



**PRO**JURIS  
ESTUDOS JURÍDICOS

A P R E S E N T A M:

**DIREITO E**  
*Cinema*  
CONTEMPORÂNEO  
EM DEBATE

**COORDENADORES**

MAURÍCIO DE AQUINO

GUILHERME BARBOSA DA SILVA

ALLAYMER RONALDO R. DOS BERNARDOS BONESSO

RAQUEL GRELLET PEREIRA BERNARDI

**EDITOR**

JOÃO ÉDER FURLAN FERREIRA DE SOUZA

**III DIRCIN**

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do III Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate**

Maurício de Aquino, Guilherme Barbosa da Silva, Allaymer Ronaldo R. dos Bernardos  
Bonesso & Raquel Grellet Pereira Bernardi  
(Coordenadores)

João Éder Furlan Ferreira de Souza  
(Editor)

Renato Bernardi  
Coordenador Geral do Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate

**Comissão Científica do III DIRCIN**

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Carla Bertoncini (UENP)  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Mércia Miranda Vasconcellos (FANORPI)  
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (UNIVEM)  
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)  
Prof. Me. Adriano Aranhã (FIO)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Direito e Cinema Contemporâneo em Debate / Maurício de Aquino, Guilherme Barbosa da Silva, Allaymer Ronaldo R. dos Bernardos Bonesso & Raquel Grellet Pereira Bernardi, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2017. (Anais do III Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-47-0

1. Direito e Cinema Contemporâneo em Debate

CDU-34

**Índice para catálogo sistemático**

1. Ciências Sociais. Direito. Lei em geral, métodos jurídicos e ciências auxiliares.

34

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

## SUMÁRIO

<b>50 TONS DE CINZA – CHRISTIAN GREY, A VÍTIMA.....</b>	<b>5</b>
Francisco CHRISTÓFORO JÚNIOR	
<b>A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA SERVIDÃO VOLUNTÁRIA DE MATRIX.....</b>	<b>10</b>
Sandra Santos Rosa SCHERCH Vinícius Alves SCHERCH	
<b>A GUARDA DOS FILHOS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL HOMOAFETIVA – ANÁLISE DO EPISÓDIO “MAMA TRIED” DE “GREY’S ANATOMY” SOB O ENFOQUE DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>28</b>
Daniely Fernanda Nietto CAMARGO	
<b>A TRANSVERSALIDADE DE DIREITOS COMO COMPONENTE OBRIGATÓRIO PARA O PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>45</b>
Victória Araujo ACOSTA Vladimir BREGA FILHO	
<b>AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: UMA LEITURA A PARTIR DO FILME SEPARATE BUT EQUAL.....</b>	<b>60</b>
Alessandro GALLETTI Ricardo Vilarício Ferreira PINTO	
<b>BLACK MIRROR: O HINO NACIONAL E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>76</b>
Haíssa Batista de OLIVEIRA	
<b>BURLESQUE: A VIABILIDADE ECONÔMICA DA SERVIDÕES NÃO APARENTES E AS RESPONSABILIDADES AO CONSTRUTOR/INCORPORADOR.....</b>	<b>90</b>
Juliana das Mercês LINO	
<b>CARROS E A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO: UMA EXPERIÊNCIA RESTAURATIVA.....</b>	<b>103</b>
Eric Akira ASAKURA	
<b>ENSINO JURÍDICO E CINEMA: O FILME “CONFIAR” E UMA LEITURA DOS CASOS DE ABUSOS SEXUAIS CONTRA MENORES NO BRASIL.....</b>	<b>115</b>
Carla BERTONCINI Fabiani Daniel BERTIN	

<b>“FIFTEEN MILLION MERITS”: O DIREITO À DESCONEXÃO E A NOVA DINÂMICA DAS JORNADAS DE TRABALHO.....</b>	<b>133</b>
Caroline Lovison DORI Gustavo Pereira ZAPATERRA	
<b>INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL AOS PORTADORES DE DIPLOMA UNIVERSITÁRIO.....</b>	<b>151</b>
Dyennyfer Moreira LINO	
<b>JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE ESTUPRO: POR QUE NÃO?.....</b>	<b>164</b>
Renan Cauê Miranda PUGLIESI	
<b>“SOMBRA DO PASSADO”: O PERDÃO EM BUSCA PELA VERDADE E RECONCILIAÇÃO.....</b>	<b>185</b>
Alessandro GALETTI Ricardo Vilariço Ferreira PINTO	
<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE: A POÇÃO MÁGICA DO DRUIDA.....</b>	<b>200</b>
João Otávio Bacchi GUTINIEKI	
<b>“O RENASCIMENTO DO PARTO”: É PRECISO FALAR SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.....</b>	<b>215</b>
Laís Fernanda BECKER	
<b>A INTERFERÊNCIA DA MÍDIA NO DIREITO DE PUNIR.....</b>	<b>232</b>
Irineu de ALMEIDA JUNIOR	

# 50 TONS DE CINZA – CHRISTIAN GREY, A VÍTIMA

Francisco CHRISTÓFORO JÚNIOR<sup>1</sup>

## RESUMO

O best seller “50 tons de cinza” da escritora britânica E. L. James, chegou aos cinemas brasileiros através da diretora San Taylor-Johnson trazendo aventuras eróticas sadomasoquistas que fomentam a libido e a sexualidade na sociedade contemporânea. Filme que ultrapassou mais de 5,2 milhões de espectadores e faturou R\$ 69,8 milhões de reais tornando-se o mais lucrativo da categoria (voltado para maiores de 17 anos) da Universal Pictures.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sadomasoquismo, incapacidade, psicologia.

## ABSTRACT

The British writer E. L. James's "50 Grayscale" best seller came to Brazilian cinemas through director San Taylor-Johnson bringing erotic, sadomasochistic adventures that fuel libido and sexuality in contemporary society. A movie that surpassed more than 5.2 million viewers and grossed R \$ 69.8 million, making it the most lucrative of Universal Pictures' (over 17 years old) category.

**KEYWORDS:** Sadomasochism, disability, psychology.

## PROBLEMA DE PESQUISA

Um dos filmes que mais faturou no mundo, proibido em alguns países, devido ao seu tema contemporâneo, onde mostra um jovem empresário, bonito e bem-sucedido Christian Grey (James Dornan) e seus desejos sexuais que incluem a prática do sadomasoquismo com a estudante de Literatura Anastasia Steele (Dakota Jhonson).

Como mencionado, o assunto hodierno e polêmico ocasionou manifestações contra a trilogia em nosso país como nas cidades de Erechim - RS e Santa Maria - RS, onde alegaram que o filme faz apologia à violência doméstica e a submissão feminina. No entanto, a delegada titular da delegacia da mulher de Santa Maria Dra. Débora Dias, diz:

*“Até a última cena, mesmo tendo violência, não pode ser considerada violência doméstica. Foi uma prática sexual a qual ela se permitiu, porque quis experimentar. Não enxergo a personagem como submissa, pois foi ela quem permitiu. Teve o consentimento. Ela testou seu limite e rompeu o relacionamento quando viu que não aguentaria. Enfatiza que a abordagem do longa mostra situações em que há o consentimento por parte da mulher. A prática do sadomasoquismo se baseia no estado de SSC, que significa "São, Seguro e Consentido". (Diário de Santa Maria, 2015).*

No entanto em alguns países mais conservadores como China, Malásia, Indonésia e Quênia, seus governantes proibiram a veiculação do filme em seu território devido seu conteúdo sexual do BDSM - Bondagismo, Submissão Sadismo e Sadomasoquismo.

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Turismo pela Faculdade de Agronomia e Engenharia Florestal(2005). Tem experiência na área de Ciência Política.

Segundo a sexóloga Maria Aparecida Mayer,

“Relacionamentos BDSM - Bondagismo, Submissão Sadismo e Sadomasoquismo envolvem o consentimento dos papéis do sádico e do masoquista. O sádico sente prazer em fazer a pessoa sentir dor, enquanto o masoquista sente prazer na dor. O relacionamento sadomasoquista só funciona se um for sádico e outro masoquista”.  
(*Diário de Santa Maria, 2015*).

O casal da trilogia, apesar de ambos terem capacidade plena de seus atos, Christian exige a assinatura de Anastásia em um contrato sigiloso minuciosamente redigido por seus advogados, para que ele possa assegurar-se de quaisquer problemas físicos, psíquicos e emocionais que possa vir a acontecer em seus atos sexuais com sua nova parceira.

Mesmo sem a assinatura do contrato que dá segurança jurídica a Christian com o sadomasoquismo, a estudante se relaciona sexualmente com o empresário inclusive pela primeira vez perdendo sua virgindade de forma normal, sem ser submissa com a prática do sadismo. Apaixonada, Anastasia aceita submeter-se aos desejos sádicos de Christian, onde em primeiro momento realizar atos que a fazem sofrer e que dão prazer ao seu parceiro.

O longa em questão, nos proporciona diversas oportunidades de aplicar o direito para defender Anastasia baseando em nossas legislações vigentes, cabendo o crime de violência doméstica contra a mulher, estupro, atentado violento ao pudor, danos morais, dentre outros. No entanto, irei abordar sobre o abuso sexual que Christian sofreu quando era absolutamente incapaz de seus direitos civis de uma amiga de sua mãe, Srta. Robinson que na época do fato tinha capacidade plena.

## **OBJETIVOS**

O filme 50 tons de cinza, trata quase que em sua totalidade dos jovens Christian e Anastasia e suas relações de intimidade sexual. Porém um detalhe importante, é a forma de como e quando tudo começou na vida do jovem empresário.

Além de abordar a invalidade do contrato caso tenha sido assinado por Christian e Srta. Robinson, é de fundamental importância avaliar os possíveis problemas psicológicos que uma criança pode ter ao sofrer abusos sadomasoquistas, podendo ter transtornos de personalidades.

## **REFERENCIAIS TEÓRICO-METODOLÓGICOS**

Christian com 15 anos de idade, foi abusado sexualmente por uma pessoa com capacidade civil plena, amiga de sua mãe com a prática do sadomasoquismo. No artigo terceiro do C.C. - Código Civil onde delinea sobre as pessoas naturais:

**Art. 3º** - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil menores de 16 (dezesesseis) anos.

O entendimento é que pessoas absolutamente incapazes, não tem maturidade psicológica para compreender e decidir seus atos, garantindo à Christian a nulidade do contrato caso ele tenha assinado por segurança jurídica de sua parceira, garantido pelo Art. 166º inciso I do C.C..

