativo é a seguinte: não adimplida a parcela controversa, há mora? Se não houver decisão judicial provisória em sentido contrário (tutela antecipada), há mora. A simples propositura da demanda para a discussão de um negócio jurídico não tem o efeito de suspender a eficácia desse negócio. De todo modo, não há qualquer razão para que a regra não se aplique a outros contratos: sempre que o devedor vier a juízo controverter parcela de um negócio jurídico, tem de, na inicial, discriminar o que é

⁸ BRASIL. STJ, AgRg no agravo de instrumento Nº 1.253.347 - ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma. J. 16/09/2010, DJe 24/09/2010. Disponível em: encurtador.com.br/gtKW3. Acessado em 04/03/2017.

⁹ TJSC. Apelação n. 0018900-73.2012.8.24.0064, de São José Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira. Disponível em: encurtador.com.br/degA2. Acessado em: 02/02/2017.



e o que não é objeto da discussão judicial, sob pena de inépcia.

Assim, resta claro que a inclusão de tais penalidades frente ao consumidor soa como um facilitador da prospecção, por parte das grandes empresas, do montante das possíveis condenações, criando mais uma complicação para o acesso à Justiça da parte hipossuficiente, indo de encontro com os preceitos insculpidos no código de defesa do consumidor, já que este, mediante fato superveniente que venha abalar a estabilidade no adimplemento das obrigações, vê, na revisão judicial, a possibilidade de manutenção da posse do bem dado ao contrato de empréstimo com alienação fiduciária.

Contudo diante de tais dispositivos, impõe-se uma onerosidade excessiva em relação ao consumidor, o qual terá de requerer o contrato administrativamente para especificar as cláusulas que pretenda revisar, sendo que a sua falta, não causará inépcia, mas também não resultará na tutela pretendida, já que não há contexto probatório para que o magistrado verifique a real abusividade para conceder à tutela antecipada para obstar a mora e seus efeitos.

4.1 Da tutela antecipada de urgência

Um dos principais instrumentos utilizados, nas revisões de contratos, é a tutela antecipada urgência, se não o motivo para a propositura de tal ação, já que pelo código de defesa do consumidor este poderá requerer a revisão do contrato mesmo estando in mora. Ademais, notório na prática forense que uma das causas que levam à ingressar em juízo é a propositura pela instituição financeira de ação de busca e apreensão/reintegração e manutenção de posse do bem dado em garantia ao contrato, ou uma ação executiva, caso se tratar de contratos com força executiva conferidas por lei, sendo que o consumidor, a fim de resguardar o seu bem, pugna pela tutela, na ação revisional. Contudo, para sua concessão exige-se vários requisitos, por demais onerosos, já que a simples propositura da ação revisional não obsta o prosseguimento de busca e apreensão e demais, salvo se deferido a tutela para obstar a mora.

Desta forma, para que seja deferida a tutela antecipada os magistrados têm verificado a existência do *periculum in mora*, *fumus bom iuris*, e a probabilidade do direito, em que o primeiro se caracteriza pelo perigo na demora da prestação judicial, como a presença de busca e apreensão e inscrição no cadastro de inadimplentes.

Já o segundo, verifica-se mediante a apresentação do contrato concomitantemente com a exordial, a fim de examinar eventuais abusividades, porquanto algumas cláusulas alegadas como abusivas, não são assim consideradas pela jurisprudência. Por fim, o *fumus bom iuris* está presente mediante ao depósito incidental das parcelas do contrato, até que se resolva a lide, sendo este último prejudicial para o consumidor, porquanto em momento

de dificuldade financeira que ensejou a revisão contratual, dificilmente poderá dispor do montante para consignar judicialmente a fim de afastar a mora.

Conclui-se, portanto, que a presença concomitante dos três requisitos é essencial para o deferimento da tutela de urgência antecipada, com a finalidade afastar a mora e garantir a manutenção da posse do bem dado em garantia ao contrato até a final resolução da lide.

Assim o TJSC, tem decidido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CONSTITUTIVA. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. [...] ALEGAÇÃO DE QUE TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR ESTÃO ATENDIDOS. PROVIMENTO. EMPREGO DA ORIENTAÇÃO N. 4 DO RESP. N. 1.061.530/RS, NO QUAL FOI INSTAURADO INCIDENTE DE RECURSO REPETITIVO PARA AFERIÇÃO DOS MENCIONADOS PRESSUPOSTOS À CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. "O entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito de recurso especial afetado ao regime do art. 543-C do CPC é no sentido de que a vedação de inscrição nos órgãos de proteção ao crédito só pode ser imposta se, simultaneamente: "I) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; II) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; III) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz" (REsp 1.061.530/RS, Segunda Seção, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 22-10-2008). VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. ENCARGOS DE NORMALIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM PERIODICIDADE DIÁRIA. ABUSIVIDADE EVIDENCIADA. "ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA. "a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual" (STJ, REsp 1.061.530/RS, Segunda Seção, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 22-10-2008). DEPÓSITO INCIDENTAL DOS VALORES INCONTROVERSOS. REQUERIMENTO EXPRESSO DO AUTOR NESSE SENTIDO. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA QUE SE IMPÕE. [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO¹⁰.

Sobre a importância da tutela, MARINONI (2015, p. 118) leciona:

O NCPC não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o



condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva - ou o direito fundamental de ação: - garante o direito à tutela urgente, aí inserido o direito à liminar inaudita altera parte.

In fine, resta evidente que diante da necessidade do consumidor, tal tutela é imprescindível para evitar eventual dano irreparável, já que diante do ajuizamento de busca e apreensão, com a abusividade contratual, não tendo o autor possibilidade de depositar incidentalmente parcela incontroversa, este fica à mercê da instituição financeira, sendo que na maioria das vezes, adimpliu significativamente grande parte contratual, contudo para que o adimplemento substancial seja caracterizado a jurisprudência é muito mais rigorosa, sendo o consumidor, diante de tantos instrumentos, resta por ser beneficiado por nenhum, eis que a condição que o fez descumprir o contrato é a mesma que indefere o pedido de tutela antecipada.

Mutatis mutandis, há ainda a possibilidade de requerimento da repetição do indébito, na forma do artigo 42 do código de defesa do consumidor, devendo a instituição financeira devolver em dobro o montante indevidamente cobrado, contudo imprescindível a demonstração da má-fé por parte da instituição financeira para sua caracterização, que na maioria dos casos não são configurados, pois há divergências jurisprudenciais em relação à cláusulas tidas como abusivas, as quais ainda estão em recurso especial (como por exemplo, o REsp 1.578.526), sendo suspensos os feitos que versam sobre determinada cobrança, resultando na demora da prestação jurisdicional.

5. Considerações finais

Desta forma, conclui-se que o contrato de adesão é aquele em que as cláusulas contratuais são predispostas por uma das partes, de forma plena ou restrita, restando à outra a opção de aceitá-las ou não.

A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em permitir a revisão judicial dos contratos de adesão, sob ótica do código de defesa do consumidor, desde que haja onerosidade excessiva para uma das partes, sem precisar provar o proveito econômico da outra parte, para a revisão contratual pelo código civil, não deverá haver mora por parte do devedor no momento da propositura da ação, sendo que pela teoria da imprevisão, deverá haver um fato imprevisível e extraordinário posterior à conclusão do contrato, que altera substancialmente a sua execução, este, por sua

vez deverá vir concomitantemente com a lesão enorme e de difícil reparação, bem como a onerosidade excessiva, mitigando o *pacta sunt servanda*.

Ademais, os pressupostos essenciais da ação, valor da causa e os seus documentos indispensáveis e pedidos, diante da nova sistemática do CPC/2015, restaram mitigados pela jurisprudência, já que na relação de consumo o hipossuficiente deverá ter acesso à justiça e os privilégios constituições exauridos no código de defesa do consumidor, assim o direito econômico não se sobressaiu sobre tal *códex* legal, sendo a alteração legislativa do novo cpc uma mera lei de letra morta, pois como já relatado, é mitigado pela jurisprudência catarinense.

Por fim, a tutela antecipada de urgência resta por ser um remédio para evitar a constituição *in mora* do inadimplemento nas cédulas de crédito bancário com alienação fiduciária, sendo que a partir do seu deferimento, obsta o prosseguimento de ações expropriatórias, garantindo a permanência da posse do bem, porém seus requisitos são por demais onerosos, muitas vezes, inalcançável pelo consumidor, já que necessita de cópia do contrato (muitas vezes não entregues na hora da pactuação), bem como o depósito do valor incontroverso e ter incorrido ou venha a correr o risco de algum dano irreversível, caracterizando o perigo na demora.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. STJ, AgRg no Ag 1383974/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13-12-2011. Disponível em: <https://bit.ly/2MfxnuY>. Acessado em 25/01/2017.

BRASIL. STJ, AgRg, AgRg no REsp 979.132/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma j. 21.10.2008, DJe 03.11.2008. Disponível em: <https://bit.ly/2O1jCSk>. . Acessado em 02/02/2017.

BRASIL. STJ, AgRg no agravo de instrumento Nº 1.253.347 - ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma. J. 16/09/2010, DJe 24/09/2010. Disponível em: <http://www.direitocom.com/wp-content/uploads/Juris-STJ-Art.-259-do-CPC-N%C3%A3o-incid%C3%A2ncia-do-art.-259-V.pdf>. Acessado em 04/03/2017.

BRASIL. TJSC, Apelação Cível n. 2003.005343-3, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 31-05-2007. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAOIBFA-AB&categoria=acordao. Acessado em 25/01/2017.

¹⁰ TJSC, Agravo de Instrumento n. 4007655-53.2016.8.24.0000, de Fraiburgo, rel. Des. Rejane Andersen, j. 06-12-2016. Disponível em: encurtador.com.br/FKUYZ. Acessado em: 05/02/2017.



BRASIL. TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.016369-7, de Itajaí, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 15-03-2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=busca%20e%20apreens%20o%20revis%20o%20de%20contrato%20suspens%20o%20tutela&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqPIAAC&categoria=acordao. Acessado em 28/02/2017.

BRASIL. TJSC, Apelação Cível n. 2015.082572-1, de Laguna, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 10-12-2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqGnAA-T&categoria=acordao. Acessado em 04/02/2017.

RASIL. TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.022807-2, de Itajaí, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 24-05-2016). Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANr-f4AAM&categoria=acordao. Acessado em: 02/02/2017.

BRASIL. TJSC. Apelação n. 0322070-87.2014.8.24.0038, de Joinville Relatora: Desa. Subst. Denise de Souza Luiz Francoski. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAIoVAAAL&categoria=acordao_5. Acessado em 02/02/2017.

BRASIL. TJSC, Agravo de Instrumento n. 4007655-53.2016.8.24.0000, de Fraiburgo, rel. Des. Rejane Andersen, j. 06-12-2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAJG7pAAE&categoria=acordao_5. Acessado em: 05/02/2017.

DIDIER, JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, vol. 4: contratos, tomo I, teoria geral*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao código de defesa ao consumidor*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA: A CONSTRUÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO BRASIL

ACCESS TO JUSTICE AND PUBLIC DEFENDER: THE CONSTRUCTION OF FREE LEGAL ASSISTANCE IN BRAZIL

Luísa Fófano Chudzij ¹

¹ Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Paraná. E-mail: luisachudzij@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho toma por objeto de estudo a Defensoria Pública e o seu papel como instrumento viabilizador do amplo acesso à Justiça na atualidade. O escopo da pesquisa pauta-se na análise da construção da assistência jurídica gratuita no Brasil, especialmente quanto à função da Defensoria Pública e os problemas funcionais e territoriais enfrentados pela instituição. O método utilizado para a construção das principais ideias textuais foi o método dedutivo, partindo de uma abordagem qualitativa, de coleta de dados secundários e de pesquisa bibliográfica como fonte da construção do raciocínio. Será abordada, primeiramente, uma perspectiva da relação entre o direito de acesso à Justiça, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao mínimo existencial, por meio da qual haverá a construção de uma linha de raciocínio para a compreensão do surgimento da Defensoria Pública dentro de um contexto de ascensão de uma assistência jurídica gratuita. Em seguida, será realizada uma diferenciação entre justiça gratuita, assistência judiciária gratuita e assistência jurídica gratuita. Esses apontamentos são necessários para a melhor compreensão da evolução da assistência jurídica gratuita no Brasil, para que, posteriormente, possa-se abordar o papel da Defensoria Pública dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. Por fim, será realizada uma análise dos principais entraves à efetividade da instituição e de possíveis soluções. Conclui-se que a Defensoria Pública é uma instituição relativamente recente, mas essencialmente relevante, visto que a consolidação do Estado Democrático de Direito somente ocorrerá quando houver um pleno acesso à Justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Dignidade da pessoa humana. Assistência Judiciária. Assistência Jurídica. Defensoria Pública.

Abstract

The present study takes as object of study the Public Defender and its role as an enabling instrument of access to Justice, nowadays. The scope of the study is based on

the analysis of the construction of free legal assistance in Brazil, especially as regards the function of Public Defender and the functional and territorial problems faced by the institution. The method used to construct the main textual ideas was the deductive method, starting from a qualitative approach, of secondary data collection and bibliographical research, as sources of the construction of the reasoning. It will first address a perspective on the relationship between the right to access to Justice, the principle of the dignity of the human person and the right to existential minimum, through which a line of reasoning will be constructed to understand the emergence of the Public Defender within from a context of popular legal advice. There will then be a differentiation between free justice, free judicial assistance and free legal assistance. These notes will be necessary for a better understanding of the evolution of popular assistance in Brazil, so that, later on, the role of the Public Defender can be addressed within the context of the Democratic State of Law. Finally, an analysis of the main obstacles to the effectiveness of the institution and possible solutions will be carried out. It is concluded that the Public Defender is a relatively recent institution, but essentially relevant, since the consolidation of the Democratic State of Law will only occur when there is full access to justice, otherwise, this right will only be a privilege for some people.

Keywords: Access to Justice. Dignity of the human person. Judicial Assistance. Legal Assistance. Public Defender.

1. Introdução

A Defensoria Pública é uma instituição pública, cuja incumbência principal é a prestação de assessoria jurídica gratuita para sujeitos que não podem arcar com as despesas por esse serviço. Essa e muitas outras funções atribuídas à instituição são essenciais para a concretização de direitos constitucionalmente garantidos em um Estado Democrático de Direito e, sua efetividade, muitas vezes, acaba sendo comprometida em razão de diversos fatores. Dentre tais empecilhos há que se destacar a morosidade na instalação de Defensorias Públicas ao longo do país, a disparidade entre os Estados no que tange à efetividade da instituição e, inclusive, a escassez de Defensores Públicos e a falta de verbas destinadas à concretização da assessoria jurídica gratuita.

À vista disso, o escopo do artigo é o estudo do papel da Defensoria na atualidade, em especial, dos problemas



enfrentados pela instituição, seja em relação às questões de efetividade territorial, seja em decorrência de sua função de promoção do amplo acesso à Justiça para a população menos abastada. Logo, o propósito fundamental é a compreensão do papel da Defensoria Pública e dos entraves existentes no contexto brasileiro à efetividade da instituição.

O método utilizado para a construção das principais ideias textuais foi o dedutivo, pois o presente trabalho partiu de uma situação geral, Defensoria Pública, para analisar o contexto na qual esta instituição está inserida, seus problemas e possíveis soluções.

Para tanto, parte de uma abordagem qualitativa e realiza uma coleta de dados secundários, tendo em vista a utilização de dados empíricos gerados pela ANADEP- Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos- além do Mapa da Defensoria Pública no Brasil, o qual fora realizado partindo de estudos realizados pela ANADEP e pelo IPEA. Ademais, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como fonte da construção do raciocínio.

A presente pesquisa visa, inicialmente, delimitar a significação da premissa do acesso à justiça, entrelaçando tal objetivo com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Ulteriormente, depois de realizada a construção da base paradigmática que sustentará o desenvolvimento da pesquisa, há um breve estudo da evolução da assistência jurídica gratuita no Brasil, perpassando pelos momentos em que havia tão somente a assistência judiciária até a implementação da assistência jurídica, tendo como fontes a bibliografia pertinente e a legislação específica acerca do tema. Na sequência, realiza-se uma abordagem acerca do papel da Defensoria Pública para a efetivação do acesso à Justiça no contexto do Estado Democrático de Direito. E, finalmente, discorre sobre os principais entraves à efetividade da instituição, tendo em vista a essencialidade do pleno acesso à Justiça pelos cidadãos.

2. Acesso à justiça e princípio da dignidade da pessoa humana

O acesso à Justiça é uma premissa basilar de diversos estudos, cuja significação varia de acordo com o contexto ao qual está inserida. Destaca-se, por exemplo, que, na perspectiva garantista, é tida, “[...] especialmente a garantia do direito de ação, como acesso ao Judiciário para preservação das liberdades públicas.” (COSTA NETO, 2012, p. 40) Ademais, a título exemplificativo, sob a ótica da democracia social, poderia ser compreendida como “[...] a viabilização da prestação de um serviço público de caráter essencial [...]” (COSTA NETO, 2012, p. 40).

Dessa maneira, em razão dos seus inúmeros significados, o direito de acesso à Justiça, para além da perspectiva de acesso ao Judiciário e da viabilização da prestação de um serviço público essencial, “[...] é um movimento para a efetividade dos direitos sociais, ou seja, para a efetivida-

de da igualdade” (CAPEPELLETTI; GARTH; NORTHFLEET, 1988. Nada mais é do que um mecanismo apto a efetivar os princípios e direitos do Estado Democrático, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Ingo Sarlet (2016), “[...] a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção”. (2016, p. 20- 21) Dessa maneira, “[...] a dignidade constitui atributo reconhecido a qualquer ser humano, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas e integrantes da comunidade humana [...]”. (SARLET; NETO, 2016, p. 20- 21).

Nesse ínterim, o direito ao acesso à Justiça envolve-se de um prisma de garantia para o reestabelecimento do status da dignidade, pois, sob a ótica da fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, é mister o direito fundamental ao mínimo existencial, o qual apresenta como escopo a garantia de condições mínimas para uma existência digna.

O direito ao mínimo existencial, nesse sentido, “trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica.” (BARROSO, 2015, p. 288) Assim, esse direito corresponde ao núcleo dos direitos fundamentais sociais.

O direito ao mínimo existencial está relacionado aos direitos básicos de que necessita uma pessoa para sua sobrevivência no meio social em que se situa, e que deve ser promovido pelo Estado através de condutas positivas mediante ações sociais que inclui a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social não apresentando condições de prover sua própria subsistência. (MARCO; MEDEIROS, 2015, p. 188)

É por meio do acesso à Justiça que qualquer sujeito poderá buscar a tutela do Estado na sua função jurisdicional, de modo a propiciar a concretização de direitos básicos dentro do contexto do mínimo existencial. E, principalmente, as consequências do amplo acesso à Justiça irão contribuir, de maneira significativa, para a construção de uma sociedade de tratamento isonômico, justa e solidária.

O direito fundamental à assistência jurídica constitui-se, assim, em um auxiliar ao direito ao mínimo existencial e à concretização da dignidade da pessoa humana, isso porque, “[...] o conteúdo dos demais direitos que compõe o mínimo existencial resultaria completamente esvaziado sem a possibilidade de as situações concretas de violações ou ameaça de violações a tais direitos serem levadas ao conhecimento do Poder Judiciário”. (FENSTERSEIFER, 2017)

O acesso à Justiça “[...] é um direito fundamental da pessoa humana, restando essencial até mesmo para a efe-



tivação dos demais direitos reconhecidos pelo Estado [...]” (ARTIOLLE, 2007, p. 134), podendo ser tido como um requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário que objetiva não apenas proclamar direitos, mas garantir inclusive.

Assim sendo, o acesso à Justiça significa algo para além da concepção tradicional de direito de ação ou do princípio da inafastabilidade, a questão fundamental desse direito é, na verdade, a viabilização do acesso à Justiça da maneira mais ampla possível, de modo a resguardar a dignidade da pessoa humana e garantir o direito ao mínimo existencial.

No entanto, embora seja um direito fundamental e uma garantia de todos os cidadãos, no cenário atual, o que se percebe é que apenas uma minoria dos cidadãos tem acesso efetivo à Justiça. Assim, “[...] os obstáculos criados por nosso sistema são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, notadamente pobres [...]” (COSTA NETO, 2012, p. 48).

É por esses motivos que a Defensoria Pública apresenta um papel tão essencial na atualidade. Essa instituição é um mecanismo de garantia do direito de acesso à Justiça, um instrumento de auxílio para pessoas que, por não possuírem condições financeiras, apresentam dificuldades em constituir um representante legal que as represente frente às suas necessidades jurídicas.

3. Distinções entre justiça gratuita, assintência judiciária e assistência jurídica

Antes de adentrar especificamente na análise acerca da assessoria jurídica gratuita existente no Brasil, é necessária a distinção entre: justiça gratuita, assistência judiciária gratuita e assistência jurídica gratuita.

Primeiramente, a justiça gratuita nada mais é do que a dispensa do pagamento antecipado de valores que são cobrados em cada processo, sendo um elemento relacionado a aspectos pré-processuais. Dessa forma, “[...] a expressão ‘justiça gratuita’ condiz com a liberação do pagamento de despesas referentes à execução de atividades que se relacionam com a efetivação de direitos, sejam judiciais ou não.” (ARTIOLLE, 2007, p. 119)

Já a assessoria judiciária gratuita “[...] relaciona-se à facilitação do acesso de pessoas carentes de recursos financeiros à estrutura estatal organizada especificamente para a resolução de conflitos de interesses, ou melhor, para que essas pessoas possam usufruir a função jurisdicional incumbida ao Poder Judiciário [...]” (ARTIOLLE, 2007, p. 119) A assessoria judiciária é a prestação de assistência dentro de um processo judicial, é algo mais restrito, pois está relacionada a um processo judicial específico. Pode ser realizada por um advogado ou defensor e até mesmo pelo Ministério Público em algumas situações excepcionais. Destaca-se que essa assistência pode ou não estar conectada com a justiça gratuita.

Por fim, a assessoria jurídica gratuita é o instituto

mais amplo de todos, devido ao fato de que engloba “[...] tanto a assistência em Juízo (assistência judiciária), quanto determinadas circunstâncias precedentes à postulação judicial, isto é, prestação de serviços relativos à consultoria e orientações jurídicas [...]” (ARTIOLLE, 2007, p. 119) Abrange aspectos pré-processuais, processuais e, inclusive, extra-processuais, destacando-se o aconselhamento jurídico.

Portanto, esse instituto não está restrito ao âmbito processual porque atua também extrajudicialmente. Destaca-se que essa assistência será prestada pelos mesmos sujeitos que prestam a assistência judiciária gratuita. Logo, a assistência jurídica é o instituto que garante com maior efetividade o acesso à Justiça.

4. Assistência jurídica gratuita no Brasil: o papel da defensoria pública

Diante das diferenças existentes entre os institutos da justiça gratuita, assistência judiciária gratuita e assistência jurídica gratuita, é de fundamental importância o enfrentamento de questões atinentes à evolução legislativa e, até mesmo social, da assistência gratuita ao longo dos anos no Brasil.

Os primeiros traços de assistência judiciária no Brasil foram apercebidos, em 1603, com a chamada “Ordenações Filipinas”, a qual consistiu em uma compilação jurídica com ordenações e leis do Reino de Portugal que, por um período, teve vigência no Brasil. Um dos legados das Ordenações é o princípio da gratuidade dos serviços advocatícios nas causas cíveis e criminais, o que garantiu, de certa maneira, a igualdade de condições dos sujeitos desprovidos em juízo. “Contudo, esse amparo legal aos necessitados não era de cunho processual, ou seja, como pressuposto de um devido processo legal. A assistência estava pautada em princípios cristãos de caridade.” (WEINTRAUB, 2000, p. 242)

Em 1870, foi instituída, pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, a assistência judiciária, ou seja, “[...] foi criado pelo Instituto dos Advogados no Rio, um conselho para prestar assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais, dando consultas e encarregando a defesa dos seus direitos a algum dos membros do Conselho ou Instituto.” (MESSITTE, 1967, p. 130)

Apenas com a Constituição de 1934 é que a assistência judiciária foi recepcionada constitucionalmente, tendo sido formalmente reconhecido o dever do Estado em prestar assessoria. Essa previsão estava contida no artigo 113, n. 32, da CF/34, cuja redação previa que “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.” (BRASIL, 1934)

No entanto, a Constituição Federal de 1937 não recepcionou a previsão da função do Estado da prestação de assessoria judiciária, mediante a criação de órgãos especiais. Em 1946, novamente a Constituição previu que o Poder Pú-



blico deveria conceder assistência judiciária aos necessitados, no artigo 141, §35, o qual determinou que “Art. 141. §35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.” (BRASIL, 1946)

Em 1950, foi publicada a Lei 1060, a qual estabeleceu as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados pelos poderes públicos federal e estadual, no entanto, no âmbito atual, essa Lei foi em grande parte revogada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015. Essa lei previa que bastava a mera declaração de pobreza para obter a assistência judiciária. Posteriormente, a Constituição Federal de 1967, bem como a Emenda Constitucional n. 01 de 1969, também abordaram a assistência judiciária no âmbito dos direitos e garantias individuais.

Assim, percebe-se que a assistência judiciária sempre foi uma preocupação das leis brasileiras, entretanto, apenas com a Constituição Federal de 1988 é que passou a haver uma discussão a respeito da assistência jurídica gratuita.

A Constituição Federal de 1988 incluiu como matérias legislativas a assistência jurídica e a criação da Defensoria Pública. Nesse sentido, “[...] o único método instituído com capacidade para democratizar o acesso à Justiça é a Defensoria Pública, a qual recebeu tratamento diferenciado em vista de seu fim.” (ARTIOLLE, 2007, p. 134)

O texto constitucional de 1988 prevê a assessoria jurídica e não assessoria judiciária como ocorreu nas Constituições anteriores, o que demonstra uma preocupação com a consultoria e a atividade jurídica extrajudicial, isto é, a assistência aos mais necessitados deve abranger inclusive a fase pré-processual. Nesse ínterim, há duas regras constitucionais que vão sustentar a assessoria jurídica, as quais estão previstas no artigo 5º, LXXIV e no artigo 134 da Constituição Federal.

O artigo 5º, LXXIV, CF, é considerado o artigo de regência da Defensoria Pública e determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988)

Já o artigo 134 da CF reconhece a Defensoria Pública como a instituição essencial ao funcionamento da justiça. Destaca-se que há a previsão de uma Seção destinada à Defensoria Pública dentro do Capítulo IV referente às funções essenciais à Justiça.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Somente em 1994, com a Lei Complementar 80, é que houve a organização das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como a prescrição

de normas gerais para a sua organização nos Estados. Destaca-se, nesse ponto, que as normas são gerais, pois cada Estado é incumbido da regulamentação de suas próprias Defensorias. Essa Lei determina as funções institucionais da Defensoria, sendo considerada como Lei de regência.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 assegurou às Defensorias Públicas Estaduais autonomia administrativa, bem como funcional, ou seja, acrescentou ao artigo 134 da CF, o § 2º, o qual, além de assegurar tais autonomias, conferiu-lhe o tratamento dispendido à Magistratura e ao Ministério Público, inclusive garantindo a prerrogativa da iniciativa quanto à proposta orçamentária dentro dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias. (BRASIL, 2004)

Em 2009, a Lei Complementar n. 132, trouxe para a figura do Defensor Público um maior protagonismo, ao permitir a promoção de ação civil pública e todas as demais espécies de ações que tutelam direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, cujo resultado possa ser benéfico para determinado grupo de pessoas hipossuficientes.

Em que pese as garantias supramencionadas, é de suma essencialidade o destaque da Emenda Constitucional 80/2014, a qual alterou a redação do artigo 134 e acrescentou o §4º ao referido artigo, cuja principal questão diz respeito ao estabelecimento de princípios institucionais que regem o funcionamento da Defensoria Pública, quais sejam: unidade, indivisibilidade e independência funcional. (BRASIL, 2014)

Isto posto, essa emenda traçou um novo perfil constitucional, pois além de prever a obrigatoriedade de uma ação do Poder Público com vistas a universalização do acesso à Justiça e da garantia da existência de Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo limite de 8 anos, previu que a Defensoria seria incluída em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, havendo uma separação com a previsão da advocacia. Além disso, explicitou quais as suas funções e reformou de maneira ampliativa o conceito desta instituição.

Logo, a criação da Defensoria Pública está diretamente relacionada com a evolução da assessoria judiciária gratuita para a assessoria jurídica gratuita prestada pelo Estado frente aos mais necessitados. Pode ser considerada como um instrumento de efetividade aos demais direitos e, principalmente, ao preceito da dignidade da pessoa humana, já que vai proporcionar um amplo acesso à Justiça, por ser um instrumento garantidor de cidadania.

Sendo assim, a Defensoria Pública foi instituída como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, sendo de suma importância para a função jurisdicional do Estado. Apresenta como missão a defesa de todos os necessitados e em todos os graus de jurisdição, além de realizar uma orientação em problemas jurídicos, ou seja, objetiva a promoção da justiça social.

Nesse sentido, segundo Nelson Nery Jr. (2013), a ins-



tuição nada mais é do que um “[...] serviço público institucionalmente destinado a prestar aos necessitados a assistência jurídica capaz de permitir o acesso de todos à justiça e de resguardar e garantir o direito de todos à ampla defesa [...]”