**Art. 166.** É nulo o negócio jurídico quando:  
**I** - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;  
[...].

Tendo em vista a diferença de idades, conseguimos embasar nos artigos 173º e 213º parágrafo primeiro do C.P. - Código Penal onde protege os adolescentes bem como abusos da sua inexperiência por pessoas de maiores idades.

**Art. 173** - Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

**Art. 213** - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

A magistrada Doutora Maria Clara Sottomayor, Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça, Doutorada em Direito Civil pela Universidade Católica Portuguesa, Centro de Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa, descreve:

[...] “Em virtude das diferenças etárias e de desenvolvimento, os menores não são iguais entre si nem têm idêntica capacidade de domínio da sexualidade nem de participação em atos sexuais. Neste contexto, a prática de atos sexuais por jovens adolescentes em crianças não pode ser vista como um jogo sexual ou como uma «brincadeira», mas como um abuso sexual em que o eventual consentimento das crianças impúberes é inválido e irrelevante como seria se o agressor fosse um adulto. A criança mais nova submete-se à atividade sexual, o que é diferente de consentir”. (SOTTOMAYOR, Maria Clara).

Além do C.C. e C.P., possuímos legislação específica sobre a proteção de crianças e adolescentes, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 que dispõe sobre o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente que passou a vigorar em 26 de dezembro de 1990 devido a retificação sofrida em 27 de setembro de 1990, onde seu art. 2º diz:

**Art. 2º** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

**Parágrafo único.** Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Podemos justapor o Direito em várias vertentes haja vista o fato do trato sexual e as

relações íntimas do casal com a prática do sadomasoquismo não é considerado crime, porém pressupõe consentimento, e um contrato que coage a uma pessoa fazer algo por meio de ameaça e sanções, fere o princípio do livre consentimento.

Considera-se também que as práticas sadomasoquistas podem causar danos à integridade física e psíquica as pessoas, imaginem em crianças como Christian, que na época dos fatos tinha apenas 15 anos de idade.

“O abuso sexual infantil é um ato que envolve vergonha, medo, culpa e desafiam questões culturais, o silêncio pode ser muitas vezes adotado para que preserve o núcleo familiar, evitando contradições no papel de proteção que a família deve ter quando na realidade é de agressão, geralmente o agressor é um indivíduo com quem a criança mantém uma relação estreita e de confiança. As estratégias do abuso sexual de crianças podem ser divididas em cinco fases: a fase do envolvimento, a fase da interação sexual, a fase do sigilo, a fase da revelação e a fase da repressão” Silva (1998) e Araujo (2002).

Christian esconde de sua família sobre o abuso sofrido quando criança e seus fetiches sadomasoquistas na atualidade, isso teria a ver com algum trauma psicológico afetado pelos atos quando era submisso?

## **RESULTADOS ALCANÇADOS**

Considerando os fatos e as legislações vigentes em nosso território, conseguimos aludir a invalidade do contrato caso tenha sido assinado por Christian e a sádica Srta. Robinson garantindo a possível segurança jurídica dela com a prática do sadomasoquismo, bem como os artigos que podemos nos amparar para os crimes civis e penais cometidos por ela, abusando de um menor absolutamente incapaz, podendo acarretar em traumas psicológicos.

## **BIBLIOGRAFIA UTILIZADA**

AZEVEDO, Alvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. Curso de Direito Civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JAMES, E. L. Cinquenta tons de cinza. Trad. Adalgisa Campos da Silva. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

Uol – disponível em <https://cinema.uol.com.br/noticias/redacao/2015/03/05/50-tons-de-cinza-ja-ultrapassa-us-500-milhoes-em-bilheteria-no-mundo.htm> - acesso em 10 de abril de 2017

Exame.com – disponível em <http://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/50-tons-de-cinza-arrecada-mais-de-r-1-5-bilhao-em-bilheteria/> - acesso em 10 de abril de 2017

Diário de Santa Maria – disponível em <http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/cultura-e-lazer/noticia/2015/02/especialistas-e-praticantes-do-sadomasoquismo-analisam-50-tons-de-cinza-4709015.html> - acesso em 23 de abril de 2017.

Globo.com – disponível em <http://g1.globo.com/pop-arte/cinema/noticia/2015/02/apos-estrela->

global-50-tons-de-cinza-e-proibido-na-china-e-outros-3-paises.html - acesso em 23 de abril de 2017.

Pombalina Coimbra University Press – disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/38892/1/Abuso%20sexual%20de%20crian%C3%A7as.pdf> – acesso em 23 de abril de 2017.

ARAUJO, M. F. Universidade Estadual Paulista, Campus Assis, Departamento de Psicologia Clínica, Coordenadora do Núcleo de Estudos Violência e Relações de Gênero. **Revista Psicologia em estudo**, v.7, n.2, p.57- 61, Maringá, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>> Acesso em: 24 de abril de 2017.

SILVA, A. N. N; VILHENA , J., Abuso sexual de crianças. **Pontifícia Universidade católica do Rio de Janeiro** - Campos Rio de Janeiro ,s/ ed., p.3-38,1998. Disponível em: <[http://www.adriananunan.com/pdf/adriananunancom\\_abuso\\_sexual.pdf](http://www.adriananunan.com/pdf/adriananunancom_abuso_sexual.pdf)> Acesso em: 24 de abril de 2017.

# A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA SERVIDÃO VOLUNTÁRIA DE MATRIX

Sandra Santos Rosa SCHERCH<sup>2</sup>  
Vinícius Alves SCHERCH<sup>3</sup>

## RESUMO

Este artigo pretende analisar a trilogia Matrix, tratando dos acontecimentos do ambiente virtual como uma escravidão instintiva que torna os seres humanos em objetos para as máquinas. Busca mostrar a caracterização da desobediência civil na luta pela liberdade e extinção da situação de servidão voluntária com base em Étienne de La Boétie. Traz a desobediência civil de Thoreau, Gandhi e Martin Luther King, no âmbito político, para repelir governos opressores e injustos como forma de restabelecer a ordem de direitos fundamentais, comparando-a com as ações humanas em Matrix. Por meio da análise de conceitos de liberdade, foi possível justificar a resistência à opressão da inteligência artificial em Matrix, como uma ação suficiente para restabelecer a paz e garantir direitos, sem perder de vista que as relações pacíficas são instáveis e duram até o próximo choque de interesses.

**PALAVRAS-CHAVES:** Matrix, Servidão Voluntária, Desobediência Civil, Liberdade.

## ABSTRACT

This article intends to analyze the Matrix trilogy, dealing with the events of the virtual environment as an instinctive slavery that makes humans into objects for machines. It seeks to show the characterization of civil disobedience in the struggle for freedom and extinction of the situation of voluntary servitude based on Étienne de La Boétie. It brings the civil disobedience of Thoreau, Gandhi and Martin Luther King, in the political ambit, to repulse oppressive and unjust governments as a way of re-establishing the order of fundamental rights, comparing it with human actions in the Matrix. Through the analysis of concepts of freedom, it was possible to justify resistance to the oppression of artificial intelligence in the Matrix, as a sufficient action to restore peace and guarantee rights, without losing sight that peaceful relations are unstable and last until the next shock interests.

**KEY WORDS:** Matrix, Voluntary Servitude, Civil Disobedience, Freedom.

## INTRODUÇÃO

Este artigo trata de uma análise da trilogia Matrix, compreendendo Matrix, Matrix Reloaded e Matrix Revolutions, para evidenciar, através do domínio das máquinas sobre os seres humanos, a importância da liberdade e da consciência, enquanto bens jurídicos a serem protegidos.

Assim, como o problema central foi eleita a Matrix enquanto uma plataforma de

- 
- 2 Possui licenciatura plena em Geografia pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Cornélio Procopio - Paraná (2014). Atualmente aluna do curso de Direito pela UNOPAR, Campus Bandeirantes - Paraná. Atualmente aluna do curso de pós graduação IDCC-Direito Constitucional Contemporâneo.
  - 3 Graduado em Direito(2010). Graduado em Gestão Pública (2015). Especialista em Administração Pública (2014). Especialista em Direito e Processo do Trabalho(2015). Advogado. Parecerista na área de Licitações e Contratos. Pesquisador da área do direito do Estado e política.

aprisionamento do ser humano, tornando-o em objeto para as máquinas e a validade de comparar a resistência de Zion à desobediência civil como forma de sobrevivência.

Neste sentido, sob o viés de uma pesquisa acerca da desobediência civil, foi traçado um paralelo dos acontecimentos dos filmes com a política, apresentando a desobediência civil como um meio de alcançar a liberdade diante de sistemas opressores tal como o domínio da inteligência artificial sobre a humanidade.

Para a elaboração do presente artigo, foi utilizada a pesquisa exploratória sobre a desobediência civil fazendo a conexão com o tema central da trilogia Matrix que foi obtida sob a percepção da servidão voluntária descrita por La Boétie. Tendo em vista a compreensão e o delineamento do artigo, foi utilizada a coleta de dados com base nos filmes e em casos de desobediência civil relevantes, como Thoreau, Gandhi e Martin Luther King. A metodologia utilizada compreendeu, além da análise dos filmes, a leitura e pesquisa bibliográfica.

A partir da ideia de que o domínio sobre os seres humanos é recorrente na história de sua existência, seja por meio de atos de Estado, da religião, de relações de consumo ou por costumes de determinada sociedade – aqui entendida como grupo de pessoas dos mais primitivos aos mais avançados–, retirando das pessoas seus direitos primazes como a liberdade, a consciência e a vida, foi buscado o viés jurídico nos filmes, para discussão e construção de um pensamento a respeito do questionamento dos sistemas opressores e da desobediência civil como forma restabelecer uma situação de direitos frente a ataques contra a dignidade e a existência humana enquanto indivíduo.

## **BREVES LINHAS SOBRE MATRIX**

A trilogia de filmes Matrix trata de uma história onde o mundo foi dominado por máquinas criadas pelos seres humanos. Após algum tempo da independência das máquinas, por volta de 2200, a humanidade tentou acabar com a Inteligência Artificial cobrindo a luz do sol para eliminar a fonte de energia das máquinas. No entanto, a medida desesperada fez as máquinas descobrirem que o corpo humano é uma fonte de grande energia e, a partir disso, começaram a fazer verdadeiras fazendas de pessoas desacordas que estariam ligadas a sistemas de captação de energia.

Para suprirem a existência mental e obterem a energia dos corpos, as máquinas criaram uma plataforma de realidade virtual, onde os seres humanos viviam naturalmente como se estivessem entre os finais do século XX, enquanto seus corpos reais eram cultivados. Esse programa de computador que simula a realidade foi denominado Matrix.