E, segundo a Lei Complementar 132/2009, a qual alterou alguns dispositivos da Lei Complementar 80/94 e incluiu o artigo 3º-A, os objetivos da Defensoria Pública são: a primazia da dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais; afirmação do Estado Democrático de Direito; prevalência e efetividade dos direitos humanos, bem como a garantia dos princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, 1994)

Salienta-se que a Defensoria Pública, por ser um serviço público, está também sujeita aos princípios da Administração Pública elencados no artigo 37 da Constituição Federal/1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRASIL, 1988) E, além de ser submetida a tais premissas, possui princípios institucionais próprios, quais sejam: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Essa instituição apresenta, também, algumas funções específicas, as quais estão disciplinadas no artigo 4º da Lei Complementar 80/94. A primeira função diz respeito à prestação de orientação jurídica e o exercício da defesa dos necessitados, em todos os graus.

A segunda atribuição é a promoção, prioritariamente, da solução extrajudicial dos litígios, visando a composição de uma solução para o litígio entre as próprias pessoas em conflito de interesses, seja por meio da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.

Ainda é encarregada de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; exercer a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais; promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados; exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; entre diversos outros encargos. (BRASIL, 1994)

Deste modo, a Defensoria Pública atua de modo a propiciar o acesso à Justiça àqueles cidadãos mais necessitados, sendo um elo entre o Estado e a sociedade, não apresentando qualquer comprometimento com os interes-

ses do Estado. Trata-se de um instrumento do regime democrático que possui um potencial de articular identidades e diferenças existentes na sociedade a fim de superar desvantagens, combater opressões e desamparos decorrentes da desigualdade social e econômica.

Nesse sentido, a Defensoria Pública presta um serviço à democracia que compreende e respeita o compromisso e a importância da efetivação dos direitos fundamentais para a inclusão e a participação de todos os membros da nossa sociedade em uma cidadania plena e igualitária e que possibilite a proteção e o reconhecimento das mais diversas identidades concretas existentes em nosso país. (BRASIL, 2015, p. 10)

Por todos os motivos supramencionados, “a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados garante à Defensoria Pública um lugar de extrema relevância na democracia brasileira”. (BRASIL, 2015, p. 11)

Além de ter papel de fundamental relevância no Estado Democrático, a Defensoria Pública é uma instituição que tem sua importância também reconhecida pela própria sociedade. Segundo a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), a Defensoria Pública é apontada como a instituição mais importante para a sociedade, com a taxa de 92,4%, segundo o Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do Conselho Nacional do Ministério Público. Logo atrás dessa instituição, aparecem o Ministério Público com 91,6 % e a Polícia com 90,4%.² (CNMP, 2017)

Por esses motivos, a Defensoria Pública é uma instituição a favor da sociedade, cujo principal objetivo é a concretização do amplo acesso à Justiça. É uma instituição que não apresenta uma função estratégica ao Estado, como ocorre, muitas vezes, com outros órgãos, tanto é que não está atrelada aos interesses do Estado, pois, na maior parte, as demandas são contra a própria Administração Pública. Ademais, apresenta como escopo a garantia do gozo do direito do acesso à Justiça e a observância da dignidade da pessoa humana.

5. Problemas enfrentados pela defensoria pública e possíveis soluções

Apesar de a Defensoria Pública apresentar diversas funções e ser essencial para a concretização de direitos constitucionalmente garantidos em um Estado Democrático de Direito, sua efetividade, muitas vezes, está comprometida em razão de diversos fatores.

² A pesquisa teve uma amostra de 5.035 entrevistas, cujo público alvo foram brasileiros com mais de 16 anos em cerca de 170 Municípios, incluindo as capitais do país, regiões metropolitanas e cidades do interior da totalidade de estados brasileiros e Distrito Federal. Destaca-se que as coletas foram realizadas entre os dias 09 de março e 29 de maio de 2017. O objetivo principal dessa pesquisa foi a mensuração da satisfação da sociedade em relação à atuação do CNMP e do Ministério Público. Disponível em: encurtador.com.br/mAHL6



A assistência jurídica gratuita, nesse sentido, poderia ser considerada como um direito apenas formalmente garantido pelo artigo 134 da Constituição Federal, já que, muitas vezes, acaba sendo cerceada à população carente.

A despeito do modelo institucional brasileiro ter sido reconhecido no plano internacional, a Defensoria Pública no Brasil se depara com inúmeras dificuldades para a realização da extensa lista de atribuições e, em geral, esses fatores impeditivos estão relacionados com questões políticas, sociais e, principalmente, do âmbito econômico. Além do mais, a criação e a implementação têm sido um processo moroso e com diversas dificuldades.

O primeiro grande entrave seria a própria morosidade, como acima destacado, para a instalação das Defensorias nos Estados. A Lei Complementar 80/94 fixou o prazo, no artigo 142 (BRASIL, 1994), de 180 dias para que os Estados se adaptassem e organizassem suas Defensorias Públicas aos preceitos contidos na lei de regência (Lei Complementar 80/94). Entretanto, tal prazo não fora observado, pois, segundo o Mapa da Defensoria Pública no Brasil (2013), “antes de 1990, havia Defensorias Públicas em apenas sete Estados brasileiros. Esse número cresce de modo substancial a partir dos anos 1990, quando mais dez estados estabelecem essas instituições. Os outros oito criariam as suas defensorias apenas nos anos 2000 [...]”

Não obstante o limite temporal para a criação e implantação das Defensorias, atualmente, há ainda uma disparidade entre os Estados no que tange à efetividade das Defensorias, pois, por exemplo, enquanto algumas defensorias estaduais foram criadas inclusive antes da Constituição Federal de 1988, como a do Rio de Janeiro (1954), a de Santa Catarina apenas fora institucionalizada em 2012 e a do estado do Amapá, até o ano de 2017, não foi completamente institucionalizada, tendo em vista a necessária realização de concurso público para a nomeação de defensores. (BRASIL, 2015, p. 18)

No ano de 2014, a Emenda Constitucional 80, também conhecida como a PEC das Comarcas, previu que a União, os Estados e o Distrito Federal deveriam disponibilizar em todas as unidades jurisdicionais no país Defensores Públicos no prazo de 08 anos e o número destes em cada unidade jurisdicional deveria ser proporcional à efetiva demanda pelos serviços da Defensoria à respectiva população. (BRASIL, 2014)

A ausência de Defensorias é um dos fatores que impedem a existência de uma assessoria jurídica à população na forma prevista constitucionalmente, até porque, em muitas localidades, ainda essa instituição é inexistente, o que é um óbice à concretização do acesso à Justiça e à proteção da dignidade da pessoa humana. Portanto, “[...] ainda é grande o número de Comarcas sem a presença de Defensorias Públicas ou mesmo que contam com o trabalho de advogados dativos em virtude da falta de profissio-

nais concursados (BRASIL 2015, p. 12)

Além disso, “Defensores relatam o inconcluso processo de ampliação da autonomia, sobretudo financeira, das Defensorias Públicas, que ainda se mostram dependentes da estrutura administrativa dos Poderes Executivos.” (BRASIL, 2015, p. 12)

Algumas medidas para melhoria do acesso à Justiça podem ser levantadas. A primeira delas deveria ser a ampliação e fortalecimento da atuação da Defensoria Pública, sendo essencial também a criação de um Conselho Nacional da Defensoria Pública, nos mesmos moldes do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça o que fortaleceria a atuação da Defensoria Pública no Brasil, por meio de uma ampliação do planejamento institucional. Nesse ínterim, merece destaque que, segundo gráfico divulgado pelo IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil no ano de 2015, mais da metade dos Defensores Públicos Estaduais, cerca de 53,7%, acreditam que a criação desse Conselho é muito importante para a carreira e para a efetividade da atuação da Defensoria (BRASIL, 2015).

Outra medida diz respeito à estrutura de pessoal, haja vista a escassez de Defensores Públicos. No ano de 2013, embora houvesse no país cerca de 8.489 cargos de Defensor Público, apenas 4.054 estavam providos, o que representa a ínfima porcentagem de 59,5% (MOURA, 2013, p. 31), isto é, há mais necessidade de medidas administrativa voltadas ao recrutamento e seleção de quadros do que leis que criam tais cargos. (MOURA, 2013, p. 31)

O estudo ainda demonstra a situação precária que alguns estados brasileiros apresentam, pois, por exemplo, o estado do Piauí apresentava uma taxa de apenas 18,8% dos cargos de Defensores Públicos preenchidos e o estado do Amazonas apenas 27,6%. (MOURA, 2013, p. 31).

Outra questão enfrentada é, para além das baixas taxas de provimento do cargo, relacionada à alta taxa de evasão por exoneração, especialmente de defensores que acabam posteriormente ingressando nos quadros da Magistratura e do Ministério Público. (MOURA, 2013, p. 32)

Em comparativo, o número de juízes, promotores e defensores é extremamente díspar, o que demonstra a problemática evidenciada acima. Assim sendo, a realidade brasileira quanto ao número de Defensores demonstra que “[...] há muito mais juízes e promotores de justiça do que defensores públicos, numa proporção de 2 para 1, o que se reflete na ausência da Defensoria em muitas comarcas e na acumulação de atribuições e de demandas naquelas onde essa instituição se faz presente.” (BRASIL, 2015, p. 12)

A partir destas considerações é perceptível a escassez de Defensores Públicos aptos a atender a extensa demanda existente, sendo necessários mais profissionais para atuar no território brasileiro, já que a demanda por assistência jurídica gratuita é alta.



É extremamente necessário, ainda, o crescimento e interiorização das Defensorias, pois, em geral, as Defensorias ficam instaladas nas capitais dos estados e tal “[...] ausência é sentida, preponderantemente, nas comarcas menores, com menos de 100 mil habitantes.” (MOURA, 2013, p. 35). Mas, nesse ponto, é essencial um aumento das verbas destinadas a tal instituição, dado que a carência de recursos acaba impedindo tal interiorização e consolidando os papéis do Estado-juiz e Estado-acusação, em razão da ausência do Estado-defensor.

Posto as problemáticas enfrentadas no decorrer da caminhada de construção de uma assistência jurídica gratuita no Brasil, assevera-se que é primordial a ocorrência de mudanças na própria estrutura da Defensoria, de modo a corrigir problemas institucionais existentes, superando suas limitações e consolidando a instituição como sendo um agente transformador.

6. Considerações finais

O presente trabalho apresenta como escopo principal o estudo da Defensoria Pública, considerada como um dos instrumentos de garantia dos direitos fundamentais, sendo de suma importância não apenas para a função jurisdicional do Estado, mas especialmente para a ampla concretização do direito de acesso à Justiça e do princípio da dignidade humana.

Apreende-se que a melhor maneira de alcançar a efetividade da Defensoria Pública, de modo a garantir a assistência jurídica gratuita, enquanto conceito abrangente tanto da fase processual, quanto da fase extra-judicial, somente se daria por meio de um maior investimento na instituição, de uma melhor organização de sua estrutura - seja por meio da ampliação ou fortalecimento institucional - bem como de uma valorização da carreira dos Defensores Públicos, posto que a disparidade entre as carreiras de Defensor com juízes e promotores é factível.

Destarte, a consolidação do Estado Democrático de Direito somente ocorrerá quando houver uma plena garantia do direito de acesso à Justiça, sendo a Defensoria Pública a principal viabilizadora dessa garantia. A instituição irá, por meio de seu trabalho de assessoria jurídica gratuita, auxiliar a efetivação do dever do Estado de prover assistência jurídica gratuita prevista na Constituição Federal de 1988, de maneira a permitir que o direito à Justiça e à isonomia entre os sujeitos não seja um mero privilégio, mas sim um direito fundamental à plena dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ARTIOLLE, Thiago Silva; Hajj, Hassan. Defensoria Pública e Acesso à Justiça. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, MS, v. 9, n. 18, jul/dez, 2007. Disponível em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/18/artigos/artigo5.html

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

_____. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

_____. Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm

_____. Lei Complementar 80/1994, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm

_____. Ministério da Justiça (2015). IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Organizadoras: Gabriella Vieira Oliveira Gonçalves, Lany Cristina Silva Brito, Yasmin von Glehn Santos Filgueira. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>

CAPEPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279046768.pdf

CNMP. Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do CNMP e do Ministério Público, 2017. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Acesso à justiça e carência econômica. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/pt-br.php>

FENSTERSEIFER, Tiago. Assistência jurídica aos necessitados integra direito ao mínimo existencial. Revista Consultor Jurídico, 25 de abril de 2017. Disponível em:



<http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/tribuna-defensoria-assistencia-juridica-integra-direito-minimo-existencial>

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LAZARI, Rafael José Nadim de. A defensoria Pública como mecanismo fundamental de acesso à Justiça. ETIC- Encontro de Iniciação Científica, América do Norte, v. 2, nº. 2, 2006. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1225>

MARCO, Cristhian Magnus de; MEDEIROS, Jeison Francisco de. Dignidade da pessoa humana e acesso à justiça: uma análise a partir do direito fundamental à razoável duração do processo. In: Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Juvêncio Borges Silva, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Edinilson Donisete Machado. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4qiqy-div/WP4PUEKDD45P00Xy.pdf>

MESSITTE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, n. 7, p. 126-150, 1967. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/707>

MOURA, Tatiana Whately de. et al. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Brasília: ANADEP, IPEA, 2013. Disponível em: < https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Constituição e Direito Penal: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. 500 anos de assistência judiciária no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 95, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67467>



O JUSNATURALISMO DE JOHN FINNIS EM CONTRA-POSIÇÃO AO POSITIVISMO JURÍDICO DE Kelsen: UM ESTUDO INTRODUTÓRIO

THE JOHN FINNIS' JUSNATURALISM IN CONTRAPPOSITION TO Kelsen'S LEGAL POSITIVISM: AN INTRODUCTORY REVIEW

Matheus Thiago Carvalho Mendonça¹

¹Graduando em Direito na Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante do grupo de pesquisa "Tradição da Lei Natural", do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) e pesquisador-colaborador do grupo "Direito dos Refugiados e o Brasil", da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: tcarvalho@dr.com

Resumo

O Positivismo Jurídico dominante no ordenamento brasileiro igualou o Direito à lei e, por isso, passou a ser contraposto em razão do imperativo de garantias do indivíduo contra o Estado. Desse modo, o presente artigo apresenta o pensamento de John M. Finnis e sua teoria do Direito Natural com o escopo de buscar algumas alternativas práticas às insuficiências do Positivismo Jurídico normativo de Hans Kelsen. Para tal, a partir da pesquisa bibliográfica em referências de filosofia jurídica, o artigo expõe o debate jusnaturalista e juspositivista e, depois, algumas inadequações do Positivismo, com foco nas proposições kelsenianas. Por fim, apresenta os pontos principais da teoria do Direito Natural de Finnis. O artigo conclui que, no contexto atual de discussões sobre direitos humanos, o juspositivismo equipara as concepções de lei e direito, inviabilizando a defesa de direitos sem a força de lei. Ademais, se mostra inadequado para a solução de diversas controvérsias axiológicas e para o diálogo com anseios sociais, o que enseja uma busca de alternativas sólidas que, segundo esse estudo introdutório, são apresentadas pelo Direito Natural de Finnis.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. John Finnis. Lei Natural. Positivismo Jurídico.

Abstract

The Legal Positivism dominant in the Brazilian legal system equated the law to the legislature and, therefore, came to be confronted due to the need of guarantees of the individual against the State. Thus, this paper presents the thought of John M. Finnis and his theory of Natural Law with the purpose of seeking some practical alternatives

to the inadequacies of normative Hans Kelsen's Legal Positivism. For this, from the bibliographical research in references of jurisprudence, the article exposes the jusnaturalist and juspositivist debate and, later, some inadequacies of Positivism, focusing on the Kelsenian propositions. Finally, it presents the main points of Finnis' Natural Law theory. The paper concludes that, in the current context of human rights discussions, legal positivism equates the conceptions of legislature and law, rendering the defense of rights infeasible without the force of law. In addition, it is inadequate for the solution of several axiological controversies and for the dialogue with social review study, are presented by Finnis Natural Law.

Keywords: John Finnis. Law Philosophy. Legal Positivism. Natural Law.

1. Introdução

Os debates travados entre o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo são marcantes no devir histórico da tradição jurídica. Com a pretensão de depurar o Direito de todos os elementos considerados metajurídicos, como política e moral, o Positivismo primou pela pureza da estrutura do Direito, na qual se observam fatos de forma neutra e não se estabelecem juízos valorativos (BOBBIO, 1995, p. 135). Tempos depois, o Positivismo Jurídico, em suas múltiplas formas existentes, acabou por prevalecer e, então, a defesa da lei natural foi indevidamente relegada a uma dimensão mais histórica que efetivamente jurídica (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 67-68).

No entanto, desde que os direitos humanos assumiram nas pautas de discussão, reavivaram-se os debates sobre fundamentos que não a lei positiva - advinda do poder político que nem sempre se conforma à vontade popular - para a defesa de direitos fundamentais. Noutras palavras, o imperativo de afirmar as garantias da humanidade independentemente da anuência dos legisladores foi o que reinaugurou o debate sobre a lei natural e as insuficiências do normativismo positivista. Não obstante, vê-se a inadequabilidade do Positivismo Jurídico em responder com clareza e distinção as menções que os textos legais fazem sobre ideias como dignidade humana, bem-estar social, moralidade ou bem comum.

Percebido isso, o presente artigo almeja oferecer,



de forma pedagógica, uma introdução ao pensamento do jusfilósofo australiano John M. Finnis e sua teoria do Direito Natural com o fito de buscar alternativas sólidas às inadequações do positivismo jurídico, com foco em sua obra *Natural Law and Natural Rights* (1980). A opção por esse referencial teórico justifica-se basicamente por (i) Finnis ser considerado o principal filósofo contemporâneo do Direito Natural, com uma exposição livre de superstições e dogmatismos, advinda da teoria analítica do Direito, que propõe sólidas respostas ao positivismo em geral; e (ii) pelo fato de o meio acadêmico nacional não dispensar o devido tratamento às reflexões jusnaturalistas ocorrentes no campo anglo-saxônico da filosofia do Direito.

Para atingir o objetivo mencionado há pouco, esse artigo preliminarmente apresenta ao leitor o arcabouço do histórico debate entre o juspositivismo e Direito Natural. Posteriormente, expõe algumas críticas e inadequações do Positivismo Jurídico, com foco nas proposições de Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Então, apresenta o pensamento de John M. Finnis, a partir da sistematização de seus principais argumentos e obras capitais, comparando as alternativas oferecidas por ele às lacunas kelsenianas.

Todavia, adverte-se que não se pretende exaurir a discussão do tema (especialmente no que se refere ao positivismo jurídico), mas possibilitar um conhecimento mais sistemático sobre a obra de John M. Finnis e contribuir com os estudos em jusnaturalismo, vez que, numa pesquisa séria em filosofia do Direito, prescindir de reflexões sobre o Direito Natural é mitigar a importância do trabalho da academia brasileira.

2. Direito natural e positivismo jurídico: um debate histórico

A tensão entre juspositivismo e jusnaturalismo polariza, direta ou indiretamente, os maiores temas e disputas da filosofia do Direito. Tais correntes constituem concepções teóricas antitéticas – ao menos no primeiro momento –, pois, “em um caso, a moral tem relação com o direito enquanto que no outro, são dois sistemas normativos totalmente separados” (FARREL, 1998, p. 127). Contudo, deve-se ressaltar que tais sistemas teóricos nem sempre estiveram diametralmente opostos².

² Ainda no hodierno, a relação entre lei natural e lei positiva é perfeitamente possível, como demonstrado por Mark C. Murphy em *Natural law in jurisprudence and politics* (2006), onde o autor apresenta as diversas concepções acerca da relação entre a lei natural e a lei positiva, o bem comum e a questão da autoridade. Não obstante, Neil MacCormick, a partir da teoria institucional, afirma que as melhores formas de juspositivismo conduzem, por muitos e importantes aspectos, a conclusões semelhantes às das versões mais plausíveis do jusnaturalismo (MACCORMICK; WEINBERGER, 1986).

Até o início da Idade Moderna é difícil identificar uma oposição mutuamente excludente entre o Direito Positivo e o Direito Natural – isso, para não afirmar inexistente essa contradição. A *Antígona* de Sófocles nos mostra que já na Antiguidade era possível identificar o conflito entre a lei positiva e a lei natural. Isso, no entanto, não significava que a existência do Positivo, por si, afastava a existência do Direito Natural. (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 67-68)

Nesse contexto, o pensamento de Tomás de Aquino, que retoma a tradição clássica aristotélica, sustenta uma relação de coordenação entre as duas leis que era útil ou até mesmo indispensável. Para Aquino, o direito figura como objeto da justiça e tem seu fundamento na igualdade que, por sua vez, pode ser natural ou resultante de pacto social (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 73). Quando o justo advém de uma igualdade que independe de vontade individual, fala-se em Direito Natural; quando de igualdades convencionadas socialmente, tem-se o Direito Positivo (AQUINO, 2015, II-II, q. 57). Ademais, em Aquino, a ordem é viabilizada por meio da aplicação da lei positiva, que serve de ferramenta para conferir efetividade ao justo, vez que a lei natural é incapaz de prover integralmente a regulamentação necessária ao convívio social. Assim, no âmbito jusnaturalista, a lei positiva é não apenas admissível, mas fundamentalmente necessária (FINNIS, 2011, p. 28-29).

No entanto, o início da era moderna trouxe consigo, em um primeiro momento, o Iluminismo acompanhado do intuito de dissociar o Direito Natural do Positivo, com fortes críticas ao conceito de “natureza” por parte do racionalismo predominante. Bobbio afirma, de maneira clara e distinta, que “por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído dessa categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito” (BOBBIO, 1995a, p. 26). Verifica-se, com isso, de forma contundente, a proposta lançada pelo Positivismo da completa supressão do Direito Natural. Dessa forma, é oportuno questionar que positivismo é esse que se pretende, por assim dizer, “totalizante”.

Ora, a expressão “positivismo jurídico” é intoleravelmente ambígua, adverte o jusfilósofo argentino Genaro Carrió (1994, p. 321). Ao conferir mais detalhes a essa constatação de vagueza, Noel Struchiner explica que:

A extensão do significado comporta uma pluralidade de teses heterogêneas e, muitas vezes, incompatíveis.

O termo geral classificatório “positivismo jurídico” é utilizado para se referir a posições inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rejeitadas por aqueles que são considerados os principais expoentes do positivismo, e a posições que muitas vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais ou características de posição positivista [...]. (STRUCHINER, 2005, p. 25, grifo nosso)



Em sua tese, Struchiner apresenta variadas concepções de positivismo jurídico³ e sustenta especificamente o chamado Positivismo Conceitual⁴. Esse tipo de Positivismo implicaria sinteticamente que: (i) “para identificar o direito não devem ser utilizados critérios valorativos, mas critérios fáticos, empíricos, objetivos”; (ii) a neutralidade é o “traço marcante” que possibilita “identificar e descrever o direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas”; (iii) que “a definição do direito não está axiologicamente comprometida com as normas jurídicas”, razão porque “uma norma ou sistema jurídico pode ser injusto e, ainda assim, ser qualificado como jurídico” (STRUCHINER, 2005, p. 32).

Tais premissas resumem a essência das proposições de Hans Kelsen – seguramente o maior expoente do normativismo contemporâneo. Seu propósito é elaborar uma ciência do direito com um objeto puro, arquetipicamente jurídico, no qual inexistam relações com subjetividades de ordem ideológica, política, moral ou passional, de modo a impedir que a autoridade da ciência jurídica sujeite-se a pretensões partidárias (CORREAS, 1989). No prefácio de sua obra, o jurista alemão escreve:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural. [...] Foi o meu intento elevar a Jurisprudência [...] à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar [...] suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar [...] seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1998, VII)

³ O autor enumera as seguintes formas: (i) o positivismo jurídico como ceticismo ético, que representaria a rejeição da tese jusnaturalista referente à existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana; (ii) o positivismo jurídico como positivismo ideológico, que indicaria os sujeitos jurídicos e os juízes têm o dever moral de obedecer ao direito positivo independentemente de seu conteúdo, por este possuir validade ou força moral obrigatória de per si; (iii) o positivismo jurídico como formalismo jurídico, que integraria as teses de que (a) o direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explicita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais, e que (b) esse sistema de normas que são exaustivas, completas, suficientes, incontroversas e precisas.

⁴ Noel Struchiner sustenta o positivismo conceitual – e esse trabalho adota tal conceito para seu desenvolvimento – pelas seguintes razões: (1) ser uma tese comum a todos positivismos; (2) ter disposição de reconstruir ideias básicas sobre o direito; (3) aludir a uma apreensão do direito como técnica, “resultado de uma escolha, convenção ou práticas sociais convergentes”; (4) porque as regras são identificadas exclusivamente pelo critério de fonte social, que acolhe não apenas fontes sociais, mas fontes superiores; (5) ser inerte normativamente, não sendo guia para ação, vez que de per si não determina que as normas válidas devem ser seguidas, mas estabelecer as condições de validade; (6) por que “utiliza critério claro, objetivo, para identificar o direito válido” quais sejam as fontes sociais e “não critérios meritórios, que são subjetivos e nebulosos”. (STRUCHINER, 2005, p. 35-50)

Tal propósito foi comum, em maior ou menor dimensão, a todo tipo de positivismo. Norberto Bobbio afirma que a definição do positivismo é uma definição “anti-ideológica”, que não faz “referência a valores ou fins que seriam próprios do Direito” (BOBBIO, 1995a, p. 144). Ao descrever o positivismo em outro tom, o jurista argentino Martín Farrel escreve que “o positivista jurídico sustenta, incondicionalmente, (a) que não é necessário que o sistema jurídico se ajuste aos preceitos da moral para merecer o nome de direito, e, condicionalmente, (b) que é obrigatório obedecer ao direito” (FARREL, 1998, p. 123). Tal condicionalidade existiria a medida em que se aceita que o incumprimento da norma jurídica implica uma sanção, mas não no sentido de afirmar que essa seria a única acepção de obrigação e que a avaliação moral do direito seria irrelevante⁵.

Verifica-se, outrossim, que ambas as posições avaliam moralmente o Direito, diferenciando-se apenas no momento em que o fazem. O jusnaturalismo submete a norma à avaliação prévia, ao passo que o juspositivismo debruça-se sobre a norma e realiza seu teste – que varia de acordo com o autor – ao final (FARREL, 1998). O ponto desse artigo é que a eficácia dessas avaliações morais da lei é diferente. Ao comentar a posição de Hart sobre a separabilidade (separability) entre lei e moral, Leslie Green – professor de filosofia do direito de Oxford – afirma:

A moralidade estabelece ideais para a direito, e o direito deve viver de acordo com eles. Nem ele [Hart] quis dizer que o direito e a moralidade são separados. Nós vemos a união deles em todo lugar. Proibimos a discriminação sexual porque a julgamos imoral; o ponto de proibir é fazer valer e esclarecer esse julgamento usando termos morais comuns, como “dever” e “igualdade” [...]. (GREEN, 2008, p. 1035-1036, tradução livre).

Com efeito, se percebe que o positivismo jurídico, ainda que reconheça a relação entre direito e moral – ao menos em Kelsen e em Hart –, não oferece mecanismos precisos de funcionamento para essa estrutura, pois, ao dar preferência aos critérios procedimentais, recusa a avaliação axiológica prévia como requisito de validade da norma (ou do conjunto de normas)⁶. É precisamente nesse vão que se insere uma das muitas críticas da Nova Escola do Direito Natural às insuficiências do normativismo extremo, como mostrar-se-á a seguir.

⁵ São os esclarecimentos oferecidos em Correias (1989), acerca das proposições de Kelsen. Anteriormente, H. L. A. Hart (1958) oferece explicações concernentes à relação entre direito e moral no âmbito do positivismo jurídico.

⁶ Nesse sentido, acerca da moral relativa, Kelsen afirma que “é de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função [...] de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. [...] Isso não significa, porém, que não haja qualquer medida” (KELSEN, 1998, p. 48).



3. As insuficiências do positivismo jurídico

A respeito do método do Positivismo Jurídico, se observa, de pronto, que a própria forma de tratar o Direito “como um fato e não como um valor” é um ponto sensível. No referido método, juízos valorativos inexistem e o jurista deve olhar para o Direito cientificamente, sem atribuir qualquer qualitativo que possa tornar a análise crítica do ponto de vista valorativo. Ocorre que, como observa Thomas Kuhn (1980), as pesquisas em história e filosofia da ciência demonstram que não existem abordagens plenamente neutras, de modo que todas as áreas do conhecimento, ao empregar modelos fundamentais e determinados pressupostos teóricos, mitigam sua neutralidade⁷.

Não obstante a impossibilidade real da abordagem neutra do Direito e dos fatos, o positivismo clássico postula que “a estrutura do ordenamento jurídico firma-se nas ideias de unidade⁸, sistematicidade e completude⁹. Portanto, são rejeitados problemas hierárquicos, de antinomia e de lacunas” (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 79). Nesse ponto cabe ressaltar, em momento oportuno e de forma explícita, que Kelsen enfrenta a questão das antinomias e das múltiplas interpretações possíveis, ao falar da moldura do direito, contudo, reconhece que, ao final, apenas a interpretação do órgão aplicador será válida¹⁰. De maneira similar, Bobbio, ao lidar com as complexidades originadas na diversidade de ordenamentos, encontra solução formal, que é a soberania do Estado, o que proporcionaria segurança jurídica (BOBBIO, 1995b, p. 34-35). Desse modo, ainda que os problemas referentes à completude e unicidade dos ordenamentos sejam apreciados, Kelsen e Bobbio não respondem satisfatoriamente, recorrendo sempre ao Estado Soberano como fonte das fontes (BOBBIO, 1995b, p. 41).

Outra dificuldade – talvez, a mais grave – da qual padece o Positivismo Jurídico, aos moldes de Kelsen e Bobbio, é a incongruência com relação à proposta dos Direitos Humanos, conforme é possível observar na afirmativa a seguir:

⁷ Ainda sobre a adoção de modelos teóricos na ciência e a consequente impossibilidade de neutralidade absoluta, ver Black (1962) e Hessel (1966).

⁸ Diz respeito à ideia de que o conjunto de normas estatais que compõem o ordenamento jurídico forma uma unidade coesa e retroalimentada, pelo que o Direito figura como a própria justificativa da normatividade do Direito (KLOSTER, 2012, p. 28).

⁹ O ordenamento jurídico positivo teria, supostamente, a característica de abranger toda a realidade que possa adquirir relevância jurídica, sem deixar espaços, contradições ou lacunas em seu corpo de normas (KLOSTER, 2012, p. 29).

¹⁰ Sobre isso, Kelsen escreve: “A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito” (KELSEN, 1998, p. 247, grifo nosso). Assim, verifica-se que mesmo os problemas de interpretação, em Kelsen, encontram soluções na própria lei.

A definição do Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de Justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. (BOBBIO, 1995b, p. 67, grifo nosso)

Em sua afirmativa, Bobbio clarifica a legitimidade do Estado para fazer o Direito e usar a força, e tal uso encontra-se desvinculado de um ideal de justiça ou um parâmetro moral. Ora, essa proposta acaba por contradizer os objetivos dos direitos humanos que apontam para uma luta contra a opressão estatal e uma garantia jurídica individual que independa da vontade do legislador. Inclusive, é oportuno ressaltar que tal concepção se encontra consolidada desde a instituição dos chamados direitos de primeira dimensão, que foram impostos, no contexto do Estado Liberal de Direito, como limitações ao poder do soberano. Em dissonância com esse escopo, ao pautar sua teoria do direito no formalismo positivista (e na máxima legitimidade do Estado para criar o direito), Bobbio acaba por esvaziar o conteúdo dos direitos humanos, transformando-os em simples ideais de luta contra opressão e em garantias meramente políticas (PINHEIRO; SOUZA, 2016b, p. 81-82). Em continuidade, a recusa absoluta de qualquer fundamento não positivado – em razão da utópica completude positivista descrita há pouco – cria esse problema, que é um dos pontos atacados na hábil crítica feita por Dworkin ao ponderar a impossibilidade de resolução de hard cases (“casos difíceis”) por meio do uso exclusivo de regras jurídicas.

Portanto, se percebe que os principais pilares do Positivismo Jurídico se mostram fragilizados, vez que toda espécie de fundamentação não positivada é sumariamente rechaçada. A seguir, as demais inadequações juspositivistas serão discutidas, mescladas às proposições e alternativas do pensamento de Finnis.

4. O pensamento de John Finnis

4.1 O contexto e a obra de John Finnis¹¹

Graduado em Direito pela Adelaide University, o australiano John Mitchell Finnis (1940–) doutorou-se na distinta Universidade de Oxford, no Reino Unido, sob a orientação do reconhecido positivista H. L. A. Hart. Em 1966, seu orientador o convida para a produção de uma obra intitulada *Natural Law and Natural Rights*, que é publicada

¹¹ Para uma apresentação mais detalhada sobre o contexto da vida e da produção de John M. Finnis, ver o estudo preliminar de Cristóbal Orrego S., que realizou a tradução espanhola em *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).



em 1980. Tal obra atinge rapidamente seu público, sendo alvo de referências e críticas por autores da área¹².

J. Finnis, após escrever sua magna opus, continuou em seu exercício acadêmico e publicou ainda várias obras, com destaque para *Fundamentals of Ethics* (1983), que resulta de seis palestras proferidas por Finnis – organizadas pelo Departamento de Filosofia da Georgetown University – onde são defendidas, em seis capítulos, as questões éticas levantadas em *Natural Law and Natural Rights*, e reestruturadas em um diálogo com Aristóteles, Kant e outros filósofos da ética contemporânea. Em 1991, publica-se *Moral Absolutes*, livro que, apesar de não trazer novidades ao pensamento de Finnis, dedica-se a apresentar as principais perspectivas no debate hodierno sobre absolutos morais, seguindo a moralidade cristã.

Mais recentemente, em 1998, tem-se a obra *Aquinas: moral, political and legal theory*, texto em que Finnis implementa uma nova proposta de leitura da filosofia social, política moral e jurídica de S. Tomás de Aquino, abordando temas como razões para a ação, consciência pessoal, livre-arbítrio e dignidade humana, comunidade, família, justiça, lei estatal e outros. Não obstante, o jusfilósofo australiano tem uma vasta produção bibliográfica com uma significativa média de quatro livros ao ano, nas últimas décadas (OLIVEIRA, 2002, p. 29). Desses trabalhos, alguns artigos se destacam pela importância que possuem na elaboração de seu pensamento, dentre eles: *The basic principles of natural law* (1981), *Natural law and legal reasoning* (1996), *Comensuration and public reason* (1997) *Public Good* (1998) e *Abortion, natural law and public reason* (2000).

Tendo exposto as obras capitais de Finnis, se pode passar à apresentação de sua teoria, ou melhor, sua perspectiva sobre o Direito Natural¹³.

4.2 Lei Natural e Direitos Naturais

A obra em questão divide-se em três partes. Na primeira delas, o jusfilósofo dedica-se a justificar a imprescindibilidade do estudo do Direito Natural e, também, afastar as críticas feitas aos construtos teóricos jusnaturalistas. Por essa razão, inclusive, se pode afirmar que o mérito principal de Finnis “foi ter demonstrado o caráter infundado da resistência positivista à teoria do Direito Natural, até então estigmatizada como obscurantismo religioso e supersticioso” (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 69).

Dado o fato de que nesse trecho da obra se encontram as bases metodológicas de Finnis, de maneira oportuna, se insere aqui a sistematização de seus argumentos. Segundo o jusfilósofo australiano:

¹² A obra é mencionada por positivistas reconhecidos, como H. L. A. Hart (1983); por Neil MacCormick (1996), que adota nova abordagem sobre o positivismo jurídico; e, ainda, por jusnaturalistas, como Ralph MacInerny (1980).

¹³ Para uma exposição pluralista sobre o Direito Natural, ver Barzotto (2010).

O Direito é uma instituição social que permite a realização de bens humanos e da razoabilidade prática com que os homens os decidem. O objetivo do livro é, então, triplo: (i) identificar os bens humanos básicos (aspecto substantivo da teoria); (ii) analisar a razoabilidade prática que os efetiva na ação humana, na vida prática (aspecto prudencial da teoria) e (iii) elucidar a epistemologia adequada à compreensão do Direito (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 71).

Finnis, no terceiro item, estabelece uma vinculação indissociável dos procedimentos de descrição (premissa positivista) e avaliação (premissa jusnaturalista) na metodologia de toda ciência social, afinal, “um teórico não pode fornecer uma descrição teórica e uma análise de fatos sociais, a menos que também participe do processo de avaliar, de entender o que é realmente bom para as pessoas humanas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática” (FINNIS, 2011, p. 3, tradução livre).

A segunda parte comporta a dimensão substancial da obra, na qual, em dez capítulos, John Finnis discorre sobre temáticas como razão prática¹⁴, bens humanos, princípios morais, bem comum, direitos humanos, leis injustas e outros. Ao fim, no último capítulo – que é a terceira parte da obra – o autor disserta sobre direito natural, teologia e revelação. Assim, entendida a sistemática da argumentação de Finnis, passar-se-á a análise das respostas de Finnis às objeções jusnaturalistas e, posteriormente, a dimensão substancial de sua teoria.

4.3 Respostas às oposições positivistas generalistas

De todas as barreiras enfrentadas por Finnis na confecção de sua obra sobre Direito Natural, se pode dizer que as mais árduas delas tenham sido o desconhecimento e o ceticismo de sua época acerca do jusnaturalismo (FINNIS, 2011, p. 23-25). Ao defender sua posição, Finnis toma como referencial as críticas de H. L. A. Hart, para quem a ideia de bem ou fim humano era questionável, vez que a inteligência dessa ideia era improvável (HART, 2007, p. 201-228).

Para responder a essa objeção sobre o conhecimento (ou assimilação) da lei natural, o jusfilósofo se vale dos argumentos de S. Tomás de Aquino (FINNIS, 2011, p. 29-31) – afinal, ele “discorre com frequência sobre a extensão do conhecimento humano da lei humana” –, ao estabelecer três dimensões de princípios.

Primeiro tem-se os *communisima*, que é o campo mais geral. Não são propriamente princípios ou preceitos, mas o objetivo, a finalidade dos preceitos da lei natural. Eles declaram as formas básicas do bem humano. São reconhecidos por qualquer um que al-

¹⁴ Adverte-se que, em Finnis, “a noção de ‘prático’ [...] relaciona-se à ação e à decisão que a antecede, e não diz respeito à praticidade enquanto factibilidade ou eficiência. Prático aqui, no sentido aristotélico que Finnis emprega esse termo, não é oposto ao intelectual, ao reflexivo ou ao teórico”. (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 71)



cance a idade da razão e que tenha experiência suficiente para saber a que eles se referem – não podem ser eliminados do coração humano. (OLIVEIRA, 2002, p. 43-44, grifos do autor)

Já o segundo campo abarcaria as implicações morais mais rudimentares e mais facilmente percebida que os princípios do primeiro campo. Segundo Aquino, são princípios que qualquer um pode alcançar imediatamente por meio da razão, como a percepção que não se deve roubar, por exemplo (AQUINO, 2015, I-II q. 100). Por fim, o terceiro campo reúne as questões que “só podem ser respondidas corretamente por alguém que seja sábio e que as considera minuciosamente, com agudeza” (FINNIS, 2011, p. 30, tradução nossa; AQUINO, 2015).

Nota-se, então, que a crítica de Hart sobre a inteligência do fim ou bem humano não afeta os fundamentos das teorias clássicas do direito natural. Aquino sustenta que apenas alguns dos princípios communissima podem ser imediatamente percebidos, de modo que os outros dois campos ensejam discussões a respeito (OLIVEIRA, 2002, p. 45). Assim, a parte do ceticismo da academia, Finnis demonstra que o direito natural é plenamente discutível.

Outro ponto enfrentado por Finnis é a visão equivocada, advinda do juspositivismo, acerca das teorias do direito natural – que seriam teorias que justificam o julgamento moral¹⁵. Esses equívocos são explicados por Finnis com referência nas proposições de Kelsen, que afirma que os teóricos jusnaturalistas, por tentarem fundamentar o direito positivo em uma delegação do direito natural (KELSEN, 1979a, p. 157), caem em uma impossibilidade lógica. Nas palavras de Kelsen:

A usual afirmação de que existe realmente uma ordem natural absolutamente boa, porém transcende e, por isso, não inteligível, ou a de que há um objeto chamado justiça, mas que não pode ser claramente definido, implica uma contradição flagrante. Na verdade, é apenas uma frase eufemística para expressar a circunstância lamentável de que a justiça é um ideal inacessível ao conhecimento humano (KELSEN, 1979b, p. 15, tradução nossa).

No entanto, para Finnis, tal conclusão não se sustenta justamente por partir de premissas inadequadas, pois, no arcabouço das teorias de direito natural, “delegar não é delegar incondicionalmente” (FINNIS, 2011, p. 27, tra-

dução nossa). O teórico australiano explica, ainda, que a validade jurídica do direito positivo é derivada da conexão racional com o direito natural, o que só é possível se (i) o direito origina-se de forma juridicamente válida e se (ii) o direito não for materialmente injusto.

Outro desacerto sugerido nas proposições kelsenianas é o de que “a chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito” (KELSEN, 1979a, 94). Nessa proposição, o idealismo está direcionado a um valor absoluto, o justo, o que implica dizer que a justiça seria um ideal incumbido de conferir validade ao direito positivo. Esse ‘idealismo’, portanto, estaria em oposição ao ‘realismo’ positivista, na medida em que “sua validade é independente da validade de uma norma de justiça” (KELSEN, 1979a, 89-90).

Entretanto, Finnis contrapõe essa assertiva demonstrando que o direito natural almeja, na realidade, “expressar reflexivamente as exigências e os ideais da razoabilidade prática” (FINNIS, 2011, p. 29), de modo que a justiça não figura como um ideal a ser alcançado, mas, como consequência direta do uso da razoabilidade prática. Uma vez compreendidas as respostas de Finnis às críticas positivistas, se pode apresentar a dimensão substancial de sua teoria.

4.4 Os bens humanos básicos

John Finnis, assim como o filósofo franco-americano Germain Grisez, sustenta que Tomás de Aquino compreendeu corretamente que os primeiros e mais elementares princípios da razão prática, responsáveis por dirigir as ações humanas e bens humanos inteligíveis, provém de motivações para ação, que são mais que razões simplesmente instrumentais (ROSA, 2016, p. 7). Aqui, no entanto, é necessário e oportuno observar o porquê de Finnis atentar para as motivações. A razão está conexa à concepção das quatro ordens de conhecimento, formulada por Aristóteles e adotada por Aquino. Sobre isso, Elton de Oliveira escreve:

O primeiro [tipo] é a ‘ordem natural’ [rerum naturalium], que diz respeito à ciência das questões e as relações que não são afetadas pelo nosso pensar. [...] O segundo é a ordem lógica, onde se busca a ciência das condições pelas quais nós podemos ordenar nosso próprio pensamento. [...] A ordem prática ou moral [...] seria um terceiro tipo. Nela temos a ciência das condições pelas quais podemos ordenar nosso deliberar (escolher) e nossas ações voluntárias. [...] Por fim, temos a ordem técnica ou produtiva [...] pela qual se conhece as condições em que podemos ordenar as coisas constituídas pela própria razão humana (e que são externas ao nosso pensar e nosso querer). (OLIVEIRA, 2002, p. 55, grifos do autor)

Nesse contexto, na ordem de conhecimento prática ou moral, deve-se adotar um método adequado, capaz de conhecer o sentido da ação humana, a que ela se dirige, o seu bem. Para Finnis, esse método é o teleológico, que consiste

¹⁵ Sobre a finalidade dos princípios de lei natural, que motivam a crítica de Kelsen, Finnis (2011, p. 23) escreve, in verbis: “What are principles of natural law? [...] a set of basic methodological requirements of practical reasonableness (itself one of the basic forms of human flourishing) which distinguish sound from unsound practical thinking and which, when all brought to bear, provide the criteria for distinguishing between acts that (always or in particular circumstances) are reasonable-all-things-considered (and not merely relative-to-a-particular purpose) and acts that are unreasonable-all-things-considered, i.e. between ways of acting that are morally right or morally wrong—thus enabling one to formulate (iii) a set of general moral standards”.



na investigação dos bens humanos básicos cuja consecução realiza a natureza humana (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 76).

A relação entre natureza humana e bens humanos básicos pode ser apreendida, da perspectiva ontológica e epistemológica, por um famigerado teorema de Aristóteles:

Para compreender a natureza de um ser animado, deve-se compreender as suas faculdades (potências); para compreender suas faculdades, deve-se compreender as suas ações (morais); para compreender suas ações, deve-se compreender os fins dessas ações, seus objetos ou propósitos (telos). Esses fins são chamados, por Aristóteles [...] de bens, cuja consecução realiza a felicidade (eudaimonia) (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 76, grifos do autor).

Assim, por meio dessa interpretação do pensamento tomista, Finnis aponta um método para sopesar questões e determiná-las como moralmente certas (virtudes) ou moralmente erradas (vícios). Tal método perpassa pelo questionamento do que é razoável e coerente com o fim, o escopo do indivíduo e da comunidade. Isso implica na INTELECÇÃO dos chamados bens humanos básicos – um ponto importante na teoria de Finnis.

Para entender isso, deve-se ter em conta, primeiramente, que a terminologia ‘valor’ é sinônima de ‘bem’ (FINNIS, 2011, p. 61). Ao se falar em valor ou bem (humano) básico, Finnis explica que se refere a “qualquer coisa que uma pessoa pode de algum modo desejar”. Noutra passagem, o filósofo esclarece que “bem é todo e qualquer objeto de todo e qualquer interesse” (FINNIS, 2011, p. 277). Com esse conceito, pode-se entender que os bens humanos básicos “são bens fundamentais a que a vontade visa, ou seja, os bens que constituem nossas razões fundamentais para agir e que dão conta de tudo o que podemos inteligentemente querer escolher” (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 47).

Ademais, segundo Finnis, há duas formas de entender esse ‘bem’. A primeira seria enxergá-lo como dotado de instrumentalidade, ou seja, um bem referente a determinado objetivo ou meta considerada desejável (OLIVEIRA, 2002, p. 60-61). A outra maneira, que é defendida por Finnis, diz respeito a uma forma genérica de bem em que se pode participar ou em que se pode realizar de infinitas maneiras em infinitas ocasiões”. Portanto, o bem humano básico não constitui ferramenta para o conseguimento de outro bem. Com efeito, é básico porque, enquanto é intrínseco a realização das pessoas, é desejável de per si (FINNIS, 2011, p. 278).

É importante notar que Finnis aponta características fundamentais dos bens humanos básicos. São elas objetividade, auto-evidência e a incomensurabilidade. Os bens humanos básicos são objetivos por não serem subjetivos, i.e., não se considera um bem (ou valor) como básico porque é determinado pelo desejo, mas sim porque determina (OLIVEIRA, 2002, p. 61). Aqui, Finnis aproxima a noção de objetividade à ideia de universalidade, pois

manifesta-se não apenas na forma de requerimentos morais, mas também em instituições nas mais diversas culturas humanas ao longo do tempo (FINNIS, 2011, p. 83-84). Outra característica dos valores humanos básicos é o fato de serem auto-evidentes (obvious) ou indemonstráveis, o que implica que (i) não podem e nem precisam ser demonstrados e que (ii) não há razões suficientes para se duvidar de que sejam bens em si mesmos.

E, por fim, a incomensurabilidade figura como a terceira característica aqui enumerada. Muito embora a análise dessa característica em *Natural law and natural rights* não seja muito adequada, se pode afirmar que ela remete ao fato de que os valores humanos básicos não são hierarquizáveis entre si, ou seja, um bem não pode ser considerado melhor que outro. Isso porque, segundo Finnis, cada valor básico são aspectos do ‘ser’ das pessoas e expressam valores distintos de seu bem-estar, e não mecanismos para alcançá-lo. Ademais, por serem bens primários, se um pode ser elencado como mais básico que outro, logo, um bem é, de fato, básico e outro não o é (FINNIS, 1983, p. 89).

Como exemplo de bem (ou valor) humano básico, Finnis discorre sobre o conhecimento (FINNIS, 2011, p. 59-75). Trata-se de um valor básico objetivo e auto-evidente (obvious), afinal, o florescimento humano depende do desenvolvimento da capacidade cognitiva – e isso é universal e inquestionável (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 78). Nessa esteira, em *Natural law and natural rights*, Finnis elenca, ainda, sete bens humanos básicos (ou formas básicas de bem)¹⁶. O primeiro deles (além do conhecimento, elencado acima) é, naturalmente, a vida, que diz respeito ao impulso de autopreservação e envolve as atitudes relacionadas à saúde. Sobre esse bem, Elden Souza e Victor Pinheiro escrevem:

Como todo bem humano básico, a vida é um valor inquestionável e irrefutável, pois, sem vida, o florescimento humano não seria possível, a atualização das potências fundamentais seria impensável. A vida pressupõe, então, continuar a viver, não ser privado do direito a nascer e a preservar-se saudável a ponto de perseguir seus fins últimos. (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 78)

Outro bem elencado é o jogo, i.e., o engajamento social do homem, que, para ser plenamente humano, pertence e participa de uma comunidade. As outras formas básicas de bem são: a experiência estética, a sociabilidade, a razoabilidade prática e, por fim, a religião, que diz respeito as inquietações humanas e questionamentos sobre fenômenos metafísicos.

¹⁶ Todavia, Finnis adverte, de plano, que (i) não há necessidade de o leitor aceitar sua lista, tampouco sua nomenclatura; e admite que (ii) não seria problema admitir outras formas básicas de bem, se de fato forem finalidades básicas do agir humano (FINNIS, 2011, p. 91-92).



5. Conclusão

Advindo da teoria analítica do Direito, John Finnis observou o Direito Natural para além das superstições e obscuridades que existiam – e, em certa dimensão, ainda existem – na academia sobre o tema. Foi capaz de desfazer as caricaturas que os juspositivistas haviam pintado sobre o jusnaturalismo e, inclusive, esclarecer a alegação de que teóricos do Direito Natural violavam a chamada Lei de Hume. No entanto, Finnis está imerso em uma controvérsia teórica do Direito muito maior, que é a do juspositivismo e jusnaturalismo.

Nesse arcabouço, o presente artigo se propôs a (i) apresentar o histórico debate entre o Direito Natural e o Positivismo Jurídico, então (ii) apontar algumas lacunas do juspositivismo, considerando os moldes de Kant e Bobbio, e, por fim, (iii) introduzir pedagogicamente o pensamento de John Finnis e suas respostas a algumas insuficiências positivistas.

Ante tal análise, destaca-se duas lacunas capitais, elencadas nesse trabalho, do positivismo para as quais Finnis apresenta respostas satisfatórias. A primeira delas diz respeito a insuficiência do positivismo em fundamentar e definir os direitos humanos. Como retromencionado, o positivismo iguala o Direito à Lei e anuncia a tese de que “não há necessariamente conexão entre o Direito e a moralidade” (GREEN, 2008, p. 1042), o que leva a proteção legal dos direitos humanos a restar invariavelmente atrelada a concordância do poder público. Tal compreensão é respaldada pela teoria de Bobbio, segundo a qual os direitos humanos só ganham caráter jurídico a partir do reconhecimento e proteção do Estado, logo, sem ele não passariam de uma obrigação moral ou política (BOBBIO, 2004, p. 77). Não obstante, Kelsen vai além e teoriza longamente sobre o argumento da força, utilizando a Polícia como exemplo, para descrever e legitimar ação do Estado (GONÇALVES; PRAXEDES, 2015, p. 127).

Como solução a isso, percebe-se na teoria de Finnis um arcabouço teórico compatível com a fundamentação e a devida proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais. Os bens humanos básicos, como a vida, operam além de princípios de todo esforço moral, também do político e jurídico, de modo que possuem um caráter “pré-moral”, “pré-político” e “pré-jurídico” (SGARBI, 2007, p. 667). Embora a lista estabelecida por Finnis não seja exaustiva, os valores básicos elencados pelo filósofo australiano abrigam a totalidade dos propósitos básicos da ação humana (FINNIS, 2011), de modo que devem ser preservados, independentemente do reconhecimento do poder político ou da vontade do legislador.

Outra lacuna é a inadequabilidade do juspositivismo em explicar menções como moralidade e bem comum, presentes nos textos legais. Em Finnis, tais referências são plenamente explicáveis, vez que seu construto teórico admite a existência de preceitos morais absolutos e de um agir moralmente correto, que, de acordo com a teleologia aristoté-

lico-tomista, devem estar de acordo com a realização do fim do homem e da comunidade. Não obstante, Finnis sustenta que os princípios da lei natural não se limitam à dimensão da moralidade, mas, também, permeiam a ação política e a vida do cidadão (FINNIS, 2011, p. 23). Tais proposições preenchem a lacuna deixada por Kelsen que, ao recusar a existência de uma moral pública, tinha por impossível um juízo axiológico prévio para a validação de normas.

Ao fim, se pode concluir que o positivismo jurídico se mostra insuficiente para fundamentar questões extremamente importantes do hodierno, como a defesa dos direitos humanos, a consecução do bem comum e a própria realização da justiça. Nesse controverso espaço, a teoria jusnaturalista de Finnis é capaz de conferir (ou devolver) vigor ao Direito Natural, afastando os espantalhos criados em torno dele, e apresentando como um parâmetro teórico adequado para os tempos atuais, capaz de oferecer sólidas respostas na filosofia do Direito e de dialogar com valores da comunidade de assertiva.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira et al. v. 4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- BARZOTTO, Luís Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- BLACK, Max. *Models and metaphors*. Ithaca: Cornell University Press, 1962
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995a.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*. In: _____. (Org.). *El otro Kelsen*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 27-56
- CULLETON, A.; BRAGATO, F. F.; FAJARDO, S. P. *Curso de direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009
- FARREL, Martín D. ¿Discusión entre el derecho natural



y el positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Espanha, v. 21, n. 2, p. 121-128. 1998

FINNIS, John. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998

_____. *Fundamentals of ethics*. Washington: Georgetown University Press, 1983.

_____. *Ley natural y derechos naturales*. Tradução Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000

_____. *Moral absolutes: Tradition, revision and truth*. Washington: The Catholic University Press, 1991

_____. *Natural law and natural rights*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

GONÇALVES, C. F. O.; PRAXEDES, A. T. As insuficiências do positivismo jurídico para o conhecimento da ciência do direito: uma análise crítica do purismo kelseniano. In: ROCHA, L. S.; LOIS, C. C.; MELEU, M. (Coord.). *Cátedra Luís Alberto Warat*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 108-130

GREEN, Leslie. Positivism and the inseparability of law and morals. *New York University Law Review*, New York, v. 83, p. 1035-1058, 2008.

HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Malta: Clarendon, 1983

_____. *O conceito de direito*. 5ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007

_____. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958

HESSEL, Mary. *Models and analogies in science*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural - apêndice à segunda edição alemã da Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979a

_____. *Teoría general del derecho y del estado*. Tradução Eduardo García Máynez. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979b

_____. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KLOSTER, M. V. *A superação do juspositivismo por uma*

compreensão ampliada do direito: enfoque laboral. 2012. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 1980

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of law*. Dordrecht: Kluwer, 1986

_____. Natural law and the separation of law and morals. In: GEORGE, Robert P. (ed.). *Natural Law Theory: Contemporary essays*. Oxford University Press, 1996

MACINERNY, Ralph. The principles of natural law. *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, v. 25. 1980

MURPHY, Mark C. *Natural law in jurisprudence and politics*. New York: Cambridge University Press, 2006

OLIVEIRA, E. S. *Bem comum, razoabilidade prática e direito: A fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis*. 2002. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002

PINHEIRO, V. S.; SOUZA, E. B. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, RS, ano 4, n. 7, p. 65-83, jan./jun. 2016a

_____; _____. O paradoxo de Bobbio: Pode um positivista defender direitos humanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, RS, ano 4, n. 8, p. 59-84, jul./dez. 2016b

ROSA, Eliana de. Introducción a la teoría jurídica de John Finnis. *Revista RyD República y Derecho*, Mendoza, Argentina, v. 1, p. 1-22, 2016

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: O Positivismo Conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Departamento de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SGARBI, Adrian. O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 661-689, jan./dez. 2007

SOUZA, E. B.; PINHEIRO, V. S. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, RS, n. 48, p. 70-91, jan./abr. 2016



HAMLET E A MODERNIDADE: A CRISE NA TEOLOGIA POLÍTICA MEDIEVAL E NO REINO DA DINAMARCA

HAMLET AND MODERNITY: THE CRISIS IN MEDIEVAL POLITICAL THEOLOGY AND THE CRISIS IN THE KINGDOM OF DENMARK

"The body is with the King, but the King is not with the body. The King is a thing" (SHAKESPEARE, 2016, 4.2.25)¹

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues²

² Graduando pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Email: aguiarmr10@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0202392936547091>; LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/matheus-rodriques-714528118/>

Resumo

Este artigo, por meio de uma simbiose entre Direito, História e Literatura, busca indicar os indícios da modernidade em Shakespeare, mormente na obra de "Hamlet". "Ser ou não ser?, eis a questão", "o rei morreu, vida longa ao rei", e a própria epígrafe deste trabalho mostram passagens em Hamlet que ilustram, concomitantemente, uma ideia do corpus mysticum e a crise na teologia política medieval, a partir da qual despontará a modernidade e o "eu" moderno. William Shakespeare conhece e se utiliza da noção dos Dois Corpos do Rei. Em Hamlet utiliza essa noção para demonstrar uma crise política fictícia no Reino da Dinamarca: a crise na legitimação e na sustentação do monarca absolutista. Hamlet é vanguarda na percepção da sociedade política àquela época. Shakespeare é arte. E a arte sempre será precursora na percepção das transformações do mundo. A vida parece imitar a arte.

Palavras-chave: Dois Corpos do Rei; Teologia Política Medieval; William Shakespeare; Hamlet; Modernidade.

Abstract

Through a symbiosis between Law, History and Literature, this article seeks to indicate signs of a modernity in Shakespeare, especially in "Hamlet". "To be or not to be?", "The body is with the King, but the King is not with the body. The King is a thing", "Long live the King", "Something is rotten in the state of Denmark", "King died. Long live the King" are excerpts in Hamlet that illustrate an idea of the corpus mysticum and the crisis in medieval po-

litical theology, from which modernity and modern individual will emerge. William Shakespeare knows and uses the notion of the King's Two Bodies. In Hamlet he uses this notion to demonstrate the political crisis in the Kingdom of Denmark, the crisis in the legitimation and support of the absolutist monarch. Hamlet is vanguard in the perception of the political society at that time. Shakespeare is art. And art will always be a precursor in the perception of the transformations of the world. Life imitates art.