Algumas pessoas que conseguiram fugir das máquinas fundaram uma cidade no

subsolo – Zion –, perto do núcleo da Terra para se proteger das máquinas e aproveitar o calor. De Zion, os humanos organizavam missões para libertar os seres humanos dos campos de cultivo. Nessa verdadeira guerra entre humanos e máquinas, através de naves equipadas com armas para combate e defesa no mundo real, as tripulações saíam de Zion e através de softwares que eram emulados de dentro das naves se adentram na Matrix para fazer contato com os seres humanos aprisionados, pois ainda que inconscientemente, havia o registro na mente humana dos horrores da guerra entre pessoas e máquinas.

Dentro da Matrix, que podia ser considerada um programa maior ou plataforma, operavam outros programas, quase que como se cada pessoa fosse um programa adstrito à matriz, proporcionando realidade e coexistência. Havia ainda, programas que eram inteiramente controlados pelas máquinas e que funcionavam como uma espécie de zeladores pela ordem e continuidade da Matrix e também existiam programas, que, por se tratar de inteligência artificial, resistiam à substituição e interagiam no sistema burlando a plataforma para sua própria sobrevivência, de onde se destacam a Oráculo, uma mulher que interpretava fatos e acontecimentos, fazendo espécies de previsões racionais do futuro.

O Arquiteto, assim como a Oráculo, era um programa, que, no entanto, que criou a Matrix e tinha a função de equilibrar as equações do sistema para manter a operacionalidade da Matrix e a existência das máquinas. Depois de várias tentativas, o Arquiteto concluiu que a Matrix perfeita não era possível.

Através da Oráculo, que propôs uma plataforma que proporcionasse a livre escolha à humanidade em aceitar ou não a Matrix, a plataforma teve alguns erros corrigidos – em especial a monotonia humana devido a perfeição, onde as pessoas se matavam e paravam de gerar energia – e a tarefa do Arquiteto era tentar compreender uma sequência lógica do livre arbítrio e a partir dos resultados programar a Matrix. Porém, por pensar de forma algorítmica o futuro a partir de ações humanas não lhe era previsível e por isso ele programou o Escolhido.

Outro programa que se destacou nos filmes é o Agente Smith, que era uma manifestação das máquinas dentro da Matrix e com poderes para manipular o ambiente. Dentre os agentes, Smith apresentou um comportamento diferenciado e fugiu dos padrões – tanto que retirou seu fone que servia para comunicação e comutar a localização com os demais, e, assim como um vírus, vai tomando outros agentes e programas de Matrix –, movido por uma espécie de vingança, desde que perdeu a primeira luta contra Neo.

Os filmes tiveram como personagem principal Thomas Anderson – Neo, que no primeiro filme começou a ter sonhos estranhos, onde era conectado a cabos e aparelhos eletrônicos gigantes e futuristas, lembranças que o levavam a um estágio de incapacidade de

discernir a realidade e o sonho, até que se encontrou com Morpheus e Trinity e descobriu que foi vítima da Matrix e que estes sonhos eram contatos realizados para libertá-lo do sistema. Neo foi resgatado e libertado por Morpheus, que também o treinou, pois acreditava que ele seria capaz de operar a Matrix e trazer as pessoas à liberdade e conhecimento da realidade.

No segundo filme, Neo, já consciente da realidade e livre escravidão das máquinas, bem como tendo derrotado algumas máquinas dentro da Matrix, vivia na nave de Morpheus, a Nabucodonosor, que foi convocada para retornar à Zion por conta de uma ofensiva das máquinas contra a cidade. No entanto, a Oráculo manda uma mensagem de que a nave volte a navegar para mandar Neo de volta à Matrix, para encontrar-se com o Chaveiro que tinha a chave para todos os caminhos da plataforma e que foi preso por Merovingian. O Chaveiro conduziu Neo a um encontro com o Arquiteto.

No encontro de Neo – o Escolhido – com o Arquiteto, este lhe propôs duas alternativas para resolver o problema-chave – a guerra – a partir da programação do código-fonte da Matrix feita com base nas equações, sendo: (i) reiniciar o sistema, destruir Zion, com exceção de vinte e três pessoas para fundar uma nova cidade e morrer, propagando uma nova profecia de retorno do escolhido e continuando o ciclo, como um programa que roda até o final e reinicia; ou (ii) recusar-se a cooperar com o Arquiteto e retornar à Matrix, para tentar salvar Zion, correndo o risco de extinguir por completo a humanidade livre.

Contrariando outros escolhidos, antecessores de Neo, sua opção foi em não cooperar com o Arquiteto, o que também implicou em salvar a vida de Trinity. E a partir disso, Neo conseguiu derrotar algumas sentinelas no mundo real através de sua força mental, percebendo que suas ondas cerebrais operavam como se ele estivesse ligado na Matrix.

No terceiro filme, Neo fica com sua mente presa em um local entre a Matrix e a realidade, que era uma estação de trem controlada pelo Trainman, sujeito que decidia quem ficaria e quem sairia da sua estação. Embora Neo não estivesse conectado à Matrix, suas ondas cerebrais emitiam tal aparência e seu corpo físico estava em uma espécie de coma e, diante disso, Morpheus e Trinity se dirigiram à Oráculo e Seraph para buscar ajuda. Após uma luta com Merovingian, que detinha domínio sobre o Trainman, Morpheus, Trinity e Seraph conseguiram tirar Neo do limbo da estação e a partir disto, no mundo real, Neo e Trinity partiram em missão para a Cidade das Máquinas, enquanto Morpheus foi para Zion ajudar na defesa da cidade para tentar conter o ataque das máquinas.

O Agente Smith conseguiu transportar um de seus múltiplos para a realidade e tentou matar Neo, que conseguiu escapar, porém ficou cego. Embora cego, Neo conseguia ver as máquinas e fez contato com Ex-Machina, uma espécie de líder da Inteligência Artificial, que

transportou sua mente para Matrix, após perceber que Smith fugiu do controle e que Neo seria o único capaz de derrotá-lo.

Neo e Smith lutam e ao final, Neo vence e a Matrix se restabelece, a Oráculo e o Arquiteto têm uma conversa e a paz entre a humanidade e as máquinas é estabelecida, a partir do entendimento do Arquiteto de que seria dada liberdade a quem quisesse. Embora o objetivo de paz e de salvar Zion tenha sido alcançado por Neo, o esforço da sua opção de recusar-se a cooperar com o Arquiteto para salvar Trinity foi em vão, pois esta morreu antes de Neo encontrar-se com Ex-Machina.

## **MATRIX E A SERVIDÃO VOLUNTÁRIA**

Não há como deixar de mencionar no presente artigo a obra Discurso da Servidão Voluntária de Étienne de La Boétie, por ser dos escritos mais empolgantes e, porque não dizer, sensatos a respeito da liberdade. La Boétie com apenas dezoito anos escreveu a obra citada, que é uma verdadeira referência para o estudo da desobediência civil e é objeto de discussão, permanecendo viva e atual nos dias de hoje, mesmo datando de meados de 1548, apresentando grande sinergia com o filme Matrix, principalmente porque ambos têm o propósito de questionar a postura dos nascidos na servidão, da razão em se acovardar diante da dominação e também apontar uma espécie de pirâmide do poder que tem no topo um tirano e na base o povo.

La Boétie escreveu que todo ser que é dotado de sentimento se sente mal com a sujeição e busca a liberdade, de modo que:

“(...)se os bichos, até os criados para o serviço do homem, só podem se submeter depois de protestarem um desejo contrário - que vício infeliz pode então desnaturar tanto o homem, o único que realmente nasceu para viver livre, a ponto de fazê-lo perder a lembrança de sua primeira condição e o próprio desejo de retomá-la?” (LA BOÉTIE, 1999, p. 82)

O sistema criado pelas máquinas proporcionou que a humanidade, sem perceber, fosse domada e sujeitada ao deleite da inteligência artificial, de modo que a liberdade, por si, se tornou uma experiência dolorosa – quando Neo foi expelido do cativeiro que lhe aproveitava a energia, sentiu dores até para abrir o olho – porém, uma vez sabendo da oportunidade de ser livre, o protagonista não hesitou em optar pela pílula vermelha e conhecer o que era ser livre do domínio das máquinas.

Quando as máquinas conseguiram dominar o mundo e passaram a utilizar a energia produzida pelo corpo humano como fonte de combustível, a criação da Matrix possibilitou que os seres humanos já nascessem alienados no mundo virtual, sem liberdade, servindo de modo voluntário como baterias de alimentação da inteligência artificial. E, se analisados os aspectos da plataforma virtual em comparação com a realidade de Zion, aquela se apresenta muito mais

agradável e prazerosa, de modo que sequer seria possível questionar a sua validade sem a intervenção dos cidadãos de Zion. Nesse ponto, é possível traçar um paralelo com as palavras de La Boétie:

“A propósito, perguntaria: se o acaso quisesse que hoje nascesse alguma gente inteiramente nova, que não estivesse acostumada com a sujeição nem atraída pela liberdade, que até os nomes de uma e de outra ignorasse, e a quem se oferecesse a opção entre ser sujeitos ou viver livres, qual seria a sua escolha? Ninguém dúvida de que prefeririam obedecer apenas à sua razão em vez de servir a um homem, a menos que fossem como os judeus de Israel que, sem motivos nem coerção alguma, deram a si mesmos um tirano, e cuja história nunca leio sem sentir uma extrema indignação que quase me levaria a ser desumano para com eles, a rejubilar-me com todos os males que depois lhes sucederam. Pois, para que os homens, enquanto neles resta vestígio de homem, se deixem sujeitar, é preciso uma das duas coisas: que sejam forçados ou iludidos;

É verdadeiro dizer que no início serve-se contra a vontade e à força; mais tarde, acostuma-se, e os que vêm depois, nunca tendo conhecido a liberdade, nem mesmo sabendo o que é servem sem pensar e fazem voluntariamente o que seus pais só haviam feito por imposição. Assim, os homens que nascem sob o jugo, alimentados e criados na servidão, sem olhar mais longe, contentam-se em viver como nasceram; e como não pensam ter outros direitos nem outros bens além dos que encontraram em sua entrada na vida, consideram como sua condição natural a própria condição de seu nascimento. No entanto, por mais pródigo e despreocupado que seja, não há herdeiro que um dia não ponha os olhos em seus registros para ver se goza de todos os direitos de sua herança e verificar se não usurparam os seus ou os de seu predecessor. Entretanto, o hábito, que em todas as coisas exerce um império tão grande sobre todas as nossas ações, tem principalmente o poder de ensinar-nos a servir: é ele que, a longo prazo (como nos contam de Mitridates, que acabou habituando-se ao veneno), consegue fazer-nos engolir, sem repugnância, a amarga peçonha da servidão.” (LA BOÉTIE, 1999, p. 83-84)

Ao criar a Matrix, o Arquiteto projetou um sistema capaz de satisfazer as despreocupações humanas e propiciar comodismo, trazendo uma característica de inquestionabilidade à plataforma.