Keywords: King's Two Bodies; Medieval Political Theology; William Shakespeare; Hamlet; Modernity.

1. Introdução

Esse trabalho se vale do paradigma indiciário³ na análise de uma obra literária. Não há a possibilidade de acessar diretamente o contexto histórico na qual Shakespeare possa ter escrito a obra "Hamlet", no entanto, a partir dos indícios/sinais identificados na peça, é possível, ao menos, tangenciá-lo.

Numa abordagem multidisciplinar, entre o Direito, História e a Literatura Shakespeariana (mormente, "Hamlet"), iremos mostrar indícios na obra que ilustram uma teologia política medieval que entrará em crise no século XVII. Desse modo, a emergência da modernidade⁴ já é apontada na obra, por meio de pequenos indícios e sinais. Esse trabalho se propõe a apontar alguns destes, tentando ilustrar o contexto político e social no qual Shakespeare se encontrava.

Inicialmente, com uma 1) breve síntese da obra, intenta-se situar, ainda que temporalmente, o leitor ao longo do trabalho. Em seguida, iremos apontar as 2) características da teologia política medieval, mormente a concepção dos "Dois Corpos de Rei". Valendo-se do enredo da obra, iremos indicar, ao fim, 3) a crise dessa teologia política e

³ "A partir do paradigma indiciário, Ginzburg indicou uma nova maneira de fazer História, alimentando a ideia de transgredir as proibições da disciplina e ampliando seus limites, em uma abordagem que privilegia os fenômenos aparentemente marginais, intemporais ou negligenciáveis: as estruturas arcaicas e os conflitos entre diferentes configurações sócio-culturais. Uma abordagem capaz de remontar uma realidade complexa, não experimentável diretamente, que parte da análise de casos bem delimitados, cujo estudo intensivo revela problemas de ordem mais geral e contesta idéias solidificadas sobre determinados fatos e épocas." (TINEM; BORGES, p. 1, grifo meu).

¹ "O corpo está com o rei, mas o Rei não está com o corpo. O rei é uma coisa" (tradução livre).



os indícios do despontar do que seria cunhado, posteriormente, como modernidade. A arte sempre está na vanguarda na forma como se percebe o mundo, e Shakespeare, sobretudo em “Hamlet”, é a prova disso.

2. Breve síntese de Hamlet, a tragédia do Príncipe da Dinamarca

A tragédia do Príncipe Hamlet, escrita pelo inglês William Shakespeare por volta de 1600 d.C, se passa no Reino da Dinamarca, embora grande parte de suas referências situam o ambiente socioeconômico do autor, o Reino Inglês. A obra aborda a história de um Príncipe que busca vingar a morte do seu pai e ex-Rei, que fora executado pelo tio do Príncipe Hamlet, Claudius. Este, então, casa-se com a viúva Gertrude, rainha e mãe de Hamlet, para se tornar o novo Rei da Dinamarca.

A obra se inicia com os sentinelas do Castelo Real da Dinamarca buscando convencer Horatio, amigo do príncipe, de que eles teriam visto o fantasma do Rei morto. Após Horatio se encontrar com o fantasma, Hamlet decide ir ao encontro dele. O Fantasma revela, então, que fora morto pelo seu irmão Claudius e pede que Hamlet vingue sua

morte. Hamlet o assegura disso, que buscaria essa vingança.

A partir de então, o príncipe passa a nutrir um sentimento de dúvida e incerteza, acerca da veracidade das afirmações do fantasma, nutrindo, ainda, um comportamento solitário que gerava preocupações nos membros da corte (como da sua mãe e rainha Gertrude, Polonius, conselheiro do Rei Claudius, Ophelia, filha de Polônio e que passa a ser cortejada por Hamlet ao longo do enredo, e Laertes, filho de Polônio).

É a partir desse contexto que o enredo passa a explorar temas como a traição, a vingança e a corrupção no reino da Dinamarca. Neste trabalho, selecionaremos determinadas cenas para ilustrar supostos indícios da crise na teologia política medieval. Antes, não obstante, passaremos a aduzir sobre determinados aspectos que a caracterizam, como a noção dos “Dois Corpos do Rei”.

3. Teologia política medieval

Entender a teologia política medieval é essencial para compreender as características do período subsequente (a Idade Moderna, época em que “Hamlet” fora publicada). Entretanto, é necessária uma breve digressão para entender a concepção orgânica que se formava na Igreja, sobretudo na doutrina corporativa do papa Bonifácio VIII.

A teologia possui um marco importante: o Concílio I de Niceia. Entre 20 de maio a 25 de julho de 325 d.C, bispos de todas as regiões do mundo se reuniam para discutir questões importantes à religião. O Concílio Ecumênico fora realizado com o apoio (financeiro e logístico) do imperador Constantino, que, após unificar o Império Romano, em 324 d.C, desejava também que a Igreja estivesse unida. Entre as principais discussões, estava as interpretações dos textos do apóstolo Paulo (sobre a concepção orgânica da Igreja) e os seguinte questionamento: a Igreja seria o corpo de Cristo? Cristo era homem e Deus ou, apenas, um homem inspirado por Deus?

O bispo Ário, junto com seus simpatizantes, defendiam essa natureza não divina de Cristo. Diante da exposição dos motivos dessa posição pelo bispo Eusébio de Nicomédia (partidário de Ário), os demais bispos entenderam que essa ideia era uma confusão muito grande, que negava a verdadeira fé e ensinamentos recebidos dos Apóstolos. Todos os bispos Conciliares (com exceção de Ário e Eusébio de Nicomédia), afirmaram: Cristo era homem-Deus e a Igreja era o corpo de Cristo. Nesse sentido, redigiram o Credo Niceno-Constantinopolitano, rezado até hoje pela Igreja Católica. Neste, afirma-se, dentre outras coisas⁵:

⁴ Como modernidade, adota-se a concepção de Alain Touraine (1994) no qual se entende a modernidade como a emergência de uma racionalidade que substitui Deus e a teologia pela ciência, como responsável pela descrição dos fenômenos e da realidade. Nesse sentido, destaco: “A ideia de modernidade substitui Deus no centro da sociedade pela ciência, deixando as crenças religiosas para a vida privada. Não basta que estejam presentes as aplicações tecnológicas da ciência para que se fale de sociedade moderna. É preciso, além disso, que a atividade intelectual seja protegida das propagandas políticas ou das crenças religiosas, que impessoalidade das leis proteja contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, que as administrações públicas e privadas não sejam instrumentos de um poder pessoal, que vida pública e vida privada sejam separadas, assim como devem ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresas” (TOURAINE, 1994, p. 18, grifo nosso). Em complemento, em outra passagem, também destaco: “A ideia de modernidade está portanto estreitamente associada à da racionalização. [...] Mas a racionalidade se reduz à racionalização? É ela a história dos progressos da razão, que são também os da liberdade e da felicidade, e da destruição das crenças, dos pertences, das ‘culturas tradicionais’? A particularidade do pensamento ocidental, no momento da sua forte identificação com a modernidade, é que ele quis passar do papel essencial reconhecido à racionalização para a ideia mais ampla de uma sociedade racional, na qual a razão não comanda apenas a atividade científica e técnica, mas o governo dos homens tanto quanto a administração das coisas. Tem esta concepção um valor geral ou ela nada mais é que uma experiência histórica particular, mesmo que a sua importância seja imensa? É preciso inicialmente descrever esta concepção de modernidade da modernização como criação de uma sociedade racional.” (TOURAINE, 1994, p. 18, grifo nosso). Essa noção de modernidade, enquanto condutora do governo e da administração das coisas, é vista de forma inteligível com o rompimento da noção dos “dois corpos do rei”, que será desenvolvida ao longo desse trabalho. Ademais, é ainda no despontar da modernidade que concepções antropocêntricas irão influenciar os estudos científicos e filosóficos, no século XV e XVI, dando azo ao “eu moderno”.

⁵ Uma explicação mais detalhada acerca do Concílio de Niceia pode ser lida no site <<http://opusdei.org.br/pt-br/article/o-que-aconteceu-no-concilio-de-niceia/>> Acesso em 4 de fev 2017.



"[...]Creio em um só Senhor, Jesus Cristo, Filho Unigênito de Deus, nascido do Pai antes de todos os séculos: Deus de Deus, luz da luz, Deus verdadeiro de Deus verdadeiro, gerado não criado, consubstancial ao Pai. [...]"⁶

É com nessa concepção firmada que a teologia política medieval irá se desenvolver. A noção de *corpus mysticum*, antes relacionada com a hóstia sagrada e o sacramento da Eucaristia, serve, após o sec. XII, para descrever o corpo político da Igreja Católica (Cristo é a cabeça e a Igreja o corpo). A natureza de Cristo (humana e divina) se torna um debate secundário, dando proeminência à doutrina corporativista dos Dois Corpos de Cristo: um, natural individual e pessoal, e o outro místico, corporativo e coletivo, entendido aqui já como uma pessoa mística.

Tomás de Aquino, com muita frequência, utilizou o termo *corpus mysticum*, "o corpo místico da Igreja". Até então, o costume havia sido falar da Igreja como o "corpo místico de Cristo" (*corpus Christi mysticum*) que apenas faz sentido em termos sacramentais. Agora, no entanto, a Igreja, que havia sido o corpo místico de Cristo, tornava-se um corpo místico por próprios méritos. Ou seja, **o organismo Igreja tornava-se um 'corpo místico' em um sentido quase jurídico: uma corporação mística** (KANTOROWICZ, 1998, p. 166, grifei).

Esse conceito, inicialmente litúrgico (*corpus Christi*⁷), torna-se, portanto, um conceito organológico e jurídico.

Acima de tudo, essa noção originalmente litúrgica, que antes se prestara a exaltar a Igreja unida no Sacramento, começou a ser usada na Igreja hierárquica como um meio de exaltar a posição do papa-imperador, 'o primeiro Príncipe que move e controla a totalidade do Governo cristão' (KANTOROWICZ, 1998, p. 131).

Essa noção de *corpus mysticum*, já secularizada, que descrevia a Igreja, hierarquicamente, é transferida para outras unidades seculares. Além disso, é a partir dela que 1) os juristas, analogamente, iriam construir a noção de pessoa física (natural, ou o *corpus verum* de Cristo, tangível) e pessoa jurídica (*corpus fictum*, uma ficção criada pelo Direito)⁸. Essa noção, ainda, remonta aos escritos de Aristóteles, na ideia de um *corpus morale et politicum*, sendo concepções com grande influência nas analogias jurídicas: a ideia, bastante popular na Baixa Idade Média, de um casamento entre o príncipe com seu *corpus mysticum*.

Na Inglaterra, já num contexto diretamente conec-

tado com Shakespearare, a noção do *corpus mysticum* já era bastante conhecida. No entanto, parece ser aplicada de forma diferentes dos demais países europeus. O corpo místico do reino inglês, análogo à trindade santa, teria o rei, os lordes e os comuns em sua constituição. Não havia esse casamento, popular na idade Média, como descrito acima. A Inglaterra estaria mais próxima a um verdadeiro *dominium regale et politicum*, na qual o Rei (cabeça do reino) era ligado e mutuamente dependente ao Parlamento. (KANTOROWICZ, 1998, p. 143)

Henrique VIII, ainda, funda a Igreja Anglicana (um rompimento mais político do que religioso), fundindo os corpos políticos e espiritual. Ele tratava a Igreja como um simples *corpus politicum* e, dessa forma, apenas como uma parte do Reino Inglês.

Portanto, inegavelmente, a ideia do *corpus mysticum* é transferida a entidades políticas seculares, como na sociedade na qual Shakespearare se insere (o Reino Inglês, no século XVII). Essa concepção, característica da teologia política medieval, influencia diversos aspectos da cultura europeia, mesmo após o fim da Idade Média, como, por exemplo, na noção de suicídio (tema latente na obra "Hamlet"). Dessa forma, seguida a essa transposição política da concepção do *corpus mysticum*, diversos fatores culturais também são influenciados.

4. A presença da teologia política medieval no enredo de Hamlet

Em sendo uma concepção oriunda da teologia política medieval, a concepção dos Dois Corpos do Rei (um natural e moral; e outro jurídico, místico, imaterial e imortal), relacionada à concepção dos dois corpos de Cristo, como detalhado acima, certamente, era conhecida por Shakespearare e, em diversos indícios, está presente em "Hamlet". É uma concepção que ganha força no absolutismo e, somente com o início da modernidade, passa a ser alvo de críticas.

"Hamlet" já inicia com um traço dessa concepção, no início da peça, 1) momento no qual um dos sentinelas pretende se identificar, após a morte do Rei (Hamlet) e a coroação do seu irmão (e assassino) Claudius; Barnado: "Long live the King" (1.1.3). Esse pensamento e concepção ("O rei morreu. Vinda longa ao Rei") é uma influência direta dos "Dois Corpos do Rei". É o corpo do rei imortal, imaterial e místico que permite a continuidade da monarquia, mesmo após a morte de um monarca, porque o corpo místico da monarquia seria eterno.

Há, ainda, dois momentos em que essa concepção se manifesta na obra: 2) o relato do fantasma da morte do Rei Hamlet e no momento em que 3) Claudius reza, após a apresentação da peça do Assassinato do Gonzaga. Hamlet, no momento em que encontra o Rei rezando, tem uma das melhores oportunidades para executar sua vingança, no

⁶ Oração completa disponível em: <<http://www.catolicoorante.com.br/oracao.php?id=16>>. Acesso em 4 de fev 2017.

⁷ Que irá se desenvolver, agora, baseado na concepção de *corpus verum* (unindo o dogma da transubstanciação e da instituição da festa de Corpus Christi).

⁸ Nesse sentido, V. KANTOROWICZ, 1998, p. 134.



entanto, ele hesita, principalmente, por acreditar que Cláudio teria mais chances de ir ao céu, com uma morte naquela circunstância: o reforço da imagem simbólica do Rei, bem como a junção dos dois corpos (o natural, tangível e o místico) num momento de oração, faz com que Hamlet hesite na execução da sua vingança. Essa imagem contrasta com o relato do fantasma acerca da morte do Rei.

O fantasma, na cena V (do ato 1), reclama justamente pela falta desse reforço simbólico entre os dois corpos, já que seu assassino não deixou que o Rei (em seu corpo natural) se preparasse (por meio da confissão ou extrema-unção) para o “encontro com o juízo”. Ademais, o fantasma quer reforçar à Hamlet que ele perdeu a vida (corpo tangível), a coroa (corpo místico) e a Rainha (1.5.75), valendo-se da concepção dos Dois Corpos do Rei para reforçar a atrocidade cometida a ele. Nesse sentido, valho-me de alguns comentários de Júlio César Lemes de Castro (2010) acerca da obra, que, ao citar Lacan (e seus comentários no seminário VI, de sua obra), reforça essa concepção dos Dois Corpos do Rei na obra:

Na melhor oportunidade que, no desenrolar da trama, Hamlet tem para realizar seu intento, quando vê o rei sozinho, rezando, ele hesita por achar que, morrendo nessas condições, Cláudio teria mais chances de salvar sua alma. Aqui, a condição simbólica do rei é reforçada pelo vínculo simbólico que o ato de orar cria com Deus. E essa situação contrasta claramente com o testemunho do espectro sobre as circunstâncias de sua morte: ‘Ceifado em plena floração de meus pecados, impiamente, sem confissão, sem extrema-unção, sem preparação, minhas contas por fazer e enviado a juízo com todas minhas imperfeições na minha cabeça’. (CASTRO, 2010, p. 132, grifei)

[...]

Se a incumbência de vingar-se contra Cláudio paralisa Hamlet, acrescenta Lacan, ‘não é porque ele tenha medo dessa personagem, que despreza, mas porque sabe que o que ele tem de golpear é uma coisa diferente disso que está aí’. Quando ele afirma que ‘o corpo está com o rei, porém o rei não está com o corpo’, comenta Lacan, ‘é precisamente disso que se trata, ou seja, que o corpo está comprometido nesse assunto do falo – e como! –, mas que, ao contrário, o falo não está comprometido com nada, e sempre desliza entre os dedos’. O imaginário do corpo aparece aqui colado ao simbólico do falo. Assim, liquidar o corpo não basta, porque não equivaleria a liquidar o soberano. É apenas durante o duelo final com Laerte que Hamlet consegue apartar mentalmente Cláudio da posição que ele ocupa e atingi-lo de maneira fatal. (CASTRO, 2010, p. 133, grifei)

Dessa maneira, além da influência clara nas três cenas acima, a própria noção de suicídio na época (uma

temática também presente na obra, principalmente no monólogo do início do Ato 3 “To be or not to be”) é interpretada à luz da concepção dos “Dois Corpos do Rei”. O suicida cometia um ato criminoso não apenas contra Deus, mas também contra o Rei (que perdia um súdito e, em sendo ele a cabeça, enfraquecia-se em um dos seus membros do corpo). Dessa forma, o suicídio era um atentado à Deus (“Dois Corpos de Cristo”) e ao Rei (“Dois Corpos do Rei”). Vale ressaltar que, no meu entendimento, além de todas as reflexões existenciais, Hamlet parece pregar e entender o suicídio de uma nova forma, sobretudo após ter certeza das circunstâncias na qual seu tio se tornou Rei. Por que manter-se vivo, sendo um membro de um corpo místico que está corrompido? Com qual legitimidade o (falso) Rei pode querer isso do seu súdito?

[...] o suicida cometia um ato criminoso não só porque agia contra a Natureza e Deus, mas também (como salientavam os juristas da era Tudor) contra o rei “pelo fato de que ele [o Rei] perdia um súdito e, sendo ele a Cabeça, perdia um dos seus membros místicos”. [...] o suicida não prejudicava a si mesmo ou a outra pessoa, mas prejudicava a polis, a república – na linguagem cristã: o corpus mysticum, ou sua cabeça. (KANTOROWICZ, 1998, p. 167, grifei)

A possível vontade de se suicidar, aliado a uma vontade de não “querer ser” de Hamlet, já são indícios dessa crise na teologia política que despontará na modernidade. A violação do corpo do Rei e a “corrupção” no reino da Dinamarca indicam um modelo que, em breve, não será mais capaz de se sustentar. No entanto, se na seção anterior aduzimos a essas críticas que despontariam na modernidade, nesta gostaríamos apenas de afirmar que a concepção dos “Dois Corpos do Rei” está presente em “Hamlet”, em menor medida (caso se compara com “Henrique III”, por exemplo), porém, não despercebida. Nesse sentido, ao analisar a violação do corpo do Rei em “Macbeth”, Tatiane Portella indica que Shakespeare conhecia a noção dos dois corpos do Rei e, certamente, as utiliza em suas obras:

[...]William Shakespeare conhecia a concepção dos dois corpos sobre a natureza gêmea do rei e de sua independência de amparo constitucional. A sua arte revela os diversos planos em atuação no ser humano, colocando em conflito as personagens, umas contra as outras, confundindo-as ou mantendo-as em equilíbrio. O conceito jurídico dos dois corpos do rei não pode, portanto, ser ignorado na obra shakespeariana, pois, se por um lado a imagem curiosa se esvaíu do pensamento constitucional, ainda possui hoje um significado muito concreto, perpetuado na obra do dramaturgo inglês. (PORTELLA, 2014, p. 254, grifei)

6. Crise na teologia política e os indícios da mo-



Modernidade em Hamlet

A teologia política concebida na Idade Média irá ser questionada a partir da Modernidade (CASTRO, 2010). As revoluções do séc. XVIII (século das Luzes e do Iluminismo) irão propor a desincorporação do poder, ou seja, o poder passa a não ter ligação com nenhum dos Dois Corpos do Rei, buscando-se a legitimidade e a unificação da sociedade a partir da ideia de Estado e de nação.

O absolutismo, na história mundial, é tido como uma transição ao capitalismo, um passo intermediário que, ao eliminar os resquícios feudais, consolida o poder econômico burguês e possibilita, no futuro, a ascensão política dessa classe. Hamlet é uma obra que se insere nesse período e, portanto, como já fora aduzido, reflete uma teologia política construída ainda na Idade Média. No entanto, há indícios na obra que indicam a derrocada do absolutismo e dessa teologia política, suscitando uma crise na forma como se percebe o poder.

Ainda no ato I, Marcellus afirma: "Something is rotten in the state of Denmark" (1.4.90). O corpo político medieval está corrompido, pois o Rei fora assassinado e o sujeito ativo desse crime, naquele momento, que se apresenta como Rei. A própria legitimidade do poder, na monarquia inglesa, no contexto em que Hamlet é escrito, é invertida (a Igreja Anglicana se torna apenas uma estrutura dentro do Estado Inglês, sendo chefiada pelo próprio monarca). Dessa forma, diversos fatores reais e inerentes à própria peça fazem com que exista algo podre no "Reino da Dinamarca". Há algo podre/decadente nessa concepção e entendimento do poder no absolutismo.

Quando se afirma, ainda, que "The body is with the King, but the King is not with the body. The King is a thing" (4.2.25), além de mostrar a crise nessa teologia política medieval, Shakespeare, no limiar da modernidade, quer apontar uma nova forma de interpretar o poder. O Rei, como uma coisa, ocuparia um lugar simbólico, podendo ser retirado. O poder é desincorporado, ou seja, é negado um caráter "corpóreo" ao poder (próprio da concepção do Dois Corpos do Rei).

Ou seja, na modernidade [...] há uma dissociação nítida entre os dois corpos do rei, a ponto de já não ser possível descrevê-los como tais. De um lado temos o centro do poder, puramente simbólico; de outro, o corpo propriamente dito, de cada agente em carne e osso que ocupa acidentalmente aquele lugar. A "revolução política" da modernidade significa 'um fenômeno de desincorporação do poder e de desincorporação do direito acompanhando a desaparecimento do corpo do rei' (CASTRO, 2010, p. 129, grifei)

No momento em que Luis XVI se nega a tocar os leprosos, num ritual de purificação (benção das escrófulas), a população se sente traída ("o Rei se recusa a abençoá-la). Esse seria o auge da crise dessa teologia medieval (qua-

se 150 anos depois da peça), nas vésperas da Revolução Francesa, na qual o próprio Rei nega a legitimidade advinda dos seus Dois Corpos. Aliada a outros fatores (econômicos e políticos), a Revolução Francesa iria emergir e, como já afirmado, irá desincorporar o poder. O poder, após as revoluções modernas democráticas, não será ligado a nenhum corpo. O poder seria um lugar simbólico.

O próprio personagem de Hamlet pode ser considerado um indício do indivíduo moderno. Após a Revolução Francesa, "to be or not to be" é a pergunta que possibilita o indivíduo, não ligado a nenhum estamento ou classe, decidir seu próprio futuro. A sociedade deixa de ser vista, organicamente, podendo o indivíduo escolher o que quer ser e quando ser. Nesse sentido, Hamlet aponta em dois indícios da moderna: tanto no plano micro, individual, quanto do ponto de vista macro, acerca da legitimidade do poder na sociedade moderna (que se desvincula da concepção dos Dois Corpos do Rei).

Com efeito, Shakespeare soube captar, melhor do que qualquer outro de seus contemporâneos, a dualidade e o conflito constantes na alma do homem, dividido entre polos opostos – o céu e a terra, o espírito e a carne. Que melhor exemplo do que Hamlet, cogitando entre o ser e o não-ser no famoso monólogo, fascinado por essa maravilha da criação, o homem, e, ao mesmo tempo, preocupado com que sonhos poderá ter depois da morte, ou com a preservação de sua alma imortal? (ROCHA, 2001, p. 14, grifei)

A ideia de um corpo místico é forte. É com base nela que se impossibilitou a deposição de diversos Reis, principalmente no absolutismo monárquico. No entanto, é a partir dela que as revoluções modernas burguesas puderam emergir. É uma ideia forte, portanto, tanto para manter Reis quanto para proporcionar revoluções.

Esses indícios consubstanciam aquilo que será cunhado como a "dupla dimensão da modernidade": o rompimento de valores teológicos medievais, numa ordem universal calcada na divindade, e a retomada de valores greco-romanos.

Assim, esse duplo significado de "moderno" subentende, a um só tempo, um rompimento e uma retomada. Há rompimento em relação aos valores medievais sustentados na crença de uma ordem universal assegurada pela Graça Divina e, portanto, desvinculados da vontade e da ação humanas. Tais valores já não parecem tão absolutos e inabaláveis, e são postos em cheque. A retomada está na adoção e adaptação dos modelos estéticos da antiguidade greco-romana, nos quais a atuação humana é efetivamente valorizada, em oposição aos ensinamentos teológicos medievais. (ROCHA, 2001, p. 14)

Em Hamlet, Shakespeare consegue captar e transmitir formas e manifestações que ilustram uma transição à modernidade. Dicotomias (valores opostos, como profano e sagrado



do, como os “Dois Corpos do Rei”) e dualidades (ser ou não ser) refletem a liberdade de ação e pensamento do homem que busca se emancipar e se colocar diante do mundo.

7. Conclusão

Desse trabalho, temos a seguinte conclusão:

1. A teologia medieval se desenvolve a partir das concepções firmadas e proferidas no Concílio Ecumênico de Niceia. A ideia do corpus mysticum, antes relacionada ao sacramento eucarístico, serve, após o sec. XII, para descrever o corpo político da Igreja Católica. Nesse momento, a natureza de Cristo (humana e divina), uma discussão que movimenta o Concílio de Niceia, já é um debate secundário, dando espaço à doutrina corporativista dos Dois Corpos de Cristo.

2. Essa doutrina corporativista é transferida, posteriormente, a entidades políticas seculares, como na sociedade na qual Shakespeare se insere. Essa concepção dos Dois Corpos de Cristo que, a partir de então, torna-se os Dois Corpos do Rei, influencia diversos aspectos da cultura europeia, alguns deles refletidos na obra Hamlet.

3. Hamlet reflete essa teologia medieval, nessa concepção dos Dois Corpos do Rei, ao menos, em quatro momento: no início da peça, com a 1) saudação do sentinela “Vida Longa ao Rei”, no momento em que o 2) Rei Claudius reza, 3) no relato do fantasma sobre a morte do Rei Hamlet e, também, na temática do 4) suicídio, que era à época interpretado como um atentado à Deus e ao Rei: Hamlet questiona esse medo que nos impede de tirar nossa própria vida, desafiando a própria noção do corpus mysticum.

4. Shakespeare, portanto, conhecia a noção dos Dois Corpos do Rei e as utiliza em seus enredos, como em Hamlet. Nesta obra, ainda, 150 anos antes das revoluções burguesas, o autor aponta diversos sinais de que a corrupção do Reino da Dinamarca também seria uma podridão na forma com que a teologia medieval sustentava e legitimava o poder do Rei. O reino da Dinamarca está podre, da mesma maneira que a forma com a qual se legitima o poder e sustenta o Rei também está.

Dessa maneira, Hamlet é vanguarda na forma como se percebe o mundo. Ele irá questionar e desafiar as concepções oriundas de uma teologia política medieval, que sustenta o absolutismo. Quando a sociedade e o mundo começam a desafiá-la? Décadas depois, nas revoluções Gloriosa e Puritana e, claro, na Revolução Francesa em 1789 (quase dois séculos depois da publicação da peça). Shakespeare é arte, e a arte sempre será vanguarda em refletir as transformações que começam a emergir no mundo.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Julio Cesar Lemes de. Dos dois corpos do rei à democracia burguesa. Esboços - Revista do Programa

de Pós-Graduação em História da UFSC, Florianópolis, v. 16, n. 22, p. 127-138, dez. 2010. ISSN 2175-7976. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/2175-7976.2009v16n22p127>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

KANTOROWICZ, Ernst H. Os dois corpos do rei: um estudo sobre a teologia política medieval. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Cia das Letras, 1998. p. 125-169.

PORTELLA, Tatiane Oliveira. A violação do corpo do Rei em Macbeth - Miguilim Revista Eletronica do Netlli, v. 3, n. 2, p. 258-162, mai.-ago. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/MigREN/article/view/733/697>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

ROCHA, Ana Maria Kessler. A modernidade de Shakespeare. Textura, n. 4, p. 13-18, 2001. Disponível em: < <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/txra/article/viewFile/691/502>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

SHAKESPEARE, Willian. Hamlet: Revised Edition. Editora Bloomsbury Arden Shakespeare. Ed. 2, 2016. 688p.

TINEM, Nelci e BORGES, Lucia. Ginzburg e o paradigma indiciário. Disponível em: <<http://www.lppm.com.br/sites/default/files/livros/Ginzburg%20e%20o%20paradigma%20indici%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

TOURAINE, Alain. Crítica da modernidade, Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.



O ACESSO À JUSTIÇA PROMOVIDO PELA CAPACITAÇÃO DOS MEDIADORES E CONCILIADORES EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

ACCESS TO JUSTICE PROMOTED BY THE TRAINING OF MEDIATORS AND CONCILIATORS IN ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Talyz William Rech¹

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Servidor Público no Ministério Público de Santa Catarina. E-mail: twrech@gmail.com.

Resumo

O presente trabalho objetiva demonstrar que os métodos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, preconizados pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, são capazes de diminuir o número de ações judiciais, resultando no aumento da qualidade, da eficiência da prestação jurisdicional e na maximização da eficiência do Judiciário. A inclusão de disciplinas de Análise Econômica do Direito nos cursos de formação e capacitação de mediadores e conciliadores pode possibilitar o aumento do número de acordos pré-processuais, provocando impacto positivo na promoção do Acesso à Justiça. O método de abordagem utilizado nesse trabalho foi o dedutivo e o método de procedimento o monográfico, com a técnica de pesquisa bibliográfica analisando-se fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Meios consensuais de resolução de conflitos. Análise Econômica do Direito.

Abstract

This paper aims to demonstrate that the consensual methods of conflict resolution, such as mediation and conciliation, advocated by the Code of Civil Procedure and the Mediation Law, are capable of reducing the number of lawsuits, resulting in an increase in quality, efficiency of judicial performance and maximizing the efficiency of the Judiciary. The inclusion of disciplines of Economic Analysis of Law in the courses of training and qualification of mediators and conciliators can make possible the increase in the number of pre-procedural agreements, provoking a positive impact in the promotion of Access to Justice. The method of approach used in this work was the deductive and the procedure method the monographic, with the technique of bibliographical research analyzing primary and secondary sources.

Keywords: Access to justice. Consensual means of conflict resolution. Economic Analysis of Law.

Introdução

A capacitação e o treinamento de mediadores e conciliadores são instrumentos indispensáveis para a devida promoção dos mecanismos de solução de conflitos de forma eficiente e competente. A inserção de noções relativas à Análise Econômica do Direito no conteúdo programático obrigatório desses cursos seria uma novidade em relação aos atuais requisitos básicos de formação desses agentes.

O trabalho visa demonstrar que mediadores e conciliadores capacitados com noções das teorias da Análise Econômica do Direito são capazes de melhor conscientizar as partes dos benefícios da resolução consensual, provocando aumento no número de acordos firmados e promovendo o acesso à justiça. A melhoria da eficiência dos acordos pré-processuais obtidos nas sessões de mediação e conciliação trará impacto positivo para maximizar o acesso à justiça na comunidade catarinense.

O método de abordagem utilizado nesse trabalho foi o dedutivo e o método de procedimento o monográfico, com a técnica de pesquisa bibliográfica analisando-se fontes primárias e secundárias.

O primeiro tópico abordará o contexto histórico envolvido na busca pelo acesso à justiça a partir dos estudos do Projeto de Florença. O segundo tópico tratará dos meios consensuais de resolução dos conflitos. Por fim, o terceiro e último tópico versará sobre a importância da capacitação dos mediadores e conciliadores sobre a Análise Econômica do Direito.

2. O acesso à justiça: contexto histórico

Ao passo que guarda em seu âmago uma miríade de significados relevantes para o Estado Democrático de Direito, o termo Acesso à Justiça representa muito mais do que o consagrado princípio constitucional.

A importância sistemática de seus significados começou a ser construída a partir dos estudos do Projeto de Florença, na década de 1970, vindo a ganhar extrema relevância nas discussões voltadas à identificação dos motivos pelos quais o sistema jurídico é ineficiente na resolução dos conflitos na sociedade (MARCELLINO JÚNIOR, 2014, p. 132).



No clássico trabalho *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os autores reconhecem que

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 8).

Para desenvolver os significados do conceito, conveniou-se dividir o acesso à Justiça em material e formal.

O acesso à justiça Material refere-se à situação de alcance da solução verdadeira de um conflito social intersubjetivo, considerando a isonomia, a igualdade e o equilíbrio da decisão. Está ligado ao conceito de Justiça como valor social e constitui o verdadeiro fim do Direito.

Já o acesso à justiça formal (ou processual), diz respeito a possibilidade efetiva de que um particular consiga reclamar um direito violado em face do Estado, exigindo uma solução da estrutura pública organizada e competente para tanto. Está ligado ao conceito de Justiça como Instituição.

Desta forma, para Luiz Felipe Siegert Schuch, é na síntese dos dois significados que podemos encontrar o efetivo acesso à justiça, correspondente àquele que ocorre apenas quando

ao cidadão é garantida e implementada, de forma plena, não só a possibilidade de comparecer perante o aparelho estatal e postular a dissolução de um conflito, mas também, quando este conflito se resolve em tempo breve, com um resultado compatível com as normas jurídicas e, acima de tudo, justo (SCHUCH, 2016, p. 54).

A efetividade de acesso, referida por Cappelletti e Garth, é um conceito difícil de ser manejado. Primeiro, porque ele envolve total igualdade entre os indivíduos em extraírem do sistema jurídico condições de reivindicação de seus direitos, sem perceberem nele entraves de natureza econômica e social. Segundo, porque o sistema oferece recursos escassos, incapazes de produzir decisões satisfativas em tempo conveniente, forçando a parte a aguardar, descoberta de tutela pretensamente legítima, muitas vezes por anos, até obter uma decisão exequível.

Isso gera efeitos deletérios ao acesso à justiça efetivo, posto que aumenta “os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles

a que teriam direito” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12).

Esse fato leva autores como José Luís Bolzan de Moraes a entenderem que

a noção de acesso à Justiça compreende os problemas relativos aos custos e à demora dos processos, enfim, aos obstáculos (econômicos, culturais, sociais) que frequentemente se interpõem entre o cidadão que pede justiça e os procedimentos predispostos para concedê-la (MORAIS, 2000, p. 187).

Da mesma forma entende Walsir Edson Rodrigues Júnior, ao apontar que, além do fator tempo, na maioria das vezes, as partes não ficam satisfeitas com a decisão proferida pelo juiz. A insatisfação com o resultado e a demora na entrega de decisão capaz de satisfazer a pretensão arguida, evidencia, para ele, a ausência de uma efetiva tutela jurisdicional prestada pelo Estado aos cidadãos.

Conclui o autor que

De modo geral, tem-se criticado, sobremaneira, a pouca eficiência dos órgãos jurisdicionais, sobretudo no que se refere ao fator tempo, no qual nem mesmo os países mais desenvolvidos transitam de forma competente. É inconcebível que qualquer ação, por mais simples que seja, necessite de anos e anos para ser concluída. Mais inconcebível, ainda, é saber que, na maioria das vezes, as partes envolvidas não ficam satisfeitas com a decisão proferida pelo juiz, seja pelo fator tempo gasto nessa tomada de decisão, ou pelo alto custo do processo judicial, sem falar no desgaste emocional (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 12).

Preocupado com a ineficiência da Justiça, o trabalho de vanguarda dos pesquisadores do Projeto de Florença objetivava, em síntese, diagnosticar as causas de ineficiência da judiciário. A obra terminou por concluir pela existência de uma série de barreiras ao acesso à justiça, às quais os pesquisadores procuraram prescrever formas de combater.

Sobre esses obstáculos, de forma sucinta, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten ensinam que

Para fazer frente aos primeiros obstáculos identificados, de origem econômica, foram propostos mecanismos para viabilizar a assistência jurídica aos hipossuficientes. O segundo problema a ser superado referia-se à representação judicial dos interesses metaindividuais, especialmente os direitos difusos, perfazendo o nascedouro das ações coletivas. Como terceiro obstáculo, verificou-se que o processo tradicional não era a melhor solução para resolver determinados conflitos e, para isso, propôs-se a adoção de uma nova concepção para a resolução dos conflitos de interesse, mais centrado na auto e na heterocomposição extrajudicial, inicialmente chamados métodos alternativos; e hoje, segundo a melhor



doutrina, métodos adequados de resolução de conflitos, cuja implementação ganhou novo vigor no Brasil desde a edição da Resolução 125, em 2010, pelo CNJ (DE PINHO e PAUMGARTTEN, 2016, p. 5-6).

Cabe destacar que esses obstáculos foram objeto de esforços no sentido de maximizar a efetividade do acesso à justiça, no âmbito da evolução e desenvolvimento do Estado Social. Identificou-se, a partir desta progressão, três fases, ou ondas, já mencionadas acima.

Na primeira fase, identifica-se fatores ligados à hipossuficiência econômica como obstáculo ao acesso efetivo à justiça; vendo-se, a parte pobre, privada da participação efetiva da construção do seu direito na medida que se encontra carente de informações e de representação adequada (MORAIS, 2000, p. 187).

A segunda fase aponta para a importância da representação de novos interesses, rompendo a tradicional postura individualista do processo civil. Nela, segundo Bolzan de Moraes,

estamos assistindo ao lento, mas seguro declínio de uma concepção individualística do processo e da justiça. Todos os princípios, os conceitos, a estrutura, que eram radicais naquela concepção parecem cada vez mais insuficientes a dar uma aceitável resposta ao problema de assegurar necessária tutela por novos interesses difusos e de grupo, tomados vitais para a sociedade moderna (MORAIS, 2000, p. 189).

Já a terceira fase, busca atingir um enfoque diferenciado do acesso à justiça, “preocupando-se com o emprego de técnicas processuais diferenciadas, para tornar a Justiça mais acessível, tais como a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias” (MORAIS, 2000, p. 191).

A título exemplificativo, no Brasil, ainda na década de 1980, o desenvolvimento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas foi fruto da preocupação do Estado em possibilitar o acesso dos hipossuficientes ao aparelho judicial, bem como promover os direitos coletivos e simplificar o processo, a fim de garantir o acesso à justiça àqueles que, em regra, se encontravam excluídos da atividade jurisdicional.

A publicação da Lei 9.099/1995, no mesmo sentido, objetivou promover a diminuição da distância entre a Justiça e a sociedade, removendo obstáculos e “tornando a justiça mais rápida, desburocratizada, informal, efetiva, e, o principal de tudo, conseguir desafogar a justiça tradicional” (DE PINHO e PAUMGARTTEN, 2016, p. 6).

O desenvolvimento de novas formas de resolução de conflitos, que fujam da judicialização do conflito de interesses e da pretensão resistida, buscando apaziguamento social por meio consensual, faz parte da terceira fase identificada pelo Projeto de Florença, e tem sido o foco das políticas públicas, desde então.

Conforme apontado por Cappelletti e Garth:

existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 83-84).

No que se refere ao custo benefício dos métodos consensuais, Marcellino observa que a jurisdição é demasiada custosa para que o Estado pretenda universalizar seu alcance dentro da sociedade.

Diz o autor que

Os recursos públicos investidos no Poder Judiciário são limitados e finitos. O excesso de demandas judiciais impróprias em relação à forma de propositura acarreta um volume que não pode ser assimilado pela estrutura do Judiciário, o que gera lentidão e inefetividade. Toda a coletividade acaba sendo prejudicada pelas ações individuais ou de pequenos grupos que não podem ser filtradas pelo sistema. Por consequência, prejudica-se o acesso à justiça, e inviabiliza-se sua concretização plena (MARCELLINO JÚNIOR, 2014, p. 153).

Em síntese, evitar a judicialização de demandas que podem ser resolvidas de outras formas traz a vantagem reflexa de permitir que os recursos limitados do Poder Judiciário - financeiros, estruturais e humanos - possam ser aplicados para a resolução de causas que realmente exijam para seu deslinde a ultima ratio da jurisdição estatal.

3. Os meios consensuais de resolução de conflitos

Atualmente, cada vez mais, os mecanismos consensuais de resolução de conflitos, nos quais as partes se apropriam da gestão da construção da solução, ao invés de delegar esse poder ao Estado tem ganhado importância.

Esses mecanismos, calcados pela negociação ativa entre os agentes envolvidos, são caracterizados pela aproximação entre as partes e pela diminuição de custos e rapidez de resolução do conflito.

Permitem, também, que na discussão do conflito sejam “trazidos à luz novos aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem



pré-definido pelo direito positivo” (MORAIS, 1999, p. 283).

Sob esta mesma óptica, Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo de Avelar Lamy explicam que

O acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. É necessário, portanto, ter o cuidado de não o reduzir à criação de mecanismos processuais e seus problemas aos existentes nesse âmbito. O acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. [...]. Se, de um lado, não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos reconhecidos, de outro, é também evidente que não se pode afastar a ideia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário, através do processo. Os demais direitos, em última instância, dependem desse instrumento de proteção e garantia da ordem jurídica. Sem ele, a cidadania se vê castrada, impotente. Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados. Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem o processo e a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de instrumentos legítimos, por meio do quais possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação social (RODRIGUES e LAMY, 2012, p. 71).

De uma forma geral, os métodos de resolução de conflitos podem ser heterônomos ou autônomos. Os métodos heterônomos (heterocompositivos, impositivos) são aqueles que fazem uso de um terceiro, alheio à pretensão em disputa, para dizer a solução do conflito. São exemplos disso a jurisdição estatal e a arbitragem (jurisdição privada). Na jurisdição estatal, o Estado exerce o monopólio do poder de decidir a pretensão, aplicando o Direito ao caso concreto. Já na arbitragem, esse poder é entregue a um terceiro, conforme as hipóteses previstas em lei, de modo que um árbitro escolhido pelas partes aponta a solução do conflito existente entre elas.

Já nos métodos autônomos (autocompositivos, não-adversariais) de resolução de conflitos o litígio é superado por ato dos próprios envolvidos. São exemplos a negociação, a mediação e a conciliação.

Diogo de Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss de Andrade explicam que

Diferencia-se primordialmente a negociação das demais pela não participação de terceiro imparcial no procedimento. Como o diálogo ainda está presente na relação, aos participantes ainda é viável uma solução para o conflito sem auxílio externo. A negociação é uma forma direta de comunicação. Contudo, na hipótese de inviabilidade da comunicação ou de sua ineficácia para a composição do litígio, as partes podem socorrer-se de um profissional conhecedor de técnicas cuja utilização tem a finalidade de recupera-

ção ou de facilitação do diálogo. O terceiro, que está presente na mediação e na conciliação, por exemplo, não tem poder decisório, apenas auxilia os participantes na retomada do papel de protagonistas da solução do conflito (ALMEIDA, PANTOJA e ANDRADE, 2016, p. 37).

A presença de um terceiro, devidamente treinado para conduzir a resolução do conflito mediante acordo das próprias partes, é característica comum da mediação e da conciliação.

O Código de Processo Civil diferencia as duas formas de autocomposição em seu artigo 165, §§ 2º e 3º, a partir do papel dos seus agentes e das características das relações jurídicas preexistentes entre as partes, prescrevendo que:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Desta forma, percebe-se que o papel do conciliador é mais ativo do que o do mediador, podendo este propor alternativa de solução de conflitos, enquanto aquele deve restringir-se em tentar reestabelecer o processo de comunicação perdido pelas partes.

Conforme Rodrigues Júnior,

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 50).

A Lei da Mediação Brasileira (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) define a mediação no seu artigo 1º como sendo o “meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição e conflitos no



âmbito da administração pública”.

Acrescenta o parágrafo único do mesmo artigo que “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

A mediação é orientada, conforme o artigo 2º da Lei 13.140/15, pelos princípios da imparcialidade do mediador (I); da isonomia entre as partes (II); da oralidade (III); da informalidade (IV), da autonomia da vontade das partes (V); da busca do consenso (VI); da confidencialidade (VII); e da boa-fé (VIII). Além disso ela é sempre voluntária.

Em razão dessas características, ela “se mostra útil quando o conflito entre as partes, no âmbito privado [...] desborda dos interesses financeiros em discussão que, muitas vezes, são, apenas, o pretexto para disputas emocionais que extrapolam o contexto aparente do conflito” (SCAVONE JÚNIOR, 2016, p. 274).

Por esse motivo o mediador deve buscar neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos.

Já a conciliação, diferentemente da mediação, pode ser compulsória na sua modalidade judicial, a exemplo do artigo 334 do CPC², que impõe ao juiz a determinação da audiência.

O conciliador, por sua vez, “tenta demover as partes a solucionar o conflito acatando suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito que, entretanto, depende da anuência das partes” (SCAVONE JÚNIOR, 2016, p. 275).

Apesar das inúmeras vantagens que os métodos consensuais de solução de conflitos possuem em relação à jurisdição estatal, especialmente no que concerne ao tempo para se chegar a uma decisão satisfatória e ao custo-benefício do processo, verifica-se que, no Brasil, esses métodos enfrentam grande resistência por parte dos jurisdicionados, e muitas vezes, dos próprios advogados.

Para Rodrigues Júnior,

o problema mais grave existente no Brasil para a institucionalização da mediação e de outras formas alternativas de composição de conflito, sem dúvida alguma, é a questão cultural. Prova disso, é que a mediação tem sido adotada, com grande sucesso, em vários países do mundo. Entretanto, para que no Brasil não seja diferente, é necessário, antes de tudo, difundir a ideia de seu valor a todos os cidadãos, em âmbito nacional, principalmente, aos operadores do Direito. Isso pode ser feito por meio de palestras, seminários, congressos e campanhas publicitárias nos

diversos meios de comunicação (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 163).

Modificar a cultura beligerante do povo brasileiro, acostumado a utilizar o sistema judiciário para obter vantagens de cunho psicológico, social, realizar vingança pessoal, entre outros objetivos alheios ao acesso à justiça efetivo, não é processo simples, requerendo esforço sistêmico que envolva o legislador, a Administração Pública e os operadores do Direito.

Para atingir esse objetivo, e assim disseminar a cultura da mediação e conciliação, estimulando sua adoção para resolução dos conflitos de interesse, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a Resolução n. 125/2010, a fim de instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Diz a referida Resolução que cabe ao Judiciário

estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Sobre a Resolução n. 125/2010, na apresentação do Guia de Conciliação e Mediação do CNJ, o Min. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi explica que

A restauração da paz social, os baixos custos, a curta duração da pendência, o grande número de casos e a obtenção de soluções eficientes são os principais motivadores desta política, a qual não confronta nem exclui o sistema da “jurisdição tradicional”, que se vale do processo e da sentença para dirimir contendas, posto que os meios mais adequados são auxiliares das vias judiciais, guardada a premissa de que o enfrentamento de conflitos singelos deve ser promovido com métodos igualmente singelos., bem como a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 6).

Estabelece, ainda, a Resolução n. 125/2010 que

a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

A resolução em comento é um marco para a estruturação do judiciário no Brasil, pois buscou não apenas agilizar a solução de conflitos no país, mas também organizar o sistema a fim de produzir um centro de soluções efetivas do ponto de vista do jurisdicionado, de acordo com a natureza da demanda.

² “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.



4. A importância da capacitação dos mediadores e conciliações sobre análise econômica do direito

A capacitação adequada dos mediadores e conciliadores em atuação é capaz de melhor conduzir as sessões, transmitindo de forma clara às partes em conflito as vantagens de resolvê-lo através de acordo pré-processual, evitando os custos envolvidos na judicialização do processo.

Na mesma linha, Boaventura de Sousa Santos entende que “não haverá justiça mais próxima dos cidadãos se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça” (SANTOS, 2008, p. 89). Deste modo, a educação para os direitos pode funcionar como elemento-chave na promoção desta proximidade democrática (VITOVSKY, 2016, p. 194).

Se a informação é meio imprescindível de promover a cidadania do jurisdicionado, também é do seu melhor interesse a compreensão da alternativa mais custo-efetiva para a solução de sua demanda.

A lógica da Análise Econômica do Direito, aplicada aos custos de transação efetivos do processo judicial, pode fornecer importante percepção à parte interessada, não habituada a fazer sopesamento de vantagens e desvantagens relacionadas à tramitação de uma ação judicial (LIRA, Claudio, MACHADO e ORTIZ, 2016).

Sem uma indicação precisa de um agente estatal treinado para olhar para a demanda em disputa a partir da visão da Análise Econômica do Direito, uma comparação entre a vantagem econômica esperada pelo sucesso da ação e os dispêndios advindos dos custos sociais do processo, tais como as custas judiciais, honorários advocatícios, honorários de sucumbência, além de eventual depreciação do bem em disputa em decorrência do transcurso do tempo, torna-se quase impossível (COASE, 1960, p. 44).

Aponta Marcellino Júnior que

Decidir entre o ajuizamento ou não de um processo judicial, entre o recurso ou o acordo diante de uma sentença desfavorável, significa, em última análise, sopesar prós e contras e ponderar riscos e probabilidades contra os possíveis resultados finais. Certamente, cada indivíduo toma suas decisões conforme as informações de que dispõe, com a influência de suas convicções e de sua personalidade. [...] Diante disso, o indivíduo, em qualquer circunstância, levará sempre em consideração a relação custo versus benefício na hora em que for tomar alguma decisão, optando, conseqüentemente, pela hipótese que lhe ofereça maior vantagem. Nas causas judiciais, isso não seria diferente (MARCELLINO JÚNIOR, 2014, p. 203-208).

É importante, então, instruir as partes em atrito para que elas mesmas possam fazer a escolha de movimentar ou não o aparato estatal para dirimir suas divergências. A hipótese principal que este trabalho busca comprovar é que, entendendo

os custos envolvidos para dar a sua situação particular um viés puramente econômico, o interessado é capaz de aderir voluntariamente a uma solução não adversativa à contenda.

Como explica Grazielly Alessandra Baggenstoss,

No raciocínio da Análise Econômica do Direito, a escolha pelo acordo, seja extrajudicial ou conciliação judicial, surge, especialmente, quando se equacionam os eventuais benefícios advindos com a continuidade do processo e os custos sociais processuais mencionados. Adiciona-se a essa equalização, também, de modo direto, a questão temporal como variável também determinante (especialmente como peso negativo à demanda judicial) (BAGGENSTOSS, 2014, p. 444).

É por esse motivo que a inclusão de noções básicas de Análise Econômica do Direito nos conteúdos programáticos dos cursos de treinamento, formação e capacitação de mediadores e conciliadores têm o potencial de facilitar a produção de acordo extrajudicial. Como reflexo, apenas as demandas cuja análise do Estado-juiz se mostra imprescindível, chegariam ao cotejo dos magistrados.

Com o crescimento do número de acordos pré-processuais pactuados entre os litigantes, dentro dos limites traçados pela lei, será observado não só o aumento da satisfação do jurisdicionado, ao obter solução mais célere e menos custosa a sua causa, mas também a diminuição reflexa da judicialização dos conflitos, possibilitando entrega jurisdicional de melhor qualidade às causas que dela necessitam.

Um investimento estratégico na formação dos agentes responsáveis por realizarem as sessões de mediação e conciliação, focado em prepará-los para identificar situações nas quais um acordo é a solução de menor custo social, parece ser intervenção crucial na busca pelo efetivo acesso à justiça.

Tal é sua importância, que o CNJ, por meio da Resolução n. 64/2015, criou Grupo de Trabalho para debater os parâmetros curriculares em Mediação de que trata o art. 167, § 1º, do Novo Código de Processo Civil (CPC), com vistas à adequação dos conteúdos programáticos dos cursos de mediação.

Da recomendação expedida por mencionado Grupo de Trabalho, consta lista de conteúdos mínimos necessários aos cursos de formação. O conteúdo programático previsto nessa lista, apesar de ainda não contemplar noções de Análise Econômica do Direito, já possui previsão de que os cursos contenham explicações pertinentes à Teoria dos Jogos³.

A Teoria dos Jogos prevê uma ferramenta matemática para estudar interações entre as pessoas (ROSA, 2017, p. 974), baseadas no equilíbrio de Nash, na qual a escolha de um indivíduo é baseada e dependente da percepção desse mesmo indivíduo acerca de qual será a escolha do seu adversário (MACKAAY, 2017, p. 91).

Júlio Cesar Marcellino Júnior entende que

A teoria dos jogos combinada com a análise econômica do Direito, na medida em que ajuda a compreender a dinâmica processual como um jogo conflitivo, no



qual a relação custo-benefício é levada em consideração, mesmo que inconscientemente para as decisões e escolhas feitas no curso do processo. Auxilia, ainda, na compreensão do excesso de litigância, especialmente se se considerarem os estímulos econômicos que alguém possa ter para ingressar com uma ação, sem que lhe seja necessariamente custoso. A teoria processual tradicional não oferece mecanismos de controle desse excesso de litigância, sobretudo nos casos de abusividade (MARCELLINO JÚNIOR, 2017, p. 211).

Assim sendo, acredita-se que os pressupostos da Análise Econômica do Direito devem ser obrigatórios para, juntamente com a Teoria dos Jogos, fornecer aos mediadores e conciliadores a visão necessária da contenda, e ajudá-los a melhor promover a composição dos conflitos no âmbito de suas atividades do Poder Judiciário.

Demonstrar que essa iniciativa é capaz de promover o acesso à justiça, aumentando o número de acordos pré-processuais, diminuindo a quantidade de demandas judicializadas, e cimentando a cultura dos métodos consensuais de resolução de conflitos junto à comunidade é um passo fundamental a ser tomado pelo Poder Judiciário brasileiro.

5. Considerações finais

A Análise Econômica do Direito traz uma nova visão para os cidadãos acerca do processo e de suas implicações, utilizando analogias da teoria dos custos de transação para demonstrar-lhes que a melhor solução prática para partes em oposição pode estar na autocomposição, e não na judicialização do conflito de interesses.

A modificação dessa perspectiva pode ter papel importante na disseminação da cultura da mediação e conciliação na comunidade, aumentando sua adesão e, portanto, a procura pelos métodos de solução consensual de conflitos e o número de acordos pré-processuais pactuados.

A inclusão de noções de Análise Econômica do Direito no conteúdo programático dos cursos de capacitação de mediadores e conciliadores é necessária para auxiliá-los a melhor conduzir as sessões, promovendo um impacto positivo nos acordos firmados ao aumentar a satisfação das partes em conflito com o resultado obtido.

Em consequência disso, essa iniciativa poderá diminuir o número de demandas judicializadas, melhorando a qualidade das decisões proferidas e a eficiência geral do Poder Judiciário, e, assim, promovendo o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE Juliana Loss de. FUNDAMENTOS. In: HALE, Durval; DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. CABRAL; Trícia Navarro Xavier (Org.). O Marco Legal da Mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. Breves Considerações Acerca Da Análise Econômica Do Processo Judicial. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). Direito e economia I. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 436-452.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 64/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2976>>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. Journal of the Law and Economics. Vol III, University of Virginia: outubro de 1960. Disponível em: <<https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o Sistema Jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a justiça brasileira? In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de;

³ Os parâmetros para a capacitação de conciliadores e mediadores encontram-se disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/f77e921c7630dcc34e5d09519457e05f.pdf>>.



PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LIRA, Claudio; MACHADO, Filipi Molinar; ORTIZ, Luis Cláudio Villani. Os Institutos Jurídicos e os Custos de Transação: Uma Abordagem da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

MACKAAY; Ejan. History of Law and Economics. Disponível em: <<http://reference.findlaw.com/lawandecomonomics/0200-history-of-law-and-economics.pdf>>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. O Direito de Acesso à Justiça e a Análise Econômica da Litigância: A Maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese de Doutorado apresentada diante do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 19 de fev. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise (s) da jurisdição e acesso à justiça uma questão recorrente. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, RT v.28, out. 1999.

_____. O direito à cidadania a composição de conflitos. O Acesso à Justiça como Direito a uma Resposta Satisfatória e a Atuação da Advocacia Pública. Ajuris: Porto Alegre, Associação dos Juízes do RS v.77, mar. 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria geral do processo. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Walcir Edson. A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. 4. ed. rev. atual, e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Editora Cortez, 2008.

SCAVONE JÚNIOR, Luíz Antônio. Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. Acesso à Justiça e Autonomia Financeira do Poder Judiciário. Curitiba: Juruá, 2016.

VITOVSKY, Vladimir. O Acesso à Justiça em Boaventura de Sousa Santos. Revista Interdisciplinar de Direito. v. 1, p. 177-196, 2016.



A PROPOSTA CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE JUAN BAUTISTA ALBERDI

Ezequiel Sergio Grossi¹

¹ Acadêmico de Direito na Universidad Nacional de Rosario (UNR). Endereço eletrônico: ezequielsergiogrossi@gmail.com

Referência da Obra:

ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**. 1ª ed. Buenos Aires: La Cultura Argentina, 1915. 332 p. Disponível em: <<https://archive.org/details/basesypuntosdepa00albe>>. Acesso em: 08/06/2018.



Nascido em 1810, na cidade argentina de Tucumán, Juan Bautista Alberdi foi um advogado, jurista, economista, político, estadista, diplomata e escritor, autor intelectual da Constituição Argentina de 1853. Teve destaque através de sua obra “Bases”, que foi uma das inspirações para a elaboração da Constituição Argentina de 1853.

Alberdi pertenceu a um movimento de intelectuais argentinos, conhecido como a “Geração de 1837”, defensores da instalação de uma democracia liberal que garantisse os direitos de todos os cidadãos. Essas ideias foram difundidas através de obras literárias que tiveram uma decisiva importância no período de formação do Estado moderno argentino.

Em 1838, ele se negou a prestar juramento ao regime do então Governador de Buenos Aires, o tirano Juan Manuel de Rosas, enfrentando como consequência a perseguição de um grupo parapolicial criado pelo governador para reprimir seus opositores. Tal perseguição o levou ao exílio, onde começou a escrever esta obra, composta por pensamentos, críticas e medidas a se tomar com o intuito de cumprir o sonho de fazer da Argentina um Estado Moderno.

Alberdi sentia necessidade de organizar um país que julgava enfermo e inerte, um “deserto” de desenvolvimento. Era um ausente, como se autodenominava, que não deixava de pensar um instante sequer em como fazer da Argentina um Estado frutífero e desenvolvido. Ele publicou, em 1852, a obra “Bases e pontos de partida para a organização política da República Argentina, derivados da lei que preside o desenvolvimento da civilização na Amé-

rica do Sul”, acompanhada de uma proposta de constituição, como forma de inspirar os legisladores e de converter em lei a doutrina de sua obra. Acredito que estar fora das fronteiras lhe permitiu ter uma nova perspectiva que o fez aventurar-se a dizer o que poderia chegar a ser a Argentina, e que ainda hoje não me parece ser.