Para entender melhor, é necessário explicar que plataforma operacional denominada Matrix foi construída a partir de operações lógicas booleanas, onde os dados inseridos possuem dois valores – sistema binário -, que podem ser representados por 0 e 1, ou verdadeiro e falso, sendo esta a aplicação básica para o processamento de dados. Mas como o objeto aqui não se volta ao estudo de sistemas de informação e sim aos aspectos jurídicos, a lógica booleana é trazida tão somente para ilustrar o pensamento do Arquiteto, que ao pensar em duas hipóteses, verdadeiro e falso, ignora qualquer outro resultado, justificando a frase da Oráculo em Matrix Revolutions, de que ele – o Arquiteto – “é incapaz de ver além de qualquer escolha”.

O Arquiteto criou plataformas anteriores à Matrix tratada nos filmes, onde a primeira era perfeita e sem falhas e fracassou por conta de que os seres humanos não aceitaram aquela realidade virtual, levando o sistema ao fracasso, de modo que a lógica booleana permitiu ao programador a criação de uma segunda Matrix, que fosse capaz de refletir as imperfeições humanas, sem trazer, todavia, refutações quanto à escravidão. Quando analisado o quesito

escravidão livre, ou, servidão voluntária, mais uma vez é possível citar La Boétie:

“Os escravos não têm ardor nem constância no combate. Só vão a ele como que obrigados, por assim dizer embotados, livrando-se de um dever com dificuldade: não sentem queimar em seu coração o fogo sagrado da liberdade, que faz enfrentar todos os perigos e desejar uma bela e gloriosa morte que nos honra para sempre junto aos nossos semelhantes. Entre os homens livres, ao contrário, é à porfia, cada qual melhor, todos por um e cada um por todos: sabem que colherão uma parte igual no infortúnio da derrota ou na felicidade da vitória; mas os escravos, inteiramente sem coragem e vivacidade, têm o coração baixo e mole, e são incapazes de qualquer grande ação. Disso bem sabem os tiranos; assim, fazem todo o possível para torná-los sempre mais fracos e covardes.” (LA BOÉTIE, 1999, p. 91)

Neste sentido, a Matrix, escravizando humanos sem que lhes fosse possível perceber, obteve sucesso, mesmo que alguns resultados fossem imprevisíveis, pois na escravidão que não permite o conhecer do que é ser livre, não há resistência. A plataforma virtual criada no filme permite a comparação a Estados onde não há qualquer interferência dos indivíduos a ele vinculados, seja por vínculo político ou por força do exercício do poder considerando os limites geográficos.

Por isso, quando a participação dos indivíduos nas decisões estatais é mínima, não se tem somente um governo autoritário, mas uma escravidão vinculada à ordens que impõem a limitação de bens e direitos de todos, sem buscar a finalidade primaz do bem comum ou da paz. Aplicar conceitos de relações entre seres humanos e seres humanos ao que expõem os filmes, ou seja, relações de homens e máquinas, é deveras impossível por se tratar de ficção. Todavia, trazida essa relação de escravidão imperceptível ou de servidão voluntária para relações entre os indivíduos e o Estado, ou até para os rumos que a sociedade vem tomando, implica em uma profunda reflexão sobre as condições de trabalho, os efeitos da globalização e a importância dada ao consumismo e ao próprio capitalismo, em detrimento da humanidade, que acaba figurando em segundo plano.

Daí se falar em desobediência às normas que não mais reclamam a defesa dos direitos primários e põem em condição superior os bens materiais e o status social dos indivíduos, objetificando o ser humano e tornando-o em meio para atingir aos mais variados fins, sem que este se permita conhecer a sua situação de mera ferramenta ou combustível que alimenta interesses contrários a busca pela diminuição das desigualdades e otimização da qualidade de vida das pessoas.

Nesse passo, a guerra evidenciada na trilogia tem por objetivo a existência e a sobrevivência, tal qual aqueles que se submetem as mais variadas indignidades para simplesmente se manterem vivos, sendo isso a servidão voluntária, traduzida no medo de se impor frente ao opressor, preferindo o mínimo que cada vez mais se apresenta insuficiente.

## **A LUTA PELA LIBERDADE EM MATRIX**

A Matrix atinge diretamente a liberdade da humanidade ao manter os indivíduos em um mundo virtual e aprisionado às escolhas possíveis dentro do sistema. Ao passo que manter-se desacordado pode representar um refrigério ao espírito da humanidade, o contato com o mundo real – em Zion –, produz nos indivíduos o sentimento de irresignação e revolta contra os opressores, no caso, as máquinas.

Para Bobbio (1997, p. 7) “as vítimas de um poder opressivo pedem, antes de mais nada, liberdade. Diante de um poder arbitrário, pedem justiça. Diante de um poder despótico, que seja ao mesmo tempo opressivo e arbitrário, a exigência de liberdade não pode se separar da exigência de justiça”.

Fica bem nítida a luta pela liberdade – pela própria existência – nos cidadãos de Zion, não bastando viver sob a proteção das armas e da fortaleza construída ao redor da cidade, mas sendo necessário se ver livre da ameaça das máquinas e buscar o resgate dos indivíduos ainda aprisionados na Matrix.

Talvez, toda a história narrada na trilogia se resuma à ideia de que “os homens desejam mais ser livres do que escravos, mas também preferem mandar a obedecer. O homem ama a igualdade, mas ama também a hierarquia quando está situado em seus graus mais elevados”. (BOBBIO, 1997, p. 9)

Como aponta Bobbio, não basta ser livre, mas existe uma sedução pelo da humanidade pelo poder, justamente o aspecto que se perdeu com o domínio das máquinas.

Nesse sentido ganha espaço a construção dos parâmetros da liberdade, que têm, pelo menos, duas vertentes, sendo a liberdade negativa e a liberdade positiva. Onde:

“Por liberdade negativa, na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos. Com a seguinte advertência: o fato de que, na linguagem política, a liberdade seja uma relação entre dois sujeitos humanos não exclui que o conceito amplo de liberdade compreenda também uma relação na qual um dos dois sujeitos ou ambos não sejam sujeitos humanos. É perfeitamente lícito dizer que o homem conquistou a própria liberdade emancipando-se não apenas das restrições derivadas da sujeição do homem ao homem, mas também da submissão às forças naturais, assim como se pode dizer que um rio (ente natural) é livre para seguir o próprio curso quando não é impedido por um dique ou uma represa (que são obra do homem).

A liberdade negativa costuma também ser chamada de liberdade como ausência de impedimento ou de constrangimento: se, por impedir, entende-se não permitir que outros façam algo, e se, por constranger, entende-se que outros sejam obrigados a fazer algo, então ambas as expressões são parciais, já que a situação de liberdade chamada de liberdade negativa compreende tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer.” (BOBBIO, 1997, p. 48-49)

A liberdade negativa se exprime na não interferência, ou seja, seu eixo não é naquilo que é proibido ou não permitido fazer, mas ao contrário, no que o indivíduo pode escolher fazer

ou não, mas por alguma força - coação ou coerção - tem seu direito de escolha atingido. Para a tradição liberal esta força seria o Estado, todavia para o presente estudo é preferível, ter essa força como as máquinas dominantes no filme Matrix.

Inobstante, a ideia acima se completa à medida que:

El primero de sentidos políticos de a libertad y que siguiendo multitud de precedentes Ilmaré sentido <<negativo>>, es el que parece en la respuesta que contesta la pregunta: << ¿Cómo es el espacio en el que al sujeto – una persona o um grupo de personas – se le deja o se le ha de dejar que haga o sea lo que este en su mano hacer o ser, sin la interferencia de otras personas?>> (BERLIN, 2014, p. 60)

A liberdade positiva por seu turno, traduz:

“A situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda mais propriamente, de autonomia. A primeira forma de liberdade é, negativa porque designa, sobretudo, a ausência de algo (já foi observado que, na linguagem comum, livre em face de é frequentemente sinônimo de sem que, tanto que o modo mais comum de explicar o que significa que eu agi livremente é dizer que agi sem que ...); a segunda é positiva porque indica, ao contrário, a presença de algo, ou seja, de um atributo específico de meu querer, que é precisamente a capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido. Na verdade, costuma-se chamar de liberdade também esta situação, que poderia ser chamada mais apropriadamente de autonomia, na medida em que, em sua definição, faz-se referência não tanto ao que existe mas ao que falta, como quando se diz que autodeterminar-se significa não ser determinado por outros, ou não depender dos outros para as próprias decisões, ou determinar-se sem ser, por sua vez, determinado. Levando às extremas consequências essa observação, caberia dizer que – sendo liberdade um termo que indica, na multiplicidade de suas acepções próprias, falta de algo – a expressão liberdade positiva é contraditória.” (BOBBIO, 1997, p. 51)

Para Isaiah Belin:

“O sentido positivo da palavra liberdade provém do desejo que o indivíduo nutre de ser seu próprio senhor. Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos outros homens. Desejo ser um sujeito, não um objeto.  
[...] Um agente – decidido, e não deixando que outros decidam -, guiado por mim mesmo e não influenciado pela natureza externa ou por outros homens. [...] Acima de tudo, desejo ser consciente de mim mesmo como alguém que age, tem vontade e pensa, responsável por minhas escolhas e capaz de explicá-las a partir de minhas ideias e meus propósitos.” (BERLIN, 2002, p. 236-237).

Diante do pensamento de Bobbio e Berlin, é possível afirmar que a liberdade negativa tem uma carga de liberdade muito maior do que a liberdade positiva, enquanto aquela significa ‘estar livre de alguma coisa’ e esta última quer dizer ‘estar livre para alguma coisa’. Neste passo, a liberdade positiva é uma afirmação do próprio indivíduo, conhecendo, portanto, os seus limites e a liberdade negativa, como já apontado, parte da análise da coerção, ou seja, o que o indivíduo pode fazer sem sofrer interferências.

Ao final, “mais do que de liberdade negativa e positiva, seria talvez mais apropriado falar de liberdade de agir e liberdade de querer, entendendo-se, pela primeira, ação não impedida

ou não forçada, e, pela segunda, vontade não heterodeterminada e sim autodeterminada”. (BOBBIO, 1997, p. 53)

A partir do acima transcrito acerca das liberdades, se destaca que a liberdade negativa traz muito mais sentido ao ser livre, de modo que Robert Alexy, ao defender o princípio da liberdade negativa, afirma que o direito a liberdade busca “a maior medida possível de liberdade jurídica”, e “exige a maior medida possível de não-afetação de situações e outro que exige a maior medida possível de não-eliminação de posições jurídicas do titular do direito fundamental”. (ALEXY, 2011, p. 351-352)

Ainda que sobre o espectro do medo e da insegurança, os cidadãos de Zion ostentam mais liberdade do que os aprisionados na Matrix, de modo que a ação da resistência, onde Neo desafia o sistema, se justifica em uma luta para sobrepor a liberdade negativa em relação àquela liberdade positiva da plataforma criada para dar aos indivíduos tão somente a oportunidade de escolher dentre as alternativas possíveis. A liberdade tratada em Matrix, portanto, transcende ser livre da opressão das máquinas tanto para viver em segurança como para exercer livremente o pensamento fora do mundo criado para a plataforma que gera a energia de que se valem as máquinas.

Há situações em que o indivíduo ostenta liberdade para fazer ou não determinada coisa – liberdade negativa – e outras em que se obriga a obedecer – liberdade positiva –, essa obediência, no entanto, é precedida de uma norma que se conforme ao máximo com a sua vontade, como se estivesse obedecendo a si próprio. Nesse sentido, a dificuldade reside em determinar uma vontade coletiva capaz de ensejar decisões dela emanadas como aspiração de cada indivíduo, indo ao encontro do conceito rousseauiano de que “cada um obedecendo a todos [...] não obedeça a ninguém e seja tão livre quanto antes”. (BOBBIO, 1997, p. 69)

Por óbvio que o contrato social encontra mais espaço nas vontades gerais se aproximando mais de democracias do que de um regime opressor ou tirânico – ainda que naquela existam excessos de poder por governantes –, de toda senda, há que se defender que verdadeira liberdade é a negativa, porque que não comporta em seu significado qualquer tipo de constrangimento ou impedimento, apresentando-se muito mais pura e idealmente visada pelos indivíduos, a partir de suas convicções de propriedade, cultura e justiça, que são capazes de se tornar um consenso social, tendo como o limite do seu exercício a não-interferência na esfera individual do outro.

Na defesa do ideal de liberdade que se retira da trilogia é possível encontrar o valor da consciência dos indivíduos, onde:

A objeção de consciência é a recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas, numa pretensão de direito individual em

dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos. A objeção de consciência se caracteriza por um teor de consciência razoável, de pouca publicidade e de nenhuma agitação, objetivando, no máximo, um tratamento alternativo ou alterações na lei. (BUZANELLO, 2001, p. 17)

Ainda que a análise de Buzanello tenha por referência o art. 5º, inc. VIII e o art. 143, §1º da Constituição Federal de 1988, onde o Estado reserva em certa medida a igualdade de direitos com base no respeito às liberdades religiosas, filosóficas e políticas, a essência da objeção de consciência revela a justificativa para deixar de obedecer determinada norma.

A partir do conceito trazido nos filmes, tanto um ser livre das máquinas, como um ser livre para não se obrigar a obediência das ordens emanadas pelo conselho de Zion – quando Morpheus optou por contrariar a opinião da maioria e partir em defesa de suas próprias convicções e a luta de Neo na Matrix para livrar dela a humanidade e não se restringir às alternativas do Arquiteto –, aflora o significado de liberdade. Retiradas ou diminuídas a liberdade e a objeção de consciência, resta vazia a própria existência da humanidade, tanto é assim, que diante da realidade Neo sofreu e demorou um certo tempo para compreender a situação dentro e fora da Matrix.

## **DESOBEDIÊNCIA CIVIL**

Para escrever sobre a desobediência civil é importante saber de sua distinção do direito de resistência, ainda que se traduzam em medidas de buscar justiça quando as leis são injustas. De forma preliminar, é importante reconhecer que estudiosos do tema como Norberto Bobbio, fazem uma abordagem da desobediência civil como espécie do direito de resistência, já Roberto Gargarella, por exemplo, defende que a desobediência civil e a resistência são espécies distintas de manifestação política, para efeitos deste artigo, não serão aprofundados debates neste sentido.

Importa entender que, o direito de resistência é aquele à disposição dos cidadãos em se recusar a obedecer a comandos normativos injustos ou a reprimir – por meio do exercício do poder ou pressão popular – violações cometidas pelo governante, a fim de proteger a ordem jurídica primária, ou o próprio corolário de direitos humanos ou fundamentais que se apresentem fragilizados.

Sobre o tema, Norberto Bobbio, escreve que:

“Juridicamente, o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo como são normas secundárias as que servem para proteger as normas primárias: é um direito secundário que intervém num segundo momento, quando são violados os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança, que são direitos primários. E também é diverso porque o direito de resistência intervém para tutelar outros direitos, mas não pode, por sua vez, ser tutelado, devendo portanto ser exercido com todos os riscos e perigos.” (BOBBIO, 1992, p. 95-96)

A fim de registrar a ideia de Roberto Gargarella a respeito do direito de resistência e da

desobediência civil, cabe trazer o trecho abaixo:

“Por un lado, ambos tipos de acciones registran un carácter público: incluyen en su núcleo comportamientos que son considerados contrários al derecho positivo: y confrontan directamente com algunas normas, políticas o decisiones del gobierno. Sin embargo, por outro lado, y como mínimo, las acciones aqui bajo examen pueden involucrar un grado de reflexión y autoconsciencia mucho menor que El que suele asociarse com la desobediencia civil: y además ellas suelen acompañarse de actos de violencia que resultan alejanos a la desobediencia civil.

Autores como John Rawls – que, en su definición de la desobediencia civil se apoyan em el clásico análisis de H. Bedau – refuerzan aquellas diferencias al sostener que la desobediencia civil es la que ‘arises only within a more less Just democratic state for those citizens Who recognize and accept the legitimacy of the constitution’. Es por este reconocimiento que los que se involucran en acciones de desobediencia civil (u objeción de conciencia) aceptan padecer las penas que el derecho dispone en contra ellos: existe, finalmente, una aceptación de la validez general del derecho, que se cuestiona en algún aspecto específico. Aquí, sin embargo, y conforme hemos dicho, nos encontramos com una situación que se distingue particularmente por una disputa em torno a la validez de las bases mismas de la organización constitucional. Lo mismo ocurre si tomamos como punto de referencia los estudios realizados por Ronald Dworkin al respecto. Para él, quienes se involucran em actos de desobediencia civil ‘accept the fundamental legitimacy of both government and community: they act to acquit rather than challenge their duty as citizens’.” (GARGARELLA, 2007, p. 208-209)

O direito de resistência tem lugar num direito implícito inerente ao cidadão prescindindo a outorga do Estado, sendo verdadeiro direito atípico<sup>4</sup>, ainda nas palavras de Bobbio (1992, p. 96), “nenhum governo pode garantir o direito de resistência que se manifesta precisamente quando o cidadão já não reconhece a autoridade do governo, e o governo, por seu turno, não tem mais nenhuma obrigação para com ele”.

Feitas as breves considerações sobre o direito de resistência, a desobediência civil, ao seu turno, é uma forma de protesto político que se dá de forma pacífica, opondo-se a uma ordem de comportamento injusto ou contra um governo que não respeita, com sua conduta, o bem comum e é, por isso, considerado opressor pelos então desobedientes. A desobediência civil tem em Henry David Thoreau o precursor, embora La Boétie com o Discurso da Servidão Voluntária e muito antes Sófocles com a peça Antígona<sup>5</sup> tenham tratado do tema.

---

4 Os direitos fundamentais atípicos constituem-se, por contraposição aos direitos fundamentais típicos, num dos termos de uma nova classificação de direitos fundamentais, representando uma das suas espécies enquanto considerados em conjunto. Eles designam os direitos fundamentais que são admitidos no ordenamento jurídico-constitucional de um modo não tipológico, isto é, quando se não recorre à especificação dos seus objetos e conteúdos. O critério que alicerça esta nova classificação reside na abstracção ou na pormenorização da respectiva positividade constitucional. A constitucionalização dos direitos fundamentais faz-se normalmente, como se observa em várias experiências constitucionais, através da sua tipificação. Mas casos há em que isso não acontece e então surgem tipos de direitos fundamentais igualmente relevantes sem ser através da sua especificação. (GOUVEIA, 1995, p. 40)

5 De forma resumida, Antígona, Etéocles, Ismênia e Polinice eram filhos de Édipo e Jocasta. Etéocles e Polinice, em uma briga por Tebas, que era o reino de seu pai, acabaram matando um ao outro. Creonte, tio deles, herda o trono e manda sepultar Etéocles, com todas as honras e tradições, deixando o cadáver de Polinice exposto para apodrecer, proibindo qualquer um de lhe enterrar. Diante disso, Antígona tenta convencer o rei a mudar de ideia, sem sucesso, ela rouba o cadáver do irmão e é presa enquanto tentava sepultá-lo com as próprias mãos, tendo como pena ser enterrada viva, diante do descumprimento da ordem de Creonte. Destaca-se como desobediência civil tal atitude, pois Antígona fez o que era certo, mesmo que para isso, tenha desconsiderado a ordem do rei.

Ao longo da história, merecem destaque, Mahatma Gandhi que obteve sucesso ao utilizar a desobediência civil no processo de independência da Índia do domínio britânico, e também Martin Luther King ao utilizar a desobediência civil em sua luta pelos direitos civis e pelo fim da segregação racial nos Estados Unidos.

Norberto Bobbio (1993, p. 335) entende a desobediência civil como “uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim imediato de induzir o legislador a mudá-la”.

Para o autor, a resistência contemporânea se fundamenta na não violência e é ligada à consciência política, que tem uma forma mais coletiva do que individual para ganhar força. (BOBBIO, 1992, p.142-144)

Partindo do pensamento de Thoreau, onde sua ideia de obediência às leis e práticas governamentais reside na avaliação do indivíduo que submete ao Estado, lhe seria o dever – da consciência – a negação da autoridade do governo no caso de revelar-se injusto. Para Thoreau, independentemente daquilo que é manifestação da vontade da maioria – que nem sempre se expressa da melhor forma – a consciência individual de justiça é prevalente, autorizando a desobediência como único comportamento aceitável e como um direito essencial do cidadão face ao Estado, sempre que o governo de alguma forma cometa excessos ou aja em desconformidade com as expectativas geradas nas pessoas, produzindo injustiças e violando princípios morais.