Para que sua obra respondesse às necessidades constantes do país e não fosse mero idealismo baseado exclusivamente na conjuntura política de seu tempo, Alberdi retrocedia sua análise até a Revolución de Mayo de 1810, quando os argentinos se rebelaram para pôr fim ao monopólio comercial da Coroa Espanhola. No momento em que ele escreveu “Bases”, sua principal obra, a Argentina já havia conquistado sua independência, mas ainda não tinha alcançado a liberdade, situação semelhante à de 1810: não conseguia estabelecer um governo geral com uma constituição que lhe servisse de regra. Alberdi entendia que se fechar ao mundo já não fazia sentido, nem sequer no contexto das ânsias de não pertencer mais à Espanha. Assim, em sua obra, proclamava por uma saída inclusiva, ressaltando a todo momento os benefícios da liberdade e da propriedade do homem comum.

Por possuir amplo conhecimento das realidades institucionais da América Latina, suas ideias e recomendações transcendiam as adversidades da Argentina e refletiam as necessidades para a organização constitucional também das outras repúblicas da América do Sul. Seu objetivo era ajudar os constituintes a fixarem critérios para



tratar a matéria constitucional e sua proposta foi a de uma Constituição inspirada pelos princípios do liberalismo clássico, uma Constituição para todos, sob a qual os frutos do livre comércio e do livre intercâmbio mostrariam sua superioridade frente à violência interna que havia dominado décadas anteriores o continente.

Em uma análise de observação histórica e empírica, Alberdi comparava constituições anteriores com as de outros países, e constatou que o fracasso desses regimes legais estava na defasagem entre suas redações e a realidade fática. O jurista identificou então uma divisão essencial de dois períodos do Direito Constitucional sul-americano: um que começa na Revolução de Maio de 1810 e se conclui nas declarações de independência; e outro que começa imediatamente após tais declarações, contemporâneo à sua obra.

Ele assinalava que as constituições ditadas nas repúblicas sul-americanas durante as guerras de independência foram manifestações das necessidades particulares desse tempo, que consistiam em destituir o poder político da Europa no continente. A independência e a liberdade exterior eram os únicos interesses constitucionais, e as matérias relacionadas a interesses econômicos – riqueza, comércio, progresso material, população – passaram a ser benefícios acessórios.

Já as constituições do segundo período, nas palavras do autor, foram meras reformas textuais das constituições concebidas durante o primeiro, apontando, clara e magistralmente, os obstáculos ao progresso que continham: hostilidade ao estrangeiro; consagração do catolicismo como religião de Estado e a proibição da liberdade de culto a outras religiões; nula menção a reformas férteis para o futuro, já que não se mencionavam a educação, a organização administrativa, a garantia de propriedade, entre outras.

Em sua composição, tais constituições careciam de originalidade, ao passo que imitavam a francesa – consagravam todas as liberdades, exceto a liberdade econômica – e a estadunidense – protecionistas da indústria fabril e marítima e defensoras de uma política exterior de reservas com a Europa. Essa falta de harmonia com as carências dos países sul-americanos significava uma grave falha por parte dos Congressos, já que “a Constituição é uma combinação especial de fatos, homens e coisas, e deve oferecer a originalidade que impacte essa combinação no país em que há de se constituir”. (ALBERDI, 1915, p. 48)

O jurista escreveu “Bases” em oposição à ordem estabelecida e o atraso que representavam Rosas e outros tiranos da América do Sul. Sem embargo, sabia que o progresso não começava com o fim de um tirano em si, senão com a alteração das regras do jogo a fim de construir um ambiente de liberdade, núcleo fundamental da prosperidade.

Alberdi tinha evidentes inclinações jusnaturalistas em alguns assuntos, e estava convencido de que “existe uma anatomia dos Estados, como há uma anatomia dos corpos viven-

tes, que reconhece leis e modos de ser universais” (ALBERDI, 1915, p. 145). Ou seja, economia e política eram inseparáveis em sua análise, e por isso, sugeria ações baseadas no método científico da observação empírica para saber quais são os males comuns entre os Estados e diagnosticar os defeitos que se sucedem em cada país, afim de eliminá-los.

Com sua máxima “na América, governar é povoar” (ALBERDI, 1915, p. 217), encorajava os governos deste continente a fomentarem a imigração espontânea, facilitando medidas legítimas sob as quais a liberdade faria que os imigrantes se esquecessem de sua condição de estrangeiros. Para isso, o jurista sustentava a liberdade religiosa como um elemento chave. Excluir os cultos dissidentes ao catolicismo teria como consequência a rejeição aos homens aptos que oferecia a Europa protestante. É interessante observar que o autor apresenta a liberdade de culto como uma necessidade pragmática, não como simples princípio ideológico. Alberdi tecia elogios à imigração anglo-saxã, reverenciando a experiência desses indivíduos com um modelo de liberdade com amparo aos direitos individuais, que ele ansiava implementar na América do Sul. Propunha também mudanças na política exterior e insistia na pactuação de tratados com todas as nações estrangeiras que garantissem o respeito aos direitos naturais de propriedade, liberdade civil, segurança, de aquisição e de trânsito, pois seriam um meio digno de posicionar a civilização sul-americana sob a proteção da civilização mundial.

Para a conversão de países de grandes proporções em Nações com uma forte unidade política, o autor sugeria o aperfeiçoamento dos sistemas ferroviário e telegráfico, da livre navegação interior e da liberdade comercial. Com o desenvolvimento desses setores, se tornaria rápida a circulação de bens e informação por todo o território. E para esse desenvolvimento, poderia ser necessário recorrer a capitais estrangeiros, por isso o autor aconselhava oferecer incentivos aos tesouros do exterior para que se naturalizassem no continente. Na brilhante concepção de Alberdi, num país pródigo não há lugar para aduanas: nem comerciais, nem religiosas, nem ideológicas.

Na área da educação, ele projetava a multiplicação de escolas de comércio e indústria para que a juventude fosse instruída na vida industrial, pois via a indústria como meio de moralização: facilitando-se os meios de sobrevivência, se preveniriam os delitos, que são consequência da miséria e do ócio.

Como exemplo dessas propostas, utilizava a Constituição da Califórnia, cuja população empobrecida em apenas quatro anos alcançou uma prosperidade assombrosa em decorrência do reconhecimento dos direitos particulares. Ao analisar as disposições constitucionais que alavancaram o progresso da população, sua indústria e cultura, o autor mostra que são bases simples e racionais de organização para todo país nascente, como obter massas de homens do



exterior, atraídos por instituições adequadas a tal missão e fixá-las de maneira vantajosa num território desértico.

Sem ignorar que o ouro teve muito a ver com o desenvolvimento exponencial californiano, Alberdi remarca que sua Constituição de liberdade e seu governo de tolerância fizeram mais que o ouro pela grandeza desse território. O ouro simplesmente acumula os aventureiros, enquanto que somente a lei que garantisse a liberdade “fará dessas multidões e desse ouro um Estado civilizado e florescente”. (ALBERDI, 1915, p. 70)

Mas, além de tudo isso, Alberdi acreditava ser imprescindível que a Constituição fosse capaz de proteger-se contra leis orgânicas que pretendessem alterar o estabelecido em seus artigos. Ele sugeria o estabelecimento de um congresso constituinte, sob mandatos de prazos pré-determinados, seguindo uma uniformidade nas instruções para não dar a lugar a divagações ou confusões na interpretação constitucional. Tal Congresso, antes de sancionar a Carta, deveria obter o compromisso dos diversos poderes locais em ratificá-la e em renunciar a todo direito de revisá-la. Sem essa renúncia, seria impossível ter uma Constituição, porque o desejo de conservar íntegro o poder local sempre encontrará pretextos para desaprovar uma Constituição que diminui sua autoridade.

O autor instava que toda a legislação se concebera com o mesmo espírito que prosseguiria a nova Constituição, já que é de suma importância que liberdades e garantias constitucionais não se vejam sabotadas através da lei. Para concretizar reformas legais, não seria necessário sancionar Códigos completos, bastariam leis pontuais e elaboradas rapidamente que são “a maneira de legislar dos povos livres. A mania dos Códigos vem da vaidade dos imperadores. A Inglaterra não tem um só código, e raro é o interesse que não esteja legislado.” (ALBERDI, 1915, p. 110)

As características próprias de uma República, segundo o jurista deveriam prestar-se às exigências do tempo e do espaço. “Saber acomodá-la [a República] a nossa idade é toda a arte de constituir-se entre nós”. (ALBERDI, 1915, p.75) O novo regime deveria conter algo do antigo para evitar saltos extremos e suas terríveis consequências devido a desabitucação da população. O autor propõe como solução para esse período de transição um Poder Executivo com a força necessária para manter a ordem e a paz, sem agravar a essência de um governo republicano. Uma medida equivocada, pois, como revelado pela história argentina, o Poder Executivo nunca cessou suas ânsias de mais poder, pondo em perigo continuamente as instituições do sistema republicano que garantem a liberdade. Tanto é que a Argentina teve uma colocação vergonhosa em um ranking que destaca a relação entre os níveis de corrupção e liberdade de imprensa ao redor do mundo, feito pela Transparência Internacional em 2017².

Existiam, para o autor, características comuns que de-

veriam ter as distintas Repúblicas, como a criação de um governo geral dividido em três poderes elementares: um Executivo encarregado de fazer cumprir a Constituição, porque nenhuma lei se sustenta por sua própria virtude; como toda constituição se executa por meio de leis orgânicas, um Legislativo encarregado de sancioná-las; e um poder Judicial para esclarecer as dúvidas de aplicação das leis e da Constituição. A questão da maior ou menor centralização do governo geral – unitarismo ou federalismo – era considerada um acessório subsidiário da forma de governo pelo jurista, e corresponderia ao Congresso constituinte a análise dos fatos e antecedentes do país para decidir pelo mais adequado.

Para a composição desses poderes, Alberdi sugeria a adoção do voto qualificado. A Constituição não deveria omitir os requisitos de inteligência e bem-estar material, que ele não considerava excludentes da universalidade do sufrágio, vez que estariam acessíveis a todos mediante o acesso à educação e à indústria. Em uma obra complementar, o autor explica que o sistema eleitoral é a chave do governo representativo: “eleger é discernir e deliberar. A ignorância não discerne, busca um tribuno e escolhe um tirano. A miséria não delibera, se vende. Afastar o sufrágio das mãos da ignorância e da indigência é assegurar a pureza e a precisão de seu exercício”. (ALBERDI, 1853, p. 85) A intenção de Alberdi era evitar um retorno à barbárie da época dos caudilhos, bem como o voto de massas influenciáveis que pudesse pôr em risco a nova ordem de prosperidade.

O segredo para uma Constituição sólida e duradoura seria reduzi-la aos fatos mais essenciais da ordem política, evitando disposições transitórias que variam com o tempo; assim como postergar suas reformas o máximo possível, pois “a novidade exclui o respeito e o costume, e uma lei sem essas bases é um pedaço de papel”. (ALBERDI, 1915, p. 236). Alberdi via na jurisprudência o remédio para os defeitos da legislação, deixando em repouso as leis para que se consolidassem no ordenamento. Lamentavelmente, penso que o tempo demonstrou que os juízes não foram férreos defensores da liberdade, alterando e destruindo as garantias constitucionais através de suas sentenças.

O país começou a trilhar o caminho de sua organização e unificação, mesmo que a Argentina sonhada por Alberdi não tenha se realizado plenamente. Isso não foi um impedimento para que a Argentina se desenvolvesse: no início do século XX, foi considerado o país mais avançado regionalmente e um dos países mais ricos do mundo, igualando-se ao nível econômico de países europeus.

² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção. 2017. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5a86d82132601ecb510239c2/t/5a8dc5b89140b72fa5081773/1519240719239/IPC+2017+-+RELATO%C3%81RIO+GLOBAL.pdf> Acesso em: 08/06/2018.



ACADEMIA: RESUMO DE LIVRO

A 166 anos de “Bases”, aqueles que, assim como eu, se interessam pelas questões da liberdade e a consideram o assunto público mais importante, ainda valorizam Juan Bautista Alberdi. A Argentina o esqueceu, ainda que ele tenha sido o intelectual político mais importante e provocador de sua história. Seus postulados estão circunscritos a um determinado período histórico e às condições de sua época, e é um erro comum de liberais argentinos recorrer a seus escritos para fundar autoridade em certas questões que estão fora de contexto.

Porém a importância do interesse de Alberdi pela liberdade pertence ao passado tanto quanto ao futuro, ainda mais em um país que perdeu sua capacidade de instalar no horizonte novos paradigmas baseados na liberdade individual, de distinguir outros caminhos que os determinados pela perversidade do pensamento único, e de pôr ponto final à decadência de uma Nação que não para de repetir-se nas ideias que a levaram a seu fracasso.

REFERÊNCIAS

ALBERDI, Juan Bautista. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. 1ª ed. Buenos Aires: La Cultura Argentina, 1915. 332 p. Disponível em: <<https://archive.org/details/basesypuntosdepa00albe>>. Acesso em: 08/06/2018.

ALBERDI, Juan Bautista. Elementos del Derecho Público provincial para la República Argentina. Valparaíso: Imprenta del Mercurio, 1853. 187 p. Disponível em: <https://books.google.com.ar/books?id=d6FhAAAcAA-J&pg=PA3&hl=es&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 08/06/2018.



A COMPREENSÃO E A AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA NO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 122, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL

Camila Maria Coimbra Machado¹

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Endereço eletrônico: camilamcm@hotmail.com

A presente monografia, de tema “a Compreensão e a Autodeterminação da Vítima no Crime de Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio: Uma Análise da Aplicação da Causa de Aumento de Pena do Art. 122, Parágrafo Único, Inciso II, do Código Penal”, tem como pressuposto o estudo da causa do aumento de pena do sujeito ativo no crime de indução, instigação ou auxílio ao suicídio à vítima menor, a partir do Código Penal Brasileiro. O objetivo geral é verificar o tratamento penal ofertado à pessoa que induz, instiga ou auxilia o menor a prática do suicídio na Legislação Penal Brasileira. Os objetivos específicos foram estruturados em 4 capítulos, são eles: o crime de homicídio, previsto no art. 121, do Código Penal Brasileiro; o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, previsto no art. 122, do Código Penal Brasileiro; a “compreensão” e a “autodeterminação” em Direito Penal; e o tratamento penal dispensado ao agente que instiga, induz ou auxilia o menor à prática de suicídio. No Capítulo 1, tratar-se-á do crime de homicídio, previsto no Código Penal. Destacando e reconhecendo os seus agentes, os modos e meios previstos no tipo penal. No Capítulo 2, cuidar-se-á do estudo do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, previsto no art. 122, do Código Penal, suas características, sujeitos, causas de aumento de pena e questões especiais do delito. No Capítulo 3, investigar-se-á as categorias fundamentais, “compreensão” e “autodeterminação”, para buscar um entendimento de quem seria o “menor” previsto na causa de aumento de pena do art. 122, parágrafo único, inciso II, do Código Penal. Da mesma forma, será feita uma análise, instruída pela neurociência para verificar a questão da existência do livre arbítrio no momento da conduta do ser humano. No Capítulo 4, verificar-se-á o tratamento penal que será dispensado ao agente que instiga, induz ou auxilia o menor ao suicídio.

A pesquisa se justifica na medida em que há um caráter incerto do sujeito passivo do crime objeto de investigação. Cabe aqui uma abrangente discussão sobre a falta de uma maior especificidade de quem seria a vítima menor, já que o artigo não apresenta expressamente a idade ou qualquer outro fator que pudesse caracterizar a vítima como menor de idade. Tal lacuna gera divergências doutrinárias que serão analisadas. O estudo será desenvolvido para que seja resolvido o seguinte problema: “qual o tratamento penal ofertado à pessoa que induz, instiga ou auxilia o menor à prática do suicídio na Legislação Penal Brasileira?”. Para este problema, levanta-se, a hipótese que se o menor possuir autodeterminação e compreensão, responderá o agente pelo crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio com pena duplicada, nos termos do art. 122, parágrafo único, inciso II, do Código Penal. Por fim, há a análise do tratamento jurídico-penal dispensado ao agente que instiga, induz ou auxilia o menor ao suicídio. Ao final, verifica-se que a compreensão e a autodeterminação da vítima são categorias determinantes para que o autor do delito seja corretamente indiciado pelo crime que cometeu. Quanto à metodologia empregada, destacam-se duas fases distintas. A fase de investigação denota a utilização do método indutivo, o qual foi subsidiado com pesquisa bibliográfica para que ocorra uma observação de casos reais e constatações particulares.

Palavras-chave: Compreensão. Autodeterminação. Indução. Instigação. Auxílio. Menor. Suicídio.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, volume 2: dos crimes contra a pessoa. 15 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte especial 1. São Paulo: Atlas, 2014.



_____. Direito penal: parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. São Paulo: Editora Record, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212); vol. 2; 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Carmargo; revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fomes, 2003

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte especial. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 10 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

_____. Curso de direito penal: parte geral. 14 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, volume V. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 32. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Eduardo de oliveira. A monografia jurídica. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal.v.4. Campinas: Millenium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 12. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 6 ed. rev. e ampl. de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Limen Juris, 2010.

SANTOS, Diogo Filipe da Fonseca. As Neurociências e o Direito Penal: a Propósito do Problema da Culpa. Dissertação (Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais) - Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 27. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212. 2. ed. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 10 ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



CULTURA



TÍTULO DA OBRA

“UNIÃO HOMOAFETIVA: CONQUISTAS DO BRASIL CONTEMPORÂNEO”

Otávio Barcelos Pavinato

Estudante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
(UFRGS) - Direito - formado em 16/02/2018
otaviopavinato@gmail.com







Amanda Arruda Coelho¹

¹ Acadêmica do primeiro período do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

TENTE IMAGINAR

Tente, tente imaginar
Quão belos os olhos poentes
Destes céus na noite de luar,
E na calçada, alvos e negros
De mãos dadas, a contemplar.

Tente, tente imaginar
Quão bom tudo seria
Se todos vivessem para amar:
Que linda iria ser a vida,
Se todos fossem livres para voar.

Tente, tente imaginar
E se todos fossem de bom coração?
Se eles fossem feitos para a ajuda?
Se ninguém vivesse em solidão,
Nem precisasse viver tantas lutas?

Tente, tente imaginar
Os filhos de Cristo, Maomé
E também de Judá,
Cada um unindo a sua fé,
Para fazer o bem e a vida mudar.

Tente, tente imaginar
Ninguém a morar sob teto de estrelas,
Todo mundo tendo aquilo que ama,
Ninguém a viver na intensa pobreza
Fazendo da rua, a sua única cama.

Tente, tente imaginar
Se não houvesse medo nem perigo,
Apenas liberdade para caminhar;
Se cada abraço pudesse ser abrigo
E ninguém nunca se cansasse de amar.

Tente, tente imaginar:
Ninguém a ser julgado, jamais,
Pela pele, crença ou pelas vestes:
Mulheres em paz a acarinhar
O filho ou o livro que em seu colo jaz,
Sorrindo e vivendo a vida como preferem.

Tente, tente imaginar
Quão bonito esse mundo será.

Tente, tente imaginar...



Luane Lopes Salazar¹

¹ Acadêmica do quinto período do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima - UFRR

LEIA ATÉ O FIM

Ao ler essa mensagem até o final, essa situação se resolverá dentro de 48h... ou menos.... Dependendo do reservatório de perdão que tiver. Mas terá fim. Ou não se resolverá. Mas terá fim.

Era uma vez, uma criatura de uma terra distante que se mudou para um outro lugar mais longe ainda. Ela veio em busca do conhecimento.

Achava que seria nada demais, só iria atrás de conhecimento técnico.

E o que ela poderia oferecer? Essa criatura não tinha nada a oferecer. Tanto que foi embora sem dificuldades de sua terra longínqua.

Oh! Criaturinha desprovida de formosura.

- Quando não se tem formosura, busca-se conhecimento. Já dizia o seu mestre E.T Bilu.

- Vá. Apenas busque conhecimento. Enfatizou o seu mestre.

Sendo etezinha, foi ao inimaginável lugar, seguindo os ensinamentos de seu mestre.

Nesse lugar aprendeu muito mais do que conhecimento técnico.

Ah Sim! São muitas matérias a serem aprendidas: A paciência, persistência, fé, coragem, perdão, dentre outras. No entanto, a mais impactante foi sobre o Direito amazônico (Diacho, donde isso surgiu a final de contas?)

Ah, que criatura sem formosura! Cabeça dura! Tem muita dificuldade de aprendizado! Ainda faltam tantos semestres para finalizar esse curso... Será uma eterna aprendiz! Esse curso durará uma vida inteira.

São tantos erros para poucos acertos. Como já dizia a música: " Me der motivos, mas não escolhas, pois estou prestes a cometer o mesmo erro de novo".

Bem, esse é o fim. A história parou por aqui.



O que acha, querido leitor?

Eu, como caro espectador, fiquei sabendo que tens uma voz maravilhosa e tem aptidão para ensinar. Já é doutorando na matéria.

Essa criatura tem chance para uma recuperação? Ela foi muito ruim na última prova. Além disso, existem disciplinas que somente o senhor é especialista.

- Uii!! Eu??? Em que matéria?? Porque essa criatura se porta como se já conhecesse tudo! Aduz o leitor.

Está enganado, caro leitor, não duvide de suas capacidades! Libere o perdão, pois não estão claras as coisas.

Ora leitor, por que do nada se entristeceu? Por que irou-se?

Tal conteúdo é complexo demais para a criaturinha entender. Por que não se pode tratar disso de maneira clara? Busque-a! Amanhã será procurado! Está avisado!

Cabe ao senhor o fim dessa história.



CARTA DE AMOR A OUTRAS MULHERES SOZINHAS

Maria Luíza Schreiner Pereira¹

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

Quanto mais desgarrada a gente é, mais a gente carrega, escondida, uma ânsia de encontro. Escrevo tantas coisas e sinto que nenhuma delas serve.

Mas serve pra quê, meu deus? Pra ser visto. Ou, mais exatamente, pra ser vista.

Eliane Brum costuma dizer que, ao entrevistar alguém, jamais começa com uma pergunta direta, porque parte do encanto é por onde resolvemos começar a contar nossas histórias. As pessoas começam a contar suas histórias dos pontos mais improváveis, como se fossem se acercando de si mesmas. Como se mesmo nisso houvesse um encontro.

Se eu começasse a contar minha história seria dizendo que, antes de começá-la, eu não tinha as palavras de que ela iria se urdir. E que, mesmo agora, não as tenho. Por isso escrever me é tão importante. Da vez primeira que meu coração disparou de amor, eu não sabia que era de amor que ele disparava. Eu não sabia que era possível amar aquela outra. É difícil explicar como se pode vir a ser alguém que não sabe que existe. Ou mesmo como se logra saber, finalmente, quem se é. Posso dizer que é doloroso. Que é um processo de luto, medo e longos hiatos de desencontro. Anos depois encontrei um livro que dizia que o brasileiro, o brasileiro se levantou de sua ninguentade para fazer a si mesmo, que essa era a história de nosso povo. Pensei: é isso, durante todo esse tempo, fui me levantando de minha ninguentade para fazer a mim mesma.

Por um largo período não conseguia me recordar da minha infância e, adulta, me sentia uma estrangeira em mim mesma. Como quem acorda premida por uma contingência – o desejo também é uma contingência – que obscurece a história de como tudo chegou a ser. Hoje sei que são assim as feitorias em que habitamos e que desfizeram nossos vínculos ancestrais e nossas possibilidades de ser coisa outra além de uma solidão que dói. Descobri que as coisas que existiam em mim precisavam ser ditas em um idioma há muito abolido ou ainda por inventar. No processo de compreender isso pude finalmente nomear e encadear as dores, afetos e rebeliões que carregava sob o arco das costelas.

Só aí me lembrei da infância em que eu era um fogaréu, sempre disposta a verter riso e poesia no mundo e entendi que, entre isso e a mulher que hoje sou, movendo-me, pesada e pesando, sempre, a dor que posso ou não suportar, existiu um duro labor de me vergar aos significados domesticados da feminilidade.

Eu nunca pedi por nada disso.

Essa ninguentade é mais uma feitoria da qual não conseguimos sair tão facilmente. E certamente não conseguimos sair incólumes. Por isso, quando digo, se digo, meu dizer é antes de mais nada uma longa carta de amor a todas as mulheres – como eu – sozinhas. Desterradas em solidões e feitorias. Aprisionadas dentro de narrativas e injunções plantadas por centenas de anos dentro de nossos corpos para fazer de todas as vezes que fracassamos em saber quem somos e em nos amarmos a nós mesmas e umas às outras o sucesso de algum de nossos algozes – os mesmos senhores desta terra há quinhentos anos e os capatazes de quem eles se servem.

Quando digo, se digo – se resta algo em mim que consiga dizer ou ser dito –, é pra testemunhar que, para cada feitoria que nos destrói, há uma feitura que nos reconstrói. Que quando amo – outras mulheres, minhas ancestrais e meus Orisas – foi porque venci séculos de desvínculos compulsórios. Que quando me deixo tocar e me deixo amar (por) outra, é porque engendrei entre as coxas extenuadas uma inquietação que fez de mim algo muito diferente do que estava previsto. Que, quando reacendo como posso – ainda que seja com fúria – o fogaréu que um dia fui, é porque entre tudo o que perdi, tudo o que me tomaram e tudo o que nunca me deram, nunca puderam arrancar o desejo que me move.

Nina Simone tem razão: não é possível acreditar nas condições que produziram a situação que exigiu uma carta como essa. Uma carta a outras mulheres, como eu, sozinhas. Não nascidas sós por uma arbitrariedade do mal ou uma desgraça fortuita. Mas gestadas para viverem em suas solidões. Paridas para nunca se encontrarem. Criadas para optarem sempre entre a submissão ou a dor. Ou, pior, para viverem vergadas sob o peso de ambas.

Vocês estão em todas as minhas preces – essa feitoria não foi erguida para que sobrevivêssemos -. Vocês estão em todas as minhas memórias – as narrativas que governam esse mundo não guardam em seus olhos nossos nomes -. Pra vocês, todo o meu amor – nem mais nem menos do que ele é: bruto, precário, mas contra-hegemônico-. É isso tudo quanto tenho a dar: deixar antever as coisas pelas quais tive que lutar para aprender a dar nome.



PACTA SUNT SERVANDA

Tiago Cracco Miranda¹

¹ Acadêmico do sétimo período do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná

Já está comprovado nos autos o inadimplemento de nosso contrato.

Através dele, nos comprometemos ao amor recíproco. Em troca do meu infundável afeto, eu exigia apenas um pouco de atenção, um pouco de compreensão. Eu me comprometi a abrir o meu mundo a você e a fazer de você o meu mundo em troca da permissão de livre exploração de sua enigmática história. Cláusulas precisamente definidas que garantiam o equilíbrio de prestação entre as partes. Que asseguravam a minoração da onerosidade e a maximização do proveito para ambos.

E você cumpriu todas elas. Seguiu fielmente tudo o que foi por nós estabelecido, mesmo nas vezes em que lhe era imposta excessiva onerosidade. Sempre fez o possível e o impossível para adimplir sua parte do contrato, mesmo nos momentos em que era questionado o próprio sentido de sua existência. A iniciativa sempre foi sua de tentar, em todas as vezes, a melhor interpretação para o que foi pactuado e encontrar os laços e intenções que motivaram os seus assinantes. E mesmo quando parecia não haver solução, estava disposta a sentar, conversar e reescrevê-lo. *Pacta sunt servanda.*

Mas aquela cláusula implícita... O dever anexo inafastável pois da substância do ato por nós celebrado. A maldita cláusula de exclusividade que nunca é discutida, nunca é negociada, mas que invariavelmente compõe o rol de obrigações comuns a ambas as partes em todos os casos. A maldita cláusula sem a menor função aparente neste contrato, mas cuja violação representa falta gravíssima, punida com a mais severa das sanções. Você violou o dever de só amar o seu contratante.

E não me venha invocar vício de consentimento por desconhecimento do que tinha sido estabelecido. Este nosso acordo, embora não previsto em lei, é sem dúvida o mais típico dos contratos. É a razão de ser de todos os outros contratos. Ninguém se escusa de cumprir seus termos alegando que não os conhecem. E, se de minha parte nunca lhe foi exigido o cumprimento desta maldita cláusula de exclusividade, o mundo o exigia, a sociedade o exigia. Nossos amigos, nossos familiares, nossos vizinhos enxeridos o exigiam. A maldita cláusula trata de matéria de ordem pública inafastável pela vontade das partes.

O ciúmes - este angustiante sentimento que a cada

dia mais atormentava a estabilidade de nossa relação contratual - nada tem a ver com posse, como querem alguns fazer acreditar. Em nosso relacionamento nunca houve espaço para objetificação ou subjugação do outro e nunca nem poderia haver pois não é de nossa natureza. Tampouco tem a ver com dominação, pois sempre fizemos questão de manter a mais precisa e estrita isonomia entre as partes, assegurando-lhes os mesmos direitos, deveres e faculdades em todas as situações. Ainda, não se fala em restrição. Muito pelo contrário. A pactuação deste acordo é expressão da livre e mútua disposição de vontades, manifestação direta da mais pura autonomia que nos é consagrada. Não se trata, portanto, de posse, de dominação ou de restrição de sua liberdade. Estamos diante da mais típica relação contratual. Este angustiante sentimento era apenas a minha consciência gritando: inadimplemento! *Pacta sunt servanda.*

Por causa do descumprimento desta imprescindível cláusula implícita e, com ele, pela violação do consagrado instituto da boa-fé que lhe é exigida, venho pedir a resolução unilateral deste negócio jurídico viciado. Esqueça as perdas e danos, eis que irreparáveis.