Com isso, Thoreau justificou o não pagamento de impostos que serviram ao financiamento da guerra dos Estados Unidos contra o México, que considerou injusta, pois tinha um objetivo de expansão do território americano em, mais ou menos, um milhão e trezentos mil quilômetros quadrados sobre terras mexicanas – correspondentes aos Estados do Novo México, Utah, Nevada, Arizona, Califórnia, Texas e um pedaço do Colorado – e ainda suspeitava que o outro objetivo da guerra seria o avanço do sistema escravocrata, sob esta conquista territorial. Do trecho de A Desobediência Civil, de Thoreau, é pinçado seu pensamento:

“[...]não se deixe confinar por um pedaço de papel. Uma minoria é indefesa quando se conforma à maioria; não chega nem a ser uma minoria numa situação dessas; mas ela é irresistível quando intervém com todo o seu peso. Se a alternativa ficar entre manter todos os homens justos na prisão ou desistir da guerra e da escravidão, o Estado não hesitará na escolha. Se no ano corrente mil homens não pagassem os seus impostos, isso não seria uma iniciativa tão violenta e sanguinária quanto o próprio pagamento, pois, neste caso o Estado fica incapacitado para cometer violências e para derramar o sangue dos inocentes.” (THOREAU, p. 8)

Seguindo as influências de Thoreau, Mohandas Karamchand Gandhi (o Mahatma) viu na desobediência civil a "a chave do poder, servindo para aprimorar a democracia ao permitir que os indivíduos, as minorias e, mesmo, as majorias oprimidas participassem do processo

político”, se tornando em “tática adequada na defesa dos direitos de cidadania,” aplicável “todos os domínios, político, econômico e social, exprimindo protesto contra os abusos do Estado e da economia capitalista”. (COSTA, 2012, p. 577)

Conforme relata Nelson Nery Costa (2012, p. 578-579), Gandhi se valia da filosofia da não-violência, *ahimsa*, como o único meio para a mudança social ante à violência e arbitrariedade, de modo que enquanto a violência ameaçava os bens e a situação na qual os indivíduos se encontravam, a não-violência garantia a honra e os direitos dos homens. Os movimentos de protestos não-violentos que encampou, as campanhas de não cooperação e os jejuns se revelaram em grandes exemplos de que a desobediência civil podia alterar as estruturas do Estado, tanto é assim, que por isso a resistência pacífica libertou a Índia.

Como mencionado, outro grande exemplo de desobediência civil que alcançou êxito foi o de Martin Luther King, ao liderar o movimento negro de resistência às leis que não lhes concedia direito de cidadania. Por meio de manifestações pacíficas, as autoridades cederam à minoria (cerca de um décimo da população) os direitos civis e políticos que reivindicavam. Do legado escrito por King, são retiradas importantes lições: (i) minorias, por ação de massa, são ideais para se implementar resistências localizadas; (ii) a não violência e a sujeição às sanções é uma boa conduta para aceitação na opinião pública; e (iii) a justificativa para a desobediência voltou a ter um conteúdo moral e não somente político. (COSTA, 2012, p. 687)

Outra abordagem importante da desobediência civil é a feita por Hannah Arendt, que enquanto teórica política, defendeu que:

“Civil disobedience arises when a significant number of citizens have become convinced either that the normal channels of change no longer function, and grievances will not be heard or acted upon, or that, on the contrary, the government is about to change and has embarked upon and persists in modes of action whose legality and constitutionality are open to grave doubt.” (ARENDR, 1972, p. 74)

Hannah Arendt na citada obra, define a desobediência civil como um ato público, coletivo, não violento e distinto de um ato revolucionário – embora o desobediente civil compartilhe com o revolucionário o desejo de “mudar o mundo”, e as mudanças que desejam realizar possam ser drásticas –, sendo a última associação voluntária, geralmente ligada a antigas tradições do país, sob o aspecto da forma de associação. (ARENDR, 1972, p. 76-78)

A partir dessa idealização da desobediência civil é possível encontra-la em algumas cenas dos filmes, principalmente em *Matrix Reloaded*, quando Neo, movido por sua consciência, recusa-se a cooperar com o Arquiteto, notadamente pelo senso de justiça onde, embora mais arriscado, o resultado seria evitar a morte de milhares de cidadãos de Zion, bem como, em razão de seus sentimentos por Trinity, optou em não acatar as alternativas que lhe foram impostas, para salvar uma vida.

Da mesma forma, pode ser encarado como ato de desobediência civil, aquele de não cumprir a ordem do conselho de Zion para, desfalcando a defesa da cidade com duas naves a menos, partir na jornada rumo à Matrix e também à cidade das máquinas. Caracteristicamente, embora os filmes tragam lutas cheias de efeitos especiais, o cunho político da desobediência civil consegue espaço em diálogos, descumprimento de ordens sem violência e também propostas de acordo onde tanto Neo como Morpheus preferem se entregar a morte do que simplesmente acatarem a eventos preestabelecidos tanto pelo governo de Zion como pelas máquinas que controlam a Matrix. Neste sentido, a negação à cooperação tendo por justificativa um resultado – embora arriscado – mas que beneficiasse a todos, ficam demonstrados os atos de desobediência civil.

Não menos importante, em *Matrix Revolutions*, quando Neo vai a Cidade das Máquinas e conversa com Ex-Machina, sua posição é de busca pela paz, onde entre outras propostas, se dispõe a lutar contra o agente Smith, ainda que seja uma forma violenta dentro da Matrix, sua abordagem, contrariando normas tanto de Zion como da relação entre a humanidade e as máquinas se reveste de não violência e consegue um êxito maior no desfazimento do ataque em Zion, do que a própria batalha que era travada na cidade.

Da forma com que se sucedem os fatos na trilogia, analisando o comportamento daqueles que vivem na Matrix, a desobediência civil pode ser encarada como um modo de sobrevivência onde, os então desobedientes, deixam de cumprir as regras e tarefas – se entendidas como previsíveis dentro do programa –, para ainda que não se tenha mais o efeito da ilusão – viver em mundo reflexo da transição do século XX para o século XXI – de estar em um lugar melhor, os indivíduos tenham controle da própria vida, despregados da máquina e passando conviver na redoma de Zion.

Livres das máquinas os seres humanos podem conhecer a si próprios, justificando a inscrição sobre a porta da cozinha do apartamento da oráculo “*Temet Nosce*” – conhece-te a ti mesmo – levando a uma verdadeira reflexão da desobediência civil, principalmente em momentos de crise e de opressão onde o indivíduo é forçado a contrariar aquilo que não lhe pertence a sua natureza e contraria a pureza da justiça, reconhecer, portanto, a ilegitimidade da ordem, seja ela política ou jurídica, que não tem valores primários como bem de tutela ou que não tenha o próprio ser humano como objeto de proteção, tal qual o sistema que privilegia o sustento das máquinas através de falsos prazeres conferidos na Matrix.

## **CONCLUSÃO**

Matrix é uma trilogia intensa e que leva a muitas reflexões, tendo vertentes filosóficas,

religiosas e jurídicas, tal qual foi buscada a tentativa de abordar esta última no presente artigo.

A palavra Matrix, etimologicamente deriva de *mater*, do latim, e faz referência a mãe, por se dizer na linguagem técnica, a matriz, tradução para o português, nas indústrias é o molde utilizado para a fundição de uma peça, na eletrônica é o circuito de codificadores e decodificadores das cores primárias, para produção de imagens e dos sons em discos, fitas e filmes (vinil e magnéticos como VHS e K7) e, na informática, é a rede de guias de entradas e saídas de elementos lógicos.

Os filmes apresentam todos os significados acima para a palavra matrix, onde há uma espécie de útero onde são produzidas vidas humanas, forjadas como que em moldes e a vida virtual é reproduzida por meio de codificadores e decodificadores de vídeo e áudio, transmitida do plano sistêmico para a mente dos indivíduos através das redes de entrada e saída dos elementos lógicos.

Na Matrix o ser humano perdeu para ele mesmo, criou um artefato capaz de substituir a sua própria inteligência e, acima disso, sem erros ou desvios de percurso, por isso as máquinas dominaram o mundo e criaram uma realidade virtual capaz de tornar todos os indivíduos a ela ligados, incapazes de questionar sua falsidade.

Mas assim é o passo da humanidade, sempre criando, inventando e reinventando objetos para ampliar ou até mesmo substituir a força física, de modo de foram surgindo as alavancas, chaves, polias, o martelo, o microscópio, o telescópio, enfim, a Matrix representa o ápice da evolução dos seres humanos, a substituição do cérebro, e, portanto, já não há mais espaço para sua própria existência, a força biológica pela frieza e pela razão sempre acertada da artificialidade.

A partir da total desnecessidade do ser humano, seu papel no mundo se tornou o de um escravo, incapaz de controlar suas próprias percepções entre o real e o irreal, as pessoas viraram um objeto que somente serve para abastecer as máquinas.

A trilogia retrata a importância do ser humano principalmente por proporcionar combates no mundo virtual, onde através do poder da mente, destruindo as aparências e conhecendo a verdade, Neo, Morpheus e os outros tripulantes, lutam com sua inteligência – que é capaz de fugir aos previsíveis resultados – para libertar, não somente a si próprios, mas a todos da tirania exercida pelas máquinas.

Ainda que, como apresentado, as lutas e armas do filme façam alusão à violência, esta existe somente no plano mental, assim como quando os indivíduos conseguem desenvolver um raciocínio que os libertem de qualquer tipo de opressão e passam a discernir a respeito do que é legítimo e justo, encontrando os desígnios da desobediência civil.

Sob esta ótica, trazendo para a realidade a abordagem da desobediência civil, é possível dizer que o exercício do poder político, compreende a relação de aceitação ou rejeição pela coletividade dos comandos que lhes são impostos.

Assim como as relações sociais são marcadas pela presença de poder, tanto para disciplinar como para coagir e, a partir disto, é possível de se extrair a obediência, por meio do exercício do poder político é possível se alcançar os diagnósticos de democracia, justiça, liberdade, igualdade, bom governo e bem-comum. (ALARCÓN, 2014, p. 24-25)

Cabe aos indivíduos discordar de normas que afetam de forma negativa os direitos fundamentais e a sua própria dignidade, o que justifica a desobediência civil, como meio questionador e destituído de um governo e de leis, que por seus resultados são ilegítimos, para restabelecer uma ordem não só garantidora, mas efetivadora daqueles direitos lesados ou ameaçados.

Na cena final de Matrix Revolutions, no diálogo da Oráculo com o Arquiteto é colocada em discussão a paz obtida entre humanos e máquinas, e o que seria feito com os outros – aqueles que não concordam em ficar na Matrix – onde o Arquiteto deu sua palavra de seriam libertados. O objetivo da paz, por ora alcançado, teria duração o tanto quanto fosse possível, segundo a Oráculo, levando a conclusão de que a paz não é perene e diante de sua ameaça os indivíduos podem novamente recorrer à desobediência civil para evitar um dano maior do que o causado pela servidão sem um propósito de bem-estar coletivo e defesa aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, estado e direito público**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ARENDT, Hannah. **Crises of the republic: lying in politics; civil disobedience; on violence; thoughts on politics and revolution**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

BERLIN, Isaiah. **Dos conceptos de libertad. Traducción de Ángel Rivero. Segunda Edición**. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre a humanidade – Uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11 Ed. 12ª Tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. 2ª Ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**,

vol. 1. Coord. Trad. João Ferreira. Brasília: EdUnb, 1993.

BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 9-28, jan. 2001. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15391/13974>>. Acesso em: 13 jan. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15391>.

COSTA, Nelson Nery. **Ciência Política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: El primer derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

GOUVEIA, Jorge B. **Os direitos fundamentais atípicos**. Madrid: Aequitas Ed. Notícias, 1995.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso da servidão voluntária ou o contra um**. Comentários: Claude Lefort. Pierre Clastres e Marilena Chauí. Tradução: Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Fonte: Cultvox. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000019.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2017

# **A GUARDA DOS FILHOS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL HOMOAFETIVA – ANÁLISE DO EPISÓDIO “MAMA TRIED” DE “GREY’S ANATOMY” SOB O ENFOQUE DO DIREITO BRASILEIRO**

Daniely Fernanda Nietto CAMARGO<sup>6</sup>

## **RESUMO**

Não é segredo que a sociedade, dinâmica como é, passa constantemente por mudanças comportamentais que exigem a proteção do Direito. Este, no entanto, acaba por não conseguir acompanhar tal ritmo e se adequar aos ditames modernos. A estagnação normativa acaba refletindo principalmente no Direito de Família, ramo do “Direito Privado” que mais sofreu alterações ao longo dos anos, principalmente no que tange ao conceito de família e a formação de novas estruturas familiares, que devem ser reconhecidas como tal. Como principal exemplo disso, tem-se a formação das famílias homoafetivas, que, apesar de sempre terem existido na história da humanidade, apenas conseguiram maior visibilidade na luta pelos direitos relacionados a sua sexualidade, recentemente. Ademais, com o grande desenvolvimento tecnológico atual, o qual possibilita novas formas de constituição de família, inclusive com filhos, sem a necessidade de que aquela seja formada exclusivamente por um homem e por uma mulher, necessário se faz regulamentar questões essenciais às quais se sujeita qualquer pessoa - independentemente de sua escolha sexual - que se arrisca à vida conjunta com quem compartilha uma relação de afeto, dentre elas, a guarda dos filhos na dissolução da sociedade conjugal. Sua determinação deve ter como base principalmente os laços afetivos, mesmo que em detrimento dos biológicos, o que se reflete principalmente nas dissoluções das uniões homoafetivas, onde inevitavelmente a criança não compartilhará do mesmo DNA de ambos os pais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Família. Homoparentalidade. Dissolução da Sociedade Conjugal. Guarda.

## **ABSTRACT**

It is no secret that society, as dynamic as it is, constantly goes through behavior changes that demand the protection of the Law, which, however, is not able to follow its rhythm and to adapt to the modern dictates. The normative stagnation mainly reflects in Family Law, the branch of Private Law that has suffered the most changes over the years, especially in the concept of family and the formation of its structures, which must be recognized by law. As a main example, there is the formation of homoaffective families, that, although they have always existed in the history of humanity, they have only gained greater visibility in the struggle for the rights related to their sexuality, recently. In addition, with the current great technological development, that makes possible new ways to form a family with children, without the need to be formed by a man and a woman, it is necessary to regulate essential issues that anyone who chooses to live with that one person with whom he or she shares a relationship of affection submit yourself, among them, the custody of the children in the divorce. Its definition must be based mainly on the affective bonds, even that in detriment of the biological ones, which reflects mainly in the dissolutions of homosexual couples, since in these cases, inevitably the child will not share the same DNA of both parents.

**KEY WORDS:** Family Law. Homoparentality. Dissolution of the Conjugal Society. Custody.

<sup>6</sup> Acadêmica do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – Campus Jacarezinho/PR

## **INTRODUÇÃO**

O episódio em análise trata da sessão de julgamento para definição da guarda da filha em comum, após a dissolução da união homoafetiva na qual a mesma foi criada. Ocorre que a mãe biológica da criança pretende se mudar, após iniciar novo relacionamento, e levar a criança consigo, enquanto sua outra mãe luta pelos direitos de sua custódia, à medida que, mesmo não compartilhando com a criança em questão o mesmo DNA, trata-a como sua verdadeira filha, tendo efetivamente assumido o papel de mãe dentro da unidade familiar. A história se inicia com a narrativa do conhecido conto bíblico do Rei Salomão, no qual este, ao decidir um conflito onde duas mulheres se diziam mães de uma mesma criança, teria sugerido que esta fosse repartida entre as duas litigantes, momento no qual a verdadeira mãe teria, então, aberto mão do filho para mantê-lo vivo e em segurança. Traz, ao final, o questionamento de como solucionar o mesmo problema quando, na verdade, as duas são as verdadeiras mães de uma criança, mesmo que uma mantenha com o menor laços biológicos, e a outra, apenas laços afetivos.

A problemática do presente trabalho se resume à importância do afeto no Direito de Família, principalmente para a resolução dos conflitos que envolvam situações um tanto quanto emblemáticas, ainda consideradas como tabu pela sociedade e sem regulamentação expressa pela legislação, como é o caso das uniões homoafetivas, à medida que o Direito não consegue acompanhar a dinamicidade da sociedade moderna, principalmente no que tange ao direito familiar, direito este permeado por embates que dizem respeito ao afeto, aos sentimentos e à felicidade de seus membros.

### **1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA**

Detonar o gatilho que abre as portas para discussões acerca da evolução do conceito de Família na modernidade não é tarefa fácil, principalmente em uma sociedade moldada à luz dos dogmas da Igreja Católica e de uma visão patrimonialista do Direito e da própria entidade familiar.

Historicamente, sabe-se que a família sempre foi baseada numa composição previamente definida, que girava ao redor do homem e da sujeição a este de sua mulher e filhos: a chamada família patriarcal. Ademais, até o século XX, prevaleceu na sociedade brasileira a ideia de família constituída exclusivamente pelo casamento, fosse este religioso ou civil. Segundo Maria Berenice Dias (2015, p. 29 e 30), o Direito Brasileiro tinha a família somente como parte do dever cívico de procriação, pautada ainda na soberania do pater-famílias, sendo que os demais membros representavam apenas força de trabalho: o matrimônio era visto

exclusivamente como forma de organizar os vínculos pessoais afetivos, e conseqüentemente os patrimoniais.

No entanto, no decorrer do mesmo período, a sociedade, não somente no Brasil, mas no mundo, passou – e ainda vem passando - por constantes modificações que tiveram conseqüências nos modelos de família, ao fazer eclodir núcleos familiares não mais baseados exclusivamente na figura patriarcal ou no casamento, e que exigiam seu devido reconhecimento e proteção como tal, já que a própria definição do conceito de família está intimamente ligada às bases socioeconômicas e culturais de um determinado grupo social: abandonou-se a ideia tradicionalista de família legitimada apenas pelo matrimônio, e passou-se a privilegiar também a heterogeneidade de arranjos familiares, baseados cada qual em um tipo de afetividade capaz de suprir suas expectativas:

Como a Lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma **construção cultural**. [...] (DIAS, 2015, p. 29).

Foi, no entanto, somente a partir da Carta Magna de 1988, chamada de Constituição Cidadã pelo então deputado Ulysses Guimarães, que surgiram efetivas e significativas mudanças para todo o ordenamento jurídico brasileiro, à medida que o texto legal passou a dar mais ênfase à garantia de alguns Direitos Fundamentais e criou uma série de novos Direitos Sociais. Diferente não foi com o Direito de Família, que passou a ser estruturado exclusivamente pelos valores da dignidade da pessoa humana: foi somente a partir da promulgação da Carta Política de 1988 que a ideologia de família patriarcal começou a ser desconstituída no plano concreto, sendo reconhecidos também como família os núcleos formados pela união de um homem e uma mulher, sem o casamento – a chamada união estável – bem como os formados por apenas um dos pais e seus filhos – as famílias monoparentais. Outro passo importante dado no mesmo ano foi o reconhecimento jurídico da igualdade entre homens e mulheres, bem como dos direitos relacionados à filiação. Assim preconiza o artigo 226, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Não obstante as importantes reestruturações do Direito como um todo - principalmente do Direito de Família - que se fizeram necessárias ao longo dos anos, a fim de adequar-se à dinamicidade da sociedade moderna, é certo que o Código Civil brasileiro de 2002 já entrou em vigor com uma certa defasagem, à medida que sua tramitação legislativa prolongou-se muito no tempo, demorando cerca de 26 anos para ser aprovado, período em que a estrutura social da família brasileira já havia sofrido significativas e inevitáveis mudanças.

Apesar de ficar claro, pelos moldes do atual Código Civil, que o Direito de Família é o “[...] ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda” (TARTUCE, 2016, p. 1182), deve-se acrescentar a esse rol a averiguação das novas manifestações familiares ou relações interpessoais nascidas a partir de um vínculo afetivo.

Daí a possibilidade de se conceituar, modernamente, a família como: “[...] o núcleo formado por pessoas que vivem em comunhão em razão do mútuo afeto”. (DONIZZETTI; QUINTELLA, 2016, p. 925).