RESENHA DO FILME "HISTÓRIAS CRUZADAS" SOB ENFOQUE DOS DI- REITOS FUNDAMENTAIS

Alexia de Melo Miguel¹

¹ Acadêmica do primeiro período do curso de graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Referência da Obra:

HISTÓRIAS Cruzadas. Direção de Tate Taylor. Produção de Chris Columbus e Michael Barnathan. Roteiro: Tate Taylor. Música: Thomas Newman e Mary J. Blige. [S.l.]: Dreamworks Pictures, 2011. 1 DVD (146 min.), son., color. Legendado.



Produzido no ano de 2011 nos Estados Unidos e lançado dia 03 de fevereiro de 2012 no Brasil, o filme Histórias Cruzadas, com o título original em inglês The Help, é um longa-metragem dirigido e roteirizado pelo cineasta e ator norte-americano Tate Taylor. Como adaptação cinematográfica do romance escrito pela estadunidense Kathryn Stockett, cuja estreia aconteceu no ano de 2009, Histórias Cruzadas conta com um elenco premiado. Viola Davis, Emma Stone e Octavia Spencer protagonizam o filme respectivamente nos papéis de Aibileen Clark, Eugenia Phelon (Skeeter) e Minny Jackson.

O longa, em 2012, recebeu três indicações ao Oscar, são elas de Melhor Filme, de Melhor Atriz com Viola Davis e de Melhor Atriz Coadjuvante com Octavia Spencer e Jessica Chastain (intérprete de Celia Foote). Octavia Spencer acabou recebendo o único Oscar conquistado pelo filme que, ainda hoje, se configura como uma produção muito importante no conhecimento da história segregacionista dos Estados Unidos.

Ambientado na cidade de Jackson, Mississippi, o enredo se desenrola na década de 1960, período de forte segregação racial nos estados sulistas. O foco narrativo do filme desenvolve-se a partir da volta de Eugenia "Skeeter" Phelon à cidade de Jackson. Skeeter, assim que chega à cidade, consegue um emprego de escritora no jornal local, entretanto, a coluna que lhe foi concedida tratava de conselhos e dicas de manutenção doméstica, assunto do qual ela nada entendia. Logo, Skeeter consegue ajuda com as dicas de limpeza de Aibileen "Aibee" Clark, empregada de Elizabeth Leefolt - uma das mulheres integrantes do círcu-

lo social da cidade, o qual se resumia no habitual jogo de bridge e em outras atividades promovidas pelas cidadãs pertencentes à Liga Júnior de Jackson.

Após a aproximação de Skeeter e Aibee, aos poucos, a escritora começa a ganhar a confiança da empregada e as duas iniciam, então, o projeto de escrever um livro que conte a perspectiva das empregadas domésticas de Jackson. Assim, Aibee começa a redigir e contar várias de suas histórias, no entanto, havia um grande receio, já que as leis segregacionistas no Mississippi proibiam a circulação ou publicação de materiais que promovessem a aceitação de negros.

Passado algum tempo e depois de alguns encontros para a redação do livro na casa de Aibileen, Minny, sua melhor amiga, resolve entrar no projeto após ter sido demitida injustamente por Hilly Holbrook, presidente da Liga Júnior de Jackson. A partir desse fato, o livro começa a tomar forma, contudo, o número de relatos ainda é pouco e o jornal de Nova York, para o qual Skeeter envia os primeiros esboços da obra, pede-lhe que consiga pelo menos uma dúzia de empregadas dispostas a relatar suas histórias. O medo da população negra, porém, principalmente com relação às leis Jim Crow, acaba por barrar o projeto, cujo número de integrantes não aumenta até que a prisão de Yule May, empregada que havia sido contratada por Hilly posteriormente à demissão de Minny, comove as trabalhadoras negras de Jackson, as quais se reúnem na casa de Aibee para ajudar a completar o livro.

Com o livro praticamente pronto, Skeeter, seguindo o conselho da editora chefe Srta. Stein, responsável pela publicação do livro, insere a última história, esta pertencente



à mulher que a criou, Constantine, a qual foi empregada da família de Eugenia durante muito tempo e por quem a garota guardava um imenso carinho. No entanto, sem o conhecimento de Skeeter, Charlotte Phelon, sua mãe, demitiu Constantine em um episódio envolvendo uma cerimônia de premiação das Filhas da Revolução Americana. Ao ficar sabendo desse segredo e da morte de Constantine pouco tempo depois de sua demissão, Skeeter resolve acrescentar essa história ao livro.

Intitulado *The Help*, A Resposta, o livro é lançado com 266 páginas de denúncia das condições de trabalho deprimentes a que as mulheres negras da cidade de Jackson eram expostas. A obra foi publicada com pseudônimos para o nome da cidade e de todas as pessoas envolvidas nos relatos e, em pouco tempo, se popularizou entre os cidadãos. Entretanto, uma das personagens, Hilly Holbrook, acaba descobrindo a verdadeira identidade de alguns dos nomes falsos. O fato culmina, então, na demissão de Aibee, cuja vida de empregada é encerrada com o abandono forçado da última criança criada por ela, a menina Mae Mobly, filha de Elizabeth Leefolt.

A partir do resumo do longa, é notável que a temática do filme o transforma em um expediente interessante para a compreensão da origem e perpetuação do preconceito racial nos Estados Unidos. Tem-se no conflito civil iniciado logo após a independência dos Estados Americanos, o germen de consolidação do racismo legitimando no período entre as décadas de 1940 e 1960. A Guerra Civil que tomou conta do país no século XIX, dividiu o território em estados do norte, abolicionistas, e estados do sul, escravocratas. Com a abolição da escravidão, a economia agrária das cidades do sul entrou em colapso, já que era fortemente calçada no uso da mão de obra escrava. Em face da derrocada dos estados sulistas, várias leis que defendiam a segregação racial foram sendo forjadas e grupos racistas como a Ku Klux Klan – KKK – ganharam força (AMEUR, 2013).

O enredo de *Histórias Cruzadas*, nesse sentido, retrata de maneira preeminentemente fiel a época de vigência das leis Jim Crow. As normas mencionadas se constituíam em regras estaduais que legitimaram a segregação racial de minorias sem representação política, a exemplo da população afro-americana e outros grupos étnico-raciais (ESCOLA, 2012). Dessa maneira, é possível estabelecer várias analogias entre as diferentes situações do filme e a configuração dos direitos humanos, visto que a obra contrasta diversas vezes com conhecidos princípios jurídicos que inspiraram a regulamentação dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, tem-se que a consolidação dos direitos humanos é um processo relativamente antigo, cujo início encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA, 1789) que previa a igualdade (formal) de todos perante a lei. Esse documento foi criado durante a Revolução

Francesa, isto é, cerca de dois séculos antes dos acontecimentos relatados no filme. Contudo, apesar de ter sido base para a elaboração de muitos tratados posteriores, a declaração não teve uma ampla internacionalização. De forma que somente em 1948 os Direitos Humanos foram devidamente discutidos por diversos países, inclusive o Brasil e os Estados Unidos, que se tornaram signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) adotada pela Organização das Nações Unidas, ONU, em 10 de dezembro do mesmo ano.

De lá para cá, as normas referentes aos direitos humanos, acordadas em diferentes tratados internacionais, foram acrescentadas ao ordenamento jurídico de muitos países. Nessa perspectiva, no Brasil, os direitos fundamentais estão presentes em várias partes da Constituição Federal (BRASIL, 1988), principalmente no intervalo dos artigos 5º a 17, os quais tratam de diversas dimensões. Tais dimensões ou gerações de direitos fundamentais, segundo Bonavides (2008), foram elaboradas ao longo da história e constituem-se em cinco períodos, cuja matéria nos proporciona – teoricamente, mas não necessariamente de forma material² – segurança em diversos campos como nos direitos civis, políticos, sociais, do consumidor e os referentes à ecologia.

Nos Estados Unidos, o direito vigente é o de tradição inglesa – diferente do Brasil – dessa forma, a ciência jurídica no território estadunidense tem suas bases na common law, em que a jurisprudência se sobrepõe às leis majoritariamente. Por conseguinte, torna-se evidente a superficialidade da Constituição Americana, uma vez que conta com apenas 7 artigos. Ademais, o federalismo vigente confere uma grande autonomia aos estados, dessa forma, mesmo que o país, no geral, fosse signatário de tratados internacionais e defendesse a organização dos direitos humanos, alguns dos estados que compunham o território estadunidense acabavam por adotar leis que iam de encontro aos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade”³. Conse-

² É importante lembrar que, apesar da Constituição Brasileira abordar todos esses aspectos acerca dos direitos humanos, sociais, civis, políticos e trabalhistas, o exercício de tais direitos ainda é uma tarefa não universal. Fato é a existência do preconceito racial e social no Brasil, os quais se mostram velados, mas igualmente cruéis. Em razão disso, tem-se como uma das grandes metas do ambiente contemporâneo brasileiro a conservação da igualdade formal e material. Tão somente um conjunto de leis não assegura a isonomia entre a população, é necessário, por hora, a persistência de políticas públicas que proporcionem maiores oportunidades aos grupos marginalizados pela discriminação negativa e pela constante opressão do sistema capitalista globalizante.

³ Destaca-se que tais ideais, em seu princípio, na Revolução Francesa, aplicavam-se somente aos burgueses, uma vez que o movimento liberal era encabeçado pela parcela da população com relativo poder aquisitivo, os quais viam-se frustrados com a ilimitação dos poderes dos governantes. Os pobres, trabalhadores e camponeses, os quais sustentavam o Estado francês no século XVIII, ficaram excluídos de início das conquistas liberais atingidas durante a transição da idade moderna para a idade contemporânea.



quentemente, em meados do século XX, as legislações sulistas validaram atitudes racistas e tornaram legal a prática de segregação étnico-racial (CHAPPELL, 2008).

Dentro dessa perspectiva, *Histórias Cruzadas* assinala diversas situações de discriminação negativa e violação de direitos fundamentais. Uma das cenas que possibilitam essa percepção é o momento em que Aibileen Clark e outro jovem negro são vistos sentados no fundo de um ônibus da cidade, ou seja, havia uma separação dos lugares no transporte público. Durante uma outra passagem de cena, logo no início do filme quando Skeeter chega à cidade de Jackson, é possível observar, também, uma placa de sinalização que indicava onde era permitida a entrada de negros. Em face disso, é notável o fato de que o livre trânsito dos indivíduos e a liberdade de ir e vir – direitos presentes no art. 5º, inciso XV da Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) e no art. 8º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (IX CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 1948) – eram ignorados, na medida em que os espaços públicos designados para negros e brancos não eram os mesmos.

Ainda no âmbito dos direitos fundamentais, sob o prisma dos direitos civis e políticos, até 1965, com a emissão da Lei dos Direitos de Voto (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1965) a participação eleitoral dos negros era vetada em estados sulistas. A não constatação de direitos civis e políticos para a população afro-americana pode ser notada no filme durante uma das conversas entre Aibee e Skeeter, em que a empregada conta que segregacionistas brancos incendiaram o carro de sua prima, Shinelle, só porque ela foi ao posto de votação.

A Lei dos Direitos de Voto mencionada é uma das conquistas dos Movimentos pelos Direitos Civis, os quais tiveram a participação de Martin Luther King, um dos maiores ativistas políticos no território estadunidense do século XX (CHAPPELL, 2008). Nesse sentido, o filme chama a atenção para uma das muitas situações que inspiraram o reverendo King a liderar a população negra em busca de seus direitos. O caso da morte de Emmett Till (MAHIN, 2017), um dos estopins para a realização do boicote aos ônibus de Montgomery, aparece no filme estampado em um jornal. O garoto, na época com 14 anos, foi espancado e morto por dois homens brancos após ter assobiado para a noiva de um deles enquanto comprava gomas de mascar em uma mercearia no Mississippi.

Na mesma perspectiva de violação de direitos fundamentais, destacam-se, no filme, os direitos sociais concernentes ao trabalho, os quais praticamente inexistem aos negros. Aibileen conta que trabalha 8 horas por dia, seis dias por semana e recebe 95 centavos por hora, o equivalente a 182 dólares por mês. Para se ter uma ideia, desde 2009, os Estados Unidos determinam o salário mínimo de 7,25 dólares por hora (DEPARTAMENTO DO TRABALHO DOS EUA,

2009), valor que varia dependendo dos estados americanos devido à relativa autonomia de que estes desfrutam.

Ainda dentro da dimensão dos direitos trabalhistas, a presença de regimes de trabalho análogos à escravidão é notada também no filme quando Aibee revela as circunstâncias da morte de seu filho, o qual trabalhava carregando toras de madeira para um capataz branco. Paralelamente aos dias atuais, apesar de ter sido abolida nos EUA no século XIX, assim como no Brasil, a escravidão ainda é presente na época contemporânea. Sob a estampa de escravidão moderna, cerca de 25 milhões de pessoas são exploradas no mundo segundo relatório da Organização Internacional do Trabalho – OIT – com a ONG Walkfree Foundation (2017).

Desse modo, por todo o exposto, *Histórias Cruzadas*, destaca-se pela veracidade que emprega ao tratar das questões relacionadas aos direitos humanos, sociais e civis mesmo que de maneira implícita, visto que a trama é centrada na realização do livro. A partir de uma premissa envolvente, o filme prende a atenção dos espectadores tanto pelo roteiro quanto pela construção das personagens que, para o pouco tempo que geralmente um longa-metragem tem frente a uma série por exemplo, consegue ser completa. A afeição ou repúdio sentidos por um ou outro personagem acabam por facilitar a compreensão do tema tratado no filme, bem como a reflexão que este propõe.

O autoquestionamento que é possível realizar ao final de *Histórias Cruzadas* coloca-nos em uma posição desconfortável à medida que se torna evidente a relação entre vários aspectos da segregação racial nos EUA do século XX com a situação atual, tanto no ambiente norte-americano quanto no Brasil. Nos últimos tempos, vê-se a retomada de pensamentos deturpados com a volta da ideia de supremacia branca no território americano, principalmente na figura da Ku Klux Klan, grupo racista que aterrorizou a população negra estadunidense nos séculos XIX e XX.

Percebe-se, ainda hoje, que diversos movimentos apoiados em discursos de ódio são promovidos pela direita radical nos Estados Unidos. A insurgência de tais movimentos torna-se preocupante na medida em que ferem todo e qualquer tipo de direitos humanos, ao regredir de maneira acentuada na conquista da isonomia. Com efeito, a existência de pensamentos alienados e bitolados acaba por enaltecer discursos descabidos como o da supremacia branca. No Brasil contemporâneo, é também evidente a presença do preconceito racial e social, os quais relacionam-se igualmente com a adoção de conceitos distorcidos a exemplo da defesa da ideologia meritocrática, tão em voga atualmente. No entanto, deve-se lutar para que se conserve formalmente e materialmente o princípio da igualdade, combater o preconceito é necessário para que todas as conquistas realizadas no passado não sejam em vão.

Depois de analisado o filme, tem-se que, apesar de abordar assuntos delicados como a segregação racial nos Es-



tados Unidos, ele ainda se torna leve. Portanto, assisti-lo é uma atividade agradável, haja vista que diversos alívios cômicos são introduzidos no enredo, Minny Jackson, por exemplo, protagoniza quase que a totalidade das cenas “peculiares” que oferecem ao público um respiro em meio a tanta indignação.

Destarte, o filme tanto pode ser assistido sem objetivo algum, apenas para apreciar uma boa história, bem como se tornar um poderoso instrumento de reflexão, é, portanto, recomendado para todo o tipo de público. Academicamente, a utilização deste filme como requisito para a realização de trabalhos configura-se como uma ferramenta importante para a compreensão de diversos fatores históricos e jurídicos. Por fim, ao tratar de questões complexas, Histórias Cruzadas acaba por conceder a seu público uma forte catarse emocional, na qual riso e choro são fiéis acompanhantes do espectador durante toda a jornada de Aibee, Skeeter e Minny.

REFERÊNCIAS

AMEUR, Farid. Guerra de Secessão. Porto Alegre: L&pm, 2013.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Versalhes, Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. Direitos Fundamentais & Justiça Vol. 3, Porto Alegre: HS Editora, 2008, p. 82 - 93. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017, p. 83.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 out. 2017.

CHAPPELL, David. Uma pedra de esperança: a fé profética, o liberalismo e a morte das leis Jim Crow. Tempo, [s.l.], v. 13, n. 25, p.64-97, 2008. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/s1413-77042008000200004>>. Acesso em: 21 out. 2017.

ESCOLA, Carta na (Ed.). O pesadelo americano: Um breve tratado da segregação racial nos EUA ajuda a esclarecer um preconceito ainda não superado. 2012. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/educacao/o-pe>

sadelo-americano>. Acesso em: 21 out. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Lei Pública nº 89-110, de 1965. Voting Rights Act Of 1965. Disponível em: <http://library.clerk.house.gov/reference-files/PPL_VotingRightsAct_1965.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

EUA DEPARTAMENTO DO TRABALHO. Wage and Hour Division (WHD). Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/minimumwage.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

IX CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Bogotá, Disponível em: <http://www.aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php?file=/172855/mod_resource/content/2/Declaração_Americana_dos_Direitos_e_Deверes_do_Homem.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

MAHIN, Lourival Aguiar. A morte de Emmett Till: 60 anos depois, sua acusadora diz que jovem era inocente. 2017. Disponível em: <<http://www.esquerdadiario.com.br/A-morte-de-Emmett-Till-60-anos-depois-sua-acusadora-diz-que-jovem-era-inocente>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage. Geneva: 2017 Disponível em: <http://www.alliance87.org/global_estimates_of_modern_slavery-forced_labour_and_forced_marriage.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.



CONTRASTANDO ORIENTE E OCIDENTE: CONSIDERAÇÕES ESTÉTICAS E POLÍTICAS EM "PERSÉPOLIS", DE MARJANE SATRAPI

Afonso Falcão de Almeida Filho¹

Carlos Eduardo Mota de Brito²

Dacielle da Silva Ingá³

Dandara da Costa Rocha⁴

¹ Graduando do primeiro semestre em Direito na UFERSA - Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Membro do GEDIC - Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina. Email: afonsofalcao12@gmail.com.

² Graduando do primeiro semestre em Direito na UFERSA - Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Membro do GEDIC - Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina. Email: k.du.brito@hotmail.com.

³ Graduanda do primeiro semestre em Direito na UFERSA - Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Membro do GEDIC - Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina. Email: ingadacielle@gmail.com.

⁴ Graduanda do primeiro semestre em Direito na UFERSA - Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Membro do GEDIC - Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina. Email: damngerhl@gmail.com.

Referência da Obra:

PERSÉPOLIS. Direção de Marjane Satrapi, Vincent Paronnaud. Produção de Xavier Rigault, Marc-antoine Robert. Roteiro: Marjane Satrapi, Vincent Paronnaud. [si]: The Kennedy/marshall Company, Sony Pictures Classics, 2007. (95 min.), son., color. Legendado.

Resumo

O presente trabalho trata-se de uma resenha crítica do filme Persépolis - autobiografia de Marjane Satrapi -, história em quadrinhos que relata, com estilo único, os conturbados anos ditatoriais no Irã de meados do século XX. Diante disso, debruça-se sobre a política desse espaço-tempo a partir da leitura de pensadores clássicos. Entretanto, tendo em vista que o poder se exerce, não da mesma forma, mas buscando os mesmos fins e utilizando



meios análogos, é possível que a leitura de conceitos de alguns dos principais teóricos ocidentais seja essencial para corroborar com a criticidade do olhar sobre Persépolis. Alguns desses teóricos, como o clássico Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.), os contratualistas Nicolau Maquiavel (1469 - 1527) e John Locke (1632 - 1704), os revolucionários socialistas Karl Marx (1818 - 1883) e Friedrich Engels (1820 - 1895) e o pós-estruturalista Michel Foucault (1926 - 1984), se debruçaram sobre a política enquanto o campo do conflito, palavra essencial para que seja traçada uma avaliação sobre o tempo histórico recortado e audiovisualizado. Por ser uma obra-prima de uma mulher iraniana consciente politicamente, como tantas outras resistentes aos mais diversos exercícios de poder, Satrapi cria sua obra pulsando feminismo, memórias pessoais e coletivas, dando veracidade histórica, psicológica e literária aos personagens e, por conseguinte, inquietando e transformando mentes.

Palavras-chave: Persépolis; política; identidade.

Abstract

The present work deals with a critical review of the film Persepolis - autobiography of Marjane Satrapi -, a comic book that reports, in unique style, the troubled dictatorial years in Iran of the mid-twentieth century. In the light of this, it looks at the politics of this space-time from the reading of classical thinkers. However, since power is exercised, not in the same way, but seeking the same ends and using similar means, it is possible that the reading of the concepts of some of the leading western theorists is essential to corroborate with the criticality of the Perse-



polis gaze. Some of these theorists, such as the classical Aristotle (384 b.C. – 322 b.C.), the contractualists Nicholas Machiavelli (1469 – 1527) and John Locke (1632 – 1704), the socialist revolutionaries Karl Marx (1818 – 1883) and Friedrich Engels (1820 – 1895) and the post-structuralist Michel Foucault (1926 – 1984), focused on politics as the field of conflict, an essential word for an assessment of historical time-cut and audio-visualized. As a masterpiece of a politically conscious Iranian woman, like so many other resistance to the most diverse exercises of power, Satrapi creates his work pulsating feminism, personal and collective memories, giving historical, psychological and literary veracity to the characters and, therefore, disturbing and transforming minds.

Keywords: Persepolis; politic; identity.

1. Introdução

O filme *Persépolis*, objeto de pesquisa dessa resenha crítica, baseia-se na autobiografia em quadrinhos da iraniana Marjane Satrapi e representa mais um capítulo nos muitos séculos de opressão do povo persa. A autora e protagonista da obra também dirige o filme, filme este que recebeu indicações para diversos prêmios de renome mundial, ganhando boa parte deles⁵.

Marjane Satrapi, a primeira iraniana a escrever história em quadrinhos, nasceu em Rasht, no Irã, e testemunha durante sua vida, a queda do Xá, o início da Revolução Islâmica e a guerra com Iraque. Aos 10 anos se viu obrigada a usar véu islâmico, além de outras tantas submissões exigidas pelo novo governo, baseado este na vertente mais radical do islamismo: xiita. A iraniana narra desde a sua infância à sua adolescência os costumes, as relações familiares e sociais no Irã; em suma, a história, no período de 1978 até os anos 90. Além da história de seu país, “*Marji*” nos conta a história das muitas crianças e jovens nos anos 80 e 90, com toda a busca por determinada liberdade e os gostos culturais desse momento.

O filme inicia-se em um contexto anterior à Revolução Iraniana, em 1978, onde o Xá Mohammad Reza Pahlavi é o ditador do Irã, nação declarada como uma monarquia autocrática pró-ocidental, desde 1941. O Xá, por meio da chamada “Revolução Branca”, modernizava o Irã, ocidentalizando-o, e defendia a separação do Estado com o clero xiita. Esse primeiro ponto ampliava suas relações com os Estados Unidos, que fornecia apoio militar econômico ao Xá, principalmente pelas ambições dessa potência em “pôr as mãos” em uma das maiores reservas de petróleo no mundo, localizada no território iraniano. Essa importação da cul-

tura ocidental é explícita no filme pelos próprios costumes e valores de Marjane, que adorava batata frita com ketchup, quando criança, além do ator Bruce Lee. Além disso, Reza Pahlavi recusava-se a banir traços pagãos para as visões tradicionais do Alcorão, como jogos e sexo antes do casamento, e, por conseguinte, tornou-se inimigo do clero xiita e das elites comerciais locais, que estavam apreensivas com o controle econômico estrangeiro (TURCI, 2009).

Ademais, o cenário caótico de pobreza (apesar de toda a riqueza ostentada pela monarquia), alta inflação, além da brutal SAVAK – polícia política iraniana, a qual censurava proibindo desde organizações trabalhistas a ideais religiosos de se reverberarem no seio social –, corroboraram para a oposição de grandes setores da sociedade a esse regime. Tão intensa foi essa repressão que grande maioria dos opositores ao governo terminou preso, exilado ou morto.

Em pouco tempo, a oposição ao regime do Xá tornou-se evidente nas regiões industrializadas, com a adesão dos operários ao movimento iniciado pelo clero xiita e pelos comerciantes locais em 1970. Desse momento em diante, foram os trabalhadores das fábricas (a maior parte delas estrangeiras) que lideraram a luta democrática e anti-imperialista. Pós a grande greve que ocorreu em outubro de 1978, consolidou-se o embate entre a monarquia ditatorial e o movimento popular. Acrescido a todo esse cenário, o presidente Jimmy Carter havia iniciado a “política dos direitos humanos”, recusando-se a auxiliar governos ditatoriais no mundo, o que, desse modo, esfriou as relações com o Irã, proporcionando maior fragilidade da autoridade do Xá entre os iranianos.

Durante todo o seu regime, Xá tentou por diversas formas legitimar seu poder, inclusive por meios como a doutrinação e imposição de que era escolhido por Deus para governar, algo repassado à protagonista do filme por sua professora, que era muito devota de Mohammad. Entre o final de 1978 e início de 1979, manifestações contra Mohammad Reza Pahlavi tomaram várias cidades do Irã. A população aclamava o clérigo xiita Sayyid Ruhollah Mūsavi Khomeini⁶ que havia sido exilado por ser opositor ao Xá, desde 1964. A facção xiita acreditava que o Estado deveria ser controlado por um líder religioso e por isso via no clérigo o possível ordenador da realidade pagã. O exército e a SAVAK não conseguiram bater de frente com toda a população que ia às ruas, apesar de terem ocasionado muitas mortes⁷.

Em 16 de janeiro de 1979 Reza Pahlavi deixou o país; em 1 de fevereiro o aiatolá Khomeini retornou da França, após exílio (BEZERRA, 2018); em abril de 1979, Khomeini

⁵ A autobiografia vendeu mais de 400.000 exemplares só na França, região onde a romancista gráfica, ilustradora e escritora infantojuvenil mora até hoje. Devido ao grande sucesso, *Persépolis* foi traduzido para vinte línguas.

⁶ Khomeine, na década de 50, tinha recebido o título de aiatolá, ou seja, o “mais alto conhecedor da lei islâmica”, o mais importante cargo da hierarquia do clero xiita e por isso era bastante popular.

⁷ Como no episódio da “sexta feira negra”, onde houve 90 mortes ocasionadas pelas forças repressivas do Xá.



proclamou a República Islâmica e, em agosto, foram realizadas as eleições para uma Assembleia Constituinte, na qual o Partido da Revolução Islâmica se destacou. Ruhollah Khomeini foi eleito a partir de 1980, considerado o absoluto “teocrata” do país, representante do governo de Deus na terra⁸. Esse momento histórico foi explicitado no filme pelas falas do narrador e do tio de “Marji”, respectivamente: “O povo votou democraticamente para a República Islâmica”; “É normal, cada revolução tem seu período de transição. A metade do país é analfabeta. O nacionalismo ou a moral religiosa são as únicas que podem unir as pessoas” (sic). Em novembro de 1979, a embaixada norte-americana de Teerã (capital do Irã) foi invadida, como represália pelo fato de os Estados Unidos ter acolhido Reza Pahlavi.

O Iraque atacou o Irã. Sadam⁹ aproveitou da fraqueza do país para abater. A revolução e as evacuações massivas operadas no exército tinham nos enfraquecido terrivelmente. Em nome da luta contra o inimigo exterior, o Estado iraniano exterminou os inimigos oponentes ao regime do Xá (PERSÉPOLIS, 2007).

E assim se deu o início de dois dos eventos definidores no rumo da vida da iraniana: a guerra entre o Irã e o Iraque e o governo de Ruhollah Khomeini, que a cada dia instaurava leis cada vez mais repressivas aos traços da cultura dita como ocidental. Esses dois fenômenos são retratados, principalmente, na subdivisão do filme que engloba Téhéran em 1982: são evidenciadas as doutrinações feitas no liceu francês de Teerã, pela professora de Satrapi, sobre a respeito da necessidade do uso do véu, que caso elas não se cobrissem para os homens iriam “queimar no fogo do inferno”. Percebe-se também, com relação à guerra supracitada, momentos de tensão vividos pela jovem “Marji” e sua família, ao Teerã ser bombardeado frequentemente, inclusive nas redondezas da casa da jovem.

A bravura de nossos soldados trouxe frutos. Esta noite nosso exército destruiu tanques e aviões de caças iraquianos. O sangue de nossos mártires irriga nosso solo sagrado e fará florir os desertos do desespero. Morrer como mártir é ejetar sangue nas veias da sociedade (PERSÉPOLIS, 2007).

A ideia apresentada nesse trecho do filme é mais um dos exemplos de justificação do que estava acontecendo no período, seja por parte do governo, seja pelos porta-vozes das frentes xiitas. A forma de “convocação” desses mártires é ilustrada no momento em que uma amiga da fa-

mília solicita ajuda à senhora Satrapi, exprimindo um sentimento de angústia pela forma que tentaram seduzir seu filho para o front da guerra. Ela relata que os promotores do regime davam uma chave que “se eles combatessem e tivessem a ‘sorte de morrer’, eles entrariam no paraíso com esta chave e esta chave é de plástico. Contaram que no paraíso havia comida em abundância, mulheres, casas de ouro, diamantes” (PERSÉPOLIS, 2007).

A essa altura, diversas posturas foram proibidas pelo Estado, priorizando a conservação e promoção da cultura de postura radical do Alcorão. Bebidas alcóolicas, pornografia, músicas e outras diversas heranças ocidentalizadas foram determinadas como ilícitas; cenário salientado pela própria exibição de vendedores, informal e escondida, de fitas musicais, na cena em que a jovem Marjane tenta comprá-las. Frente a isso a personagem principal faz uma fala que abre espaços para reflexão acerca dos matizes da liberdade: ela vê nas festas escondidas o único espacinho de liberdade que lhe restava. Há um conflito: enquanto que para os religiosos islâmicos mais conservadores o governo do Ruhollah era sinônimo da liberdade de priorizar os anseios verdadeiros, tragos no Alcorão, para outros, como Marjane e sua família, era totalmente repressivo e autoritário. Percebe-se então uma das nuances da tão famigerada liberdade: a perspectiva. Encaixa-se aqui perfeitamente a teoria física da cinemática, a qual só se pode tomar determinada conclusão dependendo do referencial.

Em decorrência dessa ditadura religiosa, pela guerra emergente e pelas posturas de Marjane em sala de aula e na rua, que poderiam a prejudicar, os pais da jovem iraniana decidem mandá-la para a Europa, mais especificamente para Viena, na Áustria. Lá ela mora durante quatro anos e depois volta ao Irã, onde cursa artes plásticas na Universidade de Teerã.

Em síntese, esse período da vida da autora é marcado de contradições de cunho pessoal, da dúvida de pertencimento a alguma localidade ou cultura e de saudades do que ela tinha como casa. Durante sua estadia em terras ocidentais a guerra do Irã contra o Iraque se desenrola, e o narrador do filme expõe um horizonte extremamente crítico do que de fato aconteceu: “O Ocidente vendeu armas para os dois lados (...). Oito anos de guerra para nada. Um milhão de mortos para nada. (...). Um mês antes do armistício, o Iraque começou a bombardear Teerã todos os dias, como se fosse apagá-la do mapa” (PERSÉPOLIS, 2007). A Guerra Irã-Iraque durou oito anos, sem que nenhum dos lados tenha vencido efetivamente, e serviu, principalmente, para unir os iranianos em apoio a Khomeini, fortalecendo ainda mais o poder teocrático dentro do Irã.

Posteriormente, a menina da família Satrapi retorna à Europa e passa a morar em Paris, onde trabalha como artista plástica até os dias atuais. Em 2000, Marjane publica “Persépolis”, uma série de quatro livros de história

⁸ Percebe-se novamente mais uma tentativa de legitimação do poder, através de dominações como a racional-legal/burocrática, a carismática e a tradicional, ambas distinguidas e explicadas pela perspectiva weberiana.

⁹ Saddam Hussein Abd al-Majid al-Tikriti foi um político e estadista iraquiano; foi o quinto presidente do Iraque de 16 de julho de 1979 a 9 de abril de 2003, e também acumulou o cargo de primeiro-ministro nos períodos de 1979-1991 e 1994-2003



em quadrinhos autobiográficos, traduzidos e publicados no Brasil pela editora Companhia das Letras, em volume único. No site dessa editora, na página online do livro aqui resenhado, há uma espécie de resumo totalizante de Marjane Satrapi, o qual sintetiza a real experiência de entrar em contato com sua história: “Em Persépolis, o pop encontra o épico, o oriente toca o ocidente, o humor se infiltra no drama – e o Irã parece muito mais próximo do que poderíamos suspeitar” (COMPANHIA DAS LETRAS, 2007).

2. Aspectos estéticos

Entre inúmeras definições existentes para o cinema, algumas encaixam-se com conforto no conceito do filme de 2007, “Persépolis”, de Marjane Satrapi e Vincent Paronnaud. A concepção do teórico soviético Serguei Eisenstein afirma que: “o cinema era acima de tudo transformador, catalisador, em sua forma ideal, não a contemplação estética, mas a prática social, ao submeter o espectador um choque de consciência com a relação aos problemas do mundo” (apud STAN, 2013, p. 58).

Em sua obra semi-biográfica, Satrapi retrata o passado de sua terra natal Irã desde a queda do último imperador da Dinastia Qajar, ascensão da Pahlavi e as influências britânicas nesses movimentos políticos, além das consequências disso em sua família visto que o avô da personagem principal Marjane era um príncipe Qajar. Em partes adiante do filme é retratado o movimento de Revolução Iraniana e queda do Xá Reza Pahlevi, com o Aiatolá Ruhollah Khomeini assumindo o cargo de chefe religioso e político levando o território a uma onda de fundamentalismo islâmico.

Como todos esses eventos acontecem durante os 20 minutos da película o restante é dedicado a retratar como novo regime teocrático reflete na vida da população, especialmente em Marjane já que por consequência de suas ideias contrárias a ortodoxia religiosa do regime é enviada durante a adolescência para Viena.

Em sequências do filme é possível perceber que o regime utiliza os meios de comunicação como forma de disseminar informações favoráveis à sua permanência, como na sequência da rebelião contra o Xá em que é possível visualizar o próprio governante proferindo um discurso televisionado na tentativa de manter o poder, levantando uma interrogação de até onde os jornais ou meios de comunicação em geral são fiéis a realidade da notícia, sobre isso o roteirista Jean-Claude Carrière, já expressava essa preocupação:

A ‘verdade’ de uma foto, ou de um cinejornal, ou de qualquer tipo de relato, é obviamente, bastante relativa, porque nós só vemos o que a câmera vê, só ouvimos o que nos dizem. Não vemos o que alguém decidiu que não deveríamos ver, o que os criadores dessas imagens não viram. E acima de tudo, não vemos o que não queremos ver (2009, p 54.)

Em termos estéticos, é possível perceber uma dicoto-

mia visual no filme gerado pela escolha na paleta de cores. Cenas em que a personagem está feliz ou até mesmo de sua infância que é descrita como a melhor época de sua vida, mais comumente em sua terra natal, tem uma paleta de cores mais claras, podendo até todas serem todas ambientadas em locais diurno, no entanto, passagem onde a personagem está triste ou mostram cenas de guerra ou sua conturbada residência em Viena tem paletas escuras assemelhando-as à noite. Essa dicotomia corrobora para atenuar o contraste entre as diferentes épocas de vida da personagem como também para retratar as cenas de guerras e pacificidade sem a utilização de cores, somente mudando a intensidade da paleta.

Imagens 1 e 2: frames do filme Persépolis.



Fonte: PERSÉPOLIS.

Outro ponto estético que merece destaque são as semelhanças entre os cenários e montagem do filme com os mesmos dos filmes expressionistas alemães, a semelhança é tanto visual quanto histórica já que o contexto do filme dialoga com o pensamento do crítico de cinema Philip Kemp acerca do cinema expressionista alemão:

os cenários distorcidos, expressionistas, do filme, que rejeitavam qualquer pretensão de realismo, a narrativa fragmentada, as atuações hiperestilizadas e a sensação de insegurança paranoica se uniam para expressar a atmosfera de uma nação derrotada, traumatizada, sem confiança na própria identidade, vendo inimigos tanto internos quanto externos (KEMP, 2011, pp. 42).

Imagem 3: Cenários do filme Persépolis.



Fonte: PERSÉPOLIS, 2007.



Imagem 4: cenários do filme O Gabinete do Dr. Caligari.



Fonte: O GABINETE DO DR. CALIGARI, 1920.

Retratando diferentes regimes entre eles uma monarquia e depois uma teocracia onde prisões de opositores eram comuns, vale correlacionar os fatos do filme com os conceitos elaborados pelo filósofo italiano Giorgio Agamben. Na película, o Tio Anouche, como também uma personagem posteriormente introduzida, Niloufar, foram executados pelo regime por serem contrários a suas ideias.

Ligando-as a proposições de Agamben, é perceptível a total sincronia entre as narrativas dos personagens e o conceito de *homo sacer* – originário do direito romano e utilizado pelo autor em suas proposições –, sendo esse um cidadão desprovido de seus direitos, com sua morte não representando um crime, o total desprendimento da “zoé” a vida biológica comum e a “bios” o campo onde a ética e a moral e o juízo se manifestam (PASSOS, 2014, p. 66-86). Podendo também ser levantado a proposição que o filme seria uma representação a realidade nua proposta pelo filósofo.

As concepções de Weber (2004, p. 188) de poder, autoridade e dominação são visíveis já que poder é definido pela possibilidade de impor a alguém sua vontade, mesmo e qualquer que seja o fundamento desta probabilidade. Esse conceito junto como poder de mando gera a autoridade, que por si só pressupõe uma forma de legitimidade. Já a dominação seria essa autoridade justificada e aparecendo sobre forma de dever, necessitando de cooperação dos subordinados, que as cumprem como se fosse sua própria vontade (WEBER, 2004, 188-189).

No longa-metragem essas formulações perneiam todo o filme até seu núcleo, já que todos os elementos da trama se desenrolam em torno do poder do regime que exemplifica um tipo de dominação tradicional, o fato de a maioria das pessoas seguirem as vontades do regime, como vestir ou portar-se de tal modo é condicionado pela tradição religiosa que os compele a tais atos.

3. Aspectos políticos

É um verdadeiro desafio analisar as cenas, os diálogos, os gestos, enfim, a complexidade da vida da iraniana Marjane Satrapi, originalmente criada como uma HQ, e publicada no início do terceiro milênio na França e nos

Estados Unidos, e posteriormente relida em linguagem cinematográfica. A “ação”, complemento da “luz, câmera”, é muito mais complexa do que supõe nossa vã mente ocidentalizada – essa bolha, opaca em muitos pontos, que nos impede de “olhar, ver e reparar” (SARAMAGO, 1995, p. 9), como nos ensina o escritor português José Saramago, para além das fronteiras culturais.

Guardando as proporções, a obra autobiográfica de Satrapi se passa em contexto de um Irã caótico, assim como o tempo vivido na Florença de Maquiavel, quando este escreveu “O Príncipe”. Dessa forma, a vida da menina Marjane tem-se iniciada antes da Revolução Iraniana de 1979, a qual substituiu uma monarquia autocrática, comandada pelo regime dos xás, em uma república islâmica teocrática, comandada pelos aiatolás. É preciso ter em vista o planeta terra estava sendo disputado, em nome de uma hegemonia, pelo bloco capitalista (liderado pelos Estados Unidos) e pelo bloco socialista (liderado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, URSS ou União Soviética), e, no caso do Irã, o governo havia estabelecido alianças políticas com o bloco capitalista. De qualquer forma, pode ser apontada que a influência e, por conseguinte, pressão ocidental crescia em países do oriente de forma exponencial.

Indo em encontro a esse contexto, para o filósofo florentino a história humana seria cíclica, variando entre períodos de ordem, na qual a característica principal seria o estabelecimento do Estado seria, e de caos, que seria a ausência do Estado, ou estabelecimento da anarquia (MAQUIAVEL, 1996, p. 43-51). Dessa forma, a função do Estado seria a manutenção da ordem feita por um só comando (príncipe, xá, aiatolá), que tinha como objetivo conter o cenário de caos popular.

Segundo a história de Satrapi, o xá não tinha popularidade suficiente para se manter no poder, ou seja, ele não soube lidar com as forças externas e internas. Em outras palavras, a partir dos conceitos de Maquiavel (1996, p. 23-24), ele não possuía *virtù* para dominar a fortuna¹⁰. Já o regime dos aiatolás exercia a política de forma muito rígida,

¹⁰ “Os homens trilham quase sempre caminhos abertos por outros e pautam suas ações sobre essas imitações, embora não possam repetir tudo na vida dos imitados nem igualar sua *virtù*. Um homem prudente deve sempre seguir os caminhos abertos pelos grandes homens e espelhar-se nos que foram excelentes. Mesmo não alcançando sua *virtù*, deve pelo menos mostrar algum indício dela e fazer como os arqueiros prudentes que, julgando muito distantes os alvos que pretendem alcançar e conhecendo bem o grau de exatidão de seu arco, orientam a mira para bem mais alto que o lugar destinado, não para atingir tal altura com flecha, mas para poder, por meio da mira tão elevada, chegar ao objetivo. (...) como a passagem de um simples cidadão a príncipe pressupõe *virtù* ou fortuna, parece que uma ou outra dessas duas coisas amenizam, em parte, muitas das dificuldades. Contudo, aquele que depende menos da fortuna consegue melhores resultados” (MAQUIAVEL, 1996, p. 23-24, grifos do tradutor).



através de o controle dos corpos das mulheres, obrigando-as a usar véu em espaços públicos, bem como vigiando e punindo inimigos internos, com a finalidade de manter-se no poder. Nesse segundo caso, podemos associar esses exercícios do poder com a ideia de ética pautada nos resultados das ações, segundo a qual Maquiavel (1996, p. 23-24) defendia como sendo o dever de todo resultado obtido ser destinado para a manutenção do Estado e que para cada fim existiria um meio específico. Porém, em contraste com o pensamento do filósofo florentino, tanto no regime dos xás quanto dos aiatolás a política não se separava da moral (lida aqui como religiosa), muito pelo contrário: a religião muçulmana ditava e continuou a ditar as regras de forma irrestrita. O véu, depois da Revolução Iraniana, passou a ser a expressão máxima desse poder capilar (FOUCAULT, 2015 p. 215), sendo exercido diariamente nos corpos das mulheres iranianas.

Embora trata-se de uma obra contextualizada em um país oriental do século XX, é possível ser traçadas semelhanças com a obra "A Política", do pensador grego clássico Aristóteles. Para ele, a política seria o exercício da busca pela felicidade, também compreendida como a busca pelo bem comum. A partir de "Persépolis" não é possível contrastar como e quais seres humanos eram passíveis de decidir os destinos da sociedade iraniana antes da Revolução. Entretanto, após esse marco histórico, toma-se como arcabouço, para essa fundamentação, cenas e diálogos.

Por um lado, no que concerne ao exercício do poder nas pessoas, esse variava conforme o gênero, é possível afirmar que os homens possuíam mais liberdade formal do que as mulheres, uma vez que o dever do véu era assistido somente a elas, assim como a ausência ou limitação dessas em espaços de poder, como a universidade.

Dessa forma, temos que o espaço público da cidade, assim como pólis grega, de forma análoga, era destinado a uma maior circulação de homens do que de mulheres, ou seja, aqueles eram considerados mais cidadãos e, por isso mesmo, passível de maior liberdade formal, ou desprendido do campo da necessidade – nesse caso de usar o véu. Já as mulheres serão autoridades maritais, responsáveis pela casa e pelo espaço doméstico (oikos), tendo o véu como expressão dessa submissão.

Por outro lado, acerca das estruturas de governo do Irã antes e depois da Revolução, também podemos analisar a partir da ótica aristotélica. A chamada teoria das formas de governo será dividida pelo filósofo grego em três formas de governo, bem como suas respectivas formas degeneradas: (i) monarquia, tirania; (ii) aristocracia, oligarquia; e (iii) democracia, demagogia (ARISTÓTELES, 1996, p. 105-126).

O regime dos xás se caracterizava como uma monarquia autocrática, como já mencionado, o que significa o governo de um só exercido de forma absolutista, na qual

já era exercido o despotismo, a violência, a opressão, ou seja, uma degeneração. O que não muda completamente de figura nos governos dos aiatolás (teoricamente democráticos), alcançados por meio de foi uma revolução conservadora, demagógica, passando a exercer o poder de forma opressora – principalmente para as mulheres –, a partir do "retorno aos costumes originais e a busca da fidelidade aos textos sagrados ficou conhecido como fundamentalismo islâmico" (SILVA, s.d.).

Um teórico que discute resistência, com sob a égide de direito, é John Locke em seu livro "Dois tratados sobre o governo civil". Para o contratualista inglês, conhecido como "pai do liberalismo", a sociedade civil pode sofrer degenerações, uma vez que o pacto social (ou contrato social) não for cumprido pelo governo. Em outras palavras, é cabido ao governo, o qual passa a ser analisado por Locke como algo diferente de Estado, manter os direitos naturais do homem, a saber: vida, liberdade e propriedade. No caso de "Persépolis", após a Revolução Iraniana passa a ser exercida uma república islâmica teocrática de caráter tirânico, ou seja, ditatorial. Nesse sentido, como pode ser observado em várias cenas e diálogos de Marjane com seus pais, e entre esses com outras pessoas adultas, há, mais do que o direito, a necessidade de resistir contra a opressão do regime dos aiatolás, uma vez que esses atacam as vidas, as liberdades e – por que não dizer também – as propriedades das pessoas, do povo, da sociedade iraniana.

Em contraposição aos contratualistas, principalmente no que concerne ao método de pesquisa e significados de direito, Estado e liberdade, Karl Marx e Friedrich Engels, em sua obra "Manifesto Comunista", assim como toda sua obra novecentista, também lança bases para compreender o poder, o Estado e o indivíduo. Para Marx e Engels, "a história de todas as sociedades até hoje existentes é a história da luta de classes" (2007, p. 40). Diante disso, podemos apontar que tanto antes quanto depois da Revolução Iraniana, havia disputa que classes sociais e classes políticas. O próprio tio de Marjane, Anouche, quem estudou Marx e Lenin na União Soviética, acreditava na vitória do proletariado depois da Revolução, o que, de fato, não aconteceu.

Marjane cresce em uma família de comunistas e sua consciência se forma a partir desse contexto, ou seja, como acreditavam Marx e Engels, a consciência existe antes do ser consciente. Essa consciência fará com que a criança se rebele (em maior ou menor grau) tanto às ordens dos adultos, quanto ao regime iraniano em vigência naquele contexto, quanto também aos preconceitos, na Áustria; e a adulta, contra um marido que não a ama e contra o endurecimento do regime. Tanto seu tio Anouche, quanto sua mãe, seu pai e sua avó foram responsáveis por construir uma consciência em Marjane, a qual entra em frequente choque com outras consciências. Em outras palavras, com base na metologia marxiana do materialismo histórico



dialético, a realidade iraniana é formulada a partir da concepção de posições materiais opostas que se confrontam e fazem a história.

Sendo assim, é possível destacar que o poder do Estado estava em disputa e, por conseguinte, toda a sociedade iraniana. Engels acreditava que:

o processo de formação do Estado como a criação de uma comunidade ilusória (aparente) e abstrata (real) de atenuação dos conflitos, gerados e permanentemente alimentados pelas relações desiguais objetivas. Nesse caso, a dominação de classe se reveste da forma de um aparelho de poder público impessoal e neutro, oposto à contradição de classes que se reproduz na instância material (DEMIER; GONÇALVES, 2017, p. 2360).

Tal pensamento que fica evidente em "Persépolis" quando tanto no regime do xá quanto do aiatolá. Naquele, especificamente, a nobreza monarquista detinha o poder, enquanto que no segundo momento histórico a religião passou a ser a senhora donas das regras, mas nos dois casos o Estado foi o instrumento de dominação dessas classes sobre outras. Além disso, para deixar mais evidente a disputa de classes, nos dois regimes os opositores, fossem comunistas ou não, foram presos, torturados, mortos. É essa luta de classes que vai mover a história no sentido macro (Irã e relações internacionais) e no sentido micro (Marjane, família e amigos).

Entretanto, não somente a partir do poder estatal, mas também no exercício de poder em sua forma microscópica podemos perceber como se dá a relação entre as pessoas e as ações que são levadas a tomar. Sendo assim, outro pensador que também discutirá resistência e exercício do poder é o pós-estruturalista francês Michel Foucault no conjunto de sua obra. Segundo Foucault, "onde há poder há resistência, não existe propriamente o lugar de resistência, mas pontos móveis e transitórios que também se distribuem por toda a estrutura social" (1985, p. 91), e podemos notar esse pensamento nas ações de Marjane, seus pais, seu tio, seus amigos e conhecidos.

Todas essas personagens vivenciam, de fato, a resistência em vários períodos, situações, espaços; o tio Anouche, por exemplo, experimenta resistir tanto no regime do xá quanto do aiatolá, o qual o leva à morte. Já Marjane precisou, de forma semelhante ao tio, resignificar sua resistência, mas como uma mulher – no Irã –, bem como uma mulher iraniana, estrangeira, de outra cultura – em um país europeu. O que, mais uma vez, encontra na problemática da identidade uma transmutação que atinge físico e psicológico dessas pessoas. Tendo em vista que a identidade é produto do saber e do poder, Foucault destaca que

poder e saber estão diretamente implicados; (...) não há relação de poder sem a constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.

Essas relações de 'poder-saber' não devem ser analisadas a partir de um sujeito de conhecimento que seria ou não livre em relação ao sistema de poder; mas é preciso considerar ao contrário que o sujeito que conhece, os objetos a conhecer e as modalidades de conhecimento são outros tantos efeitos dessas implicações fundamentais do poder-saber e de suas transformações históricas (1975, p. 161).

A protagonista, em diversas cenas, deixa evidente seu ódio pelo véu e pelas estruturas de poder as quais é submetida; seus pais e seu tio, os quais se declaram militantes comunistas, enfrentaram esse poder anteriormente, sofreram com ele. Agora, depois da Revolução Iraniana, e tendo em vista essas formas de exercer esse poder, mais uma vez não mais estando nas mãos da classe operária, como acreditavam os militantes comunistas, os pais constroem o discurso que aquele não é mais o país deles e, por isso mesmo, não poderá ser o futuro de sua filha, chegando a conclusão de ser melhor exilá-la na Áustria. Essa decisão, carregada de medo do estranho (daí o nome estrangeiro), foi pautada em sentimentos, principalmente, mas também na necessidade de resistir aos poderes capilares.

A própria Marjane vai se construindo como um ponto móvel de resistência, na medida que não aceita que a submissão ao seu gênero e nem aos seus gostos, por isso aceitando mudar de país, mas posteriormente entrando em crise devido a sua identidade, enquanto mulher iraniana vivendo em um país europeu, constantemente sofrendo na medida em que lida com essa crise que parece não cessar. Assim, quando volta ao seu país de origem, tem que lidar com costumes enrijecidos, já antes experimentados e vivenciados, mas agora muito menos difícil de lidar do ser uma estranha, estrangeira na Áustria.

4. Considerações finais

Marjane vivenciou a revolução em seu país e a ascensão do fundamentalismo e, como consequência disso, a prisão de diversas pessoas e obrigatoriedade do uso do véu pelas mulheres. Nesse sentido, a obra cinematográfica em questão estabelece bases para a leitura do fenômeno que poderia ser intitulado ocidentalização dos costumes, em decorrência do imperialismo que ocorria no período em questão, acarretando, assim, mudanças neles, na política e na cultura dos indivíduos envolvidos na trama. Além disso, pode ser percebido a artificialidade no discurso ideológico dos envolvidos, por exemplo, há uma cena marcante no filme que corrobora essa perspectiva, a qual é quando os guardas vão até a casa de Marjane ver se lá tem álcool, porém eles são subornados, ou seja, recebem uma espécie de propina e, conseqüentemente, dão fim a busca. É importante destacar a parte visual, ou seja, as cores utilizadas no decorrer do filme, as quais são predominantemente pretas e brancas, que, em uma análise mais espe-



cífica, vê-se a utilização delas atrelada a que tal situação/objeto quer remeter, se é boa ou má. A título de exemplo, as armas são pretas, em situações felizes, mas, percebe-se que a cor branca é predominante.

O filme deixa evidente, também, que as pessoas perderam sua liberdade de maneira expressiva, por exemplo, quando não se pode expressar sua opinião quando ela é contrária à de quem detém o poder, quando não se pode usar a roupa, ouvir a música que quer por ir de encontro com a ideologia pregada por quem tem o poder. Na escola, Marjane fora tachada de indisciplinar por não aceitar, contrariar, questionar o que era dito pela professora, ou seja, o que era reproduzido às crianças. Assim, diante de tantos exemplos, é notória a perda da liberdade no ambiente no qual a protagonista vivia. É válido ressaltar que quanto mais autoritário for o governo, maior vai ser a repressão, ou seja, menor vai ser a liberdade dos indivíduos.

Diante do exposto, também é válido frisar a necessidade notória de justificar e/ou legitimar o poder utilizado no cotidiano das pessoas. Esse poder é utilizado, muitas vezes, para reprimir a liberdade dos indivíduos, ou seja, a busca pela legitimidade é para além de silenciar os opositores, mas também para se manter no poder. O discurso de quem está no poder é, como explicitado no filme, por exemplo, contra os comunistas, ou seja, de quem não tinha o pensamento reproduzido para o corpo social, geralmente, colocando-os como “monstros”, como qualquer coisa, menos como pessoa, tentando, assim, justificar a violência utilizada contra esses. Nesse sentido, vale dizer que a legitimação do governo era dada no cotidiano das pessoas, o que ocorria por meio da dominação, quando os dominados incorporavam a ideologia do dominador de maneira pacífica, sem questionar; isso pode ser percebido no filme em diversas passagens, como quando Marjane utilizou uma roupa não padronizada para ir à rua foi julgada de forma negativa pela sociedade.

É válido frisar a questão das aparências, algumas vezes retratadas na obra cinematográfica em questão. Consoante Maquiavel, na obra “O Príncipe”, é necessário que o governante tenha a força de um leão e a astúcia de uma raposa para que consiga se manter no poder por mais tempo possível, tendo em vista que há poucos que querem o poder e muitos que querem a liberdade. Assim, fica evidente que mesmo que não se possua a característica desejada para o momento, é necessário que a aparente possuir, a fim de se manter no poder, pois, muitas vezes, quem está por perto do governante quer o poder para si e só espera o momento mais adequado para conseguir tomá-lo.

Urge a necessidade de citar, também, a crise de identidade que Marjane teve ao viajar e passar um intervalo de tempo longe do Irã. Nesse sentido, quando a protagonista escuta duas moças comentando sobre sua nacionalidade, ela se levanta e tem uma breve discussão afirmando que

realmente não é da França, como havia dito antes, mas sim do Irã, provocando, portanto, estranhamento no ambiente no qual ela está presente. Assim, vê-se um certo grau de xenofobia no período em questão, o qual pode ser associado aos ideais, às guerras e aos governos que estão vigentes, que contribuem, de maneira explícita ou implícita, no comportamento da social.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A política. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Clássicos).

BAZIN, André. O que é o cinema? Tradução de Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Cosac Naify, 2014. (416 pp).

BEZERRA, Katharyne. O retorno do aiatolá Khomeini ao Irã, após exílio. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/o-retorno-do-aiatola-khomeini-ao-ira-apos-exilio/>>. Acesso em: 26 maio 2018.

CARRIÈRE, Jean-claude. A linguagem secreta do cinema. 2. ed. Tradução de Fernando Albagli e Benjamin Albagli. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2009. (360 pp).

COMPANHIA DAS LETRAS. Persépolis (Completo). 2007. Disponível em: <<https://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=12593>>. Acesso em: 29 maio 2018.

DEMIER, Felipe; GONÇALVES, Guilherme Leite. Capitalismo, Estado e democracia: um debate marxista. Vol. 08. n. 3. Revista Direito e Práxis: Rio de Janeiro 2017. (pp. 2350-2376). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-2350.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2018.

FILMOW. Persépolis. Disponível em: <<https://filmow.com/persepolis-t1374/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. Microfísica do poder. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

_____. Vigiar e punir. Petrópolis: Editora Vozes, 1975. pp 161-162.

GABINETE DO DOUTOR CALIGARI, O. Direção de Robert Wiene. Produção de Erich Pommer, Rudolf Meinert.



Realização de Robert Wiene. Roteiro: Hans Janowitz, Carl Mayer. Alemanha, 1920. (71 min.), P&B. Legendado.

KEMP, Philip. Tudo sobre cinema. Tradução de Fabiano Moraes et al. Rio de Janeiro: Sextante, 2011. 576 pp.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo civil. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Clássicos).

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Clássicos).

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto comunista. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. (pp. 37-70).

PASSOS, Fábio Abreu dos. Pensando a ditadura militar brasileira à luz do Estado de exceção de Giorgio Agamben. Pensando - Revista de Filosofia, Teresina, Pi, v. 5, n. 10, p.66-86, 1 jun. 2014. Semestral. Disponível em: <<http://www.ojs.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/3276>>. Acesso em: 25 maio 2018.

PERSÉPOLIS. Direção de Marjane Satrapi, Vincent Paronnaud. Produção de Xavier Rigault, Marc-antoine Robert. Roteiro: Marjane Satrapi, Vincent Paronnaud. [si]: The Kennedy/marshall Company, Sony Pictures Classics, 2007. (95 min.), son., color. Legendado.

SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SILVA, Débora. Revolução iraniana. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/revolucao-iraniana-antecedentes-historicos-econsequencias/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

STAN, Robert. Introdução à teoria do cinema. 5. ed. Campinas: Papirus Editora, 2013. 398 pp.

TURCI, Érica. Irã: ontem e hoje: Síntese Histórica. 2009. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/ira-ontem-e-hoje-sintese-historica.htm>>. Acesso em: 26 maio 2018.

WEBER, Max. Sociologia da dominação. In: Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da UnB, 2004. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. (pp. 187-196).

Editora da UnB, 2004. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. (pp. 187-196).



REVISTA AVANT