É importante salientar, no entanto, que não se trata de qualquer afeto, mas um afeto especial, pautado em uma relação de coabitação estável, com um projeto de vida comum, resultando, ocasionalmente, em efeitos patrimoniais como a solidariedade e interdependência econômica. Superou-se a ideia de que a família teria como base fundamental de formação a questão puramente patrimonial, para considerá-la como a instituição responsável pelo desenvolvimento físico, psíquico e moral, bem como pela dignidade e realização de seus membros. Assim, a família passou de uma entidade cujos desígnios se baseavam exclusivamente em aspectos religiosos, econômicos e políticos para uma instituição cujos objetivos estão intimamente relacionados à formação da personalidade de seus membros (QUEIROZ, 2008, p. 194).

Seguindo o ritmo de constantes evoluções, foi editada, em 03 de agosto de 2009, a Lei 12.010, chamada Nova Lei da Adoção, que abarca os novos núcleos familiares, ao trazer, por exemplo, a possibilidade de uma pessoa solteira ou divorciada adotar sozinha. Assim também ocorreu com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), ao dar enfoque à família natural, à extensa e à substituta, compreendendo estruturas familiares além daquelas trazidas pela Constituição.

Assim, apesar de a Carta Magna somente se referir expressamente à família constituída pelo casamento, por união estável e pela monoparentalidade (art. 226, §§ 3º e 4º, CF/88), em

razão da aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e de seu escopo principal de garantir o desenvolvimento da personalidade daqueles que compõe tal entidade, deve-se dar o devido reconhecimento necessário à pluralidade das formas de família que inevitavelmente passaram a compor a sociedade moderna, não podendo olvidar-se do grande valor social e jurídico que deve ser atribuído à família no desenvolvimento da própria coletividade e do Estado, justificando assim sua especial proteção. Assim preconiza Rolf Madaleno (2015, p. 7):

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.

Não se deve, portanto, tonar impermeável o rol de espécies de núcleos familiares elencados na Constituição Federal, no Código Civil e também no Estatuto da Criança e do Adolescente como sendo os únicos merecedores da proteção legal, pois, apesar de a compatibilidade sanguínea, a genética, o afeto e os objetivos comuns serem extremamente importantes na constituição da mesma, estes não espelham todos os tipos de células familiares existentes, e que igualmente merecem proteção estatal.

## **2. RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES**

A família homoafetiva é a “[...] formada por pessoas do mesmo sexo, unidas por um vínculo conjugal.” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2016, p. 929).

Apesar de ter percorrido longo caminho através da história antes do seu reconhecimento como entidade familiar legítima, e de ainda ser vítima de uma série de preconceitos relacionadas à homoafetividade, nos julgamentos históricos da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, apesar de a Constituição Federal fazer referência expressa apenas à união estável entre homens e mulheres, pela aplicação do instituto da Mutação Constitucional, o núcleo familiar formado por pessoas do mesmo sexo deve receber a mesma proteção e tratamento legal que hoje é conferida à entidade formada por pessoas de gêneros diferentes, desde que preenchidos os requisitos para o reconhecimento da união estável.

Ademais, posteriormente, o STF também reconheceu a legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, no julgamento do REsp 1183378/RS, através da aplicação dos princípios basilares da dignidade da pessoa humana e da vedação a qualquer tipo de discriminação. A união estável de casais homoafetivos, que antes era reconhecida como espécie de sociedade de fato, apenas no âmbito patrimonial, passou então a ser vista como família.

Isso somente foi possível no território jurídico graças à revolução legislativa proporcionada pela Constituição de 1988, a qual, dentre outras inovações, equiparou os diretos

dos homens e das mulheres, extinguiu a anterior diferenciação que se fazia entre os filhos através dos vínculos que mantinham com seus pais, e alargou o conceito de família e, conseqüentemente, de parentalidade (DIAS, 2008, p. 170).

Sabe-se que a Constituição brasileira tem como fundamento maior o respeito à dignidade da pessoa humana. Inerentes a esta norma estão os princípios da igualdade e da liberdade, os quais garantem proteção a todos e vedam todo e qualquer tipo de discriminação. Tais preceitos, fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito, são essenciais para que se continue o processo de busca pela transformação de todas as relações jurídicas, principalmente no que tange aos direitos relacionados à sexualidade, inerentes à condição humana e intimamente ligados à proteção de sua dignidade.

## **2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família**

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é princípio basilar do Estado Democrático de Direito, conforme preconiza o próprio artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. A constitucionalização de tal princípio acarretou, nas palavras de Maria Berenice Dias, “a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.” (2015, p. 45).

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente atrelado às bases de sustentação de qualquer ordenamento jurídico moderno, e conseqüentemente da ordem constitucional e do Estado de Direito. Tal princípio passou a informar toda e qualquer relação jurídica, pois é imprescindível que a proteção à pessoa se sobreponha à proteção de qualquer outro valor. Dela irradiam ainda valores imprescindíveis do Direito, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, entre outros. Aplicada ao Direito de Família, a dignidade significa um respeito à liberdade, à autonomia de seus membros e conseqüente igualdade dos diversos tipos de entidades familiares, entidades estas que possuem a intimidade e o afeto como principais fundamentos. (PEREIRA, 2006, p. 94 a 106).

A dignidade da pessoa humana ganha mais destaque dentro do Direito Familiar, à medida que proporciona uma supervalorização da personalidade, o que se reflete na evidente busca pela felicidade e pela realização dos indivíduos que compõe a entidade familiar, independentemente do tipo de estrutura escolhida ou da opção sexual de seus membros. Tal princípio, portanto, é o ponto de partida para a resolução dos diversos conflitos que surgem com o advento das novas tendências familiares dentro deste ramo tão complexo do direito civil.

## **2.2 Princípios da Liberdade e da Igualdade**

A liberdade está intimamente ligada ao princípio da igualdade, princípio este que foi enfaticamente tratado pela Constituição, quando, em seu artigo 5º, caput, previu que “todos são iguais perante a lei”, e em seus artigos 5º, inciso I, 226, §5º e 227, §6º, ratificou a questão, prevendo que homens e mulheres são iguais perante a lei, inclusive no que tange aos deveres e obrigações inerentes à sociedade conjugal e ao exercício do planejamento familiar, que deve ser livre da intervenção de terceiros, devendo o Estado apenas garantir os meios para tanto. Tratou também da igualdade da filiação, ao abolir a antiga discriminação existente entre os filhos havidos ou não fora do casamento, e aqueles que possuem vínculo biológico ou não (artigo 227, §6º). Ademais, o Código Civil de 2002, pautando-se na norma maior, consagrou também tais princípios no âmbito do direito de família, à medida que previu a solidariedade entre os membros de tal entidade, com direitos e deveres recíprocos, exercidos em mútua colaboração. (DIAS, 2015, p. 46 e 47).

Para Rodrigo da Cunha Pereira:

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, conseqüentemente não há justiça. (2006, p. 140).

A Constituição Federal de 1988, portanto, novamente se mostrou precursora na disseminação de um novo conceito de liberdade, relacionado à realização pessoal, e na diminuição das desigualdades e discriminações, principalmente no que se refere ao Direito Familiar. Foi a grande responsável pelo declínio da discriminação entre homens e mulheres, inclusive no que tange ao exercício do poder familiar; pela previsão da liberdade de constituição de união estável, seja ela hétero ou homossexual; e da formação e dissolução da sociedade conjugal, instituída ou não pelo casamento, preconizando, portanto, que todos têm direito de escolher o seu companheiro, independentemente de sua preferência sexual, bem como o tipo de formação e estrutura de sua família, recebendo, qualquer que seja sua escolha, a devida proteção estatal.

### **2.3 Princípio da Diversidade Familiar ou da Pluralidade de Formas de Família**

Em 1988, com a promulgação da nova Carta Constitucional, houve uma fundamental mudança na paradigmática relativa ao direito família, à medida que o núcleo familiar institucionalizado pelo casamento e formado exclusivamente pela união de um homem e de uma mulher deixou de ser o único aceito como legítimo pelo Estado brasileiro. A Carta Magna instituiu ainda princípios norteadores do direito como um todo, que, quando aplicados ao Direito Familiar, permitem um alargamento no conceito de Família, abrangendo suas mais variadas estruturas (PEREIRA, 2006, p. 165).

Para alguns autores, a enumeração do artigo 226, §§3º e 4º da Constituição Federal é meramente exemplificativa (DIAS, 2008, p. 170). A Constituição passou a considerar expressamente a união estável e as famílias monoparentais como núcleos familiares, abrindo espaço, a partir daí, para a legitimação de outras estruturas familiares que não as elencadas expressamente no texto normativo, como é o caso das uniões homoafetivas, posteriormente reconhecidas pelo STF e STJ, das pluriparentais, dentre muitas outras, cujo principal vínculo não se trata exclusivamente do elemento biológico, mas sim de fatores psíquicos e do afeto existente entre seus integrantes.

### **3. DA GUARDA NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Sabe-se que o casamento e a união estável trazem em seu bojo alguns direitos e obrigações que se aplicam a ambos os cônjuges. Dentre tais obrigações tem destaque o inciso IV do artigo 1.566 do Código Civil de 2002, qual seja, o sustento, a guarda e a educação dos filhos.

O poder familiar deve, portanto, ser exercido por ambos os genitores em pé de igualdade, independentemente do rompimento dos vínculos conjugais ou da inexistência de afeto entre os cônjuges, conforme artigo 1.631 do Código Civil: tais eventos em nada podem afetar os direitos e deveres inerentes à paternidade, e conseqüentemente, à proteção dos filhos.

Ao dissolver-se a sociedade conjugal, no entanto, uma vez que haja filhos, necessária se faz a compreensão de que o vínculo da paternidade que os une não se extingue, e, ainda que a guarda seja atribuída a apenas um dos genitores, estes terão sempre de manter uma boa relação a fim de que possam decidir da melhor maneira questões que envolvam o desenvolvimento físico, mental e o bem-estar de sua prole, já que “[...] o exercício do **poder familiar** em nada é afetado. O estado de família é indisponível.” (DIAS, 2015, p. 521).

A necessidade de regulamentação da guarda e do direito de visitas se dá principalmente pela importância de se “retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores.” (DIAS, 2015, p. 520)

Inclusive, o próprio capítulo do Código Civil de 2002 que trata acerca da guarda traz um título bastante sugestivo, qual seja “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, o que enfatiza a importância do estudo de tal instituto.

Ademais, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), crianças e adolescentes passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, cujas garantias fundamentais devem ser priorizadas e respeitadas pelos pais, pela sociedade e pelo Poder

Público.

O ordenamento jurídico brasileiro traz em seu bojo dois tipos de guarda: a unilateral e a compartilhada. O artigo 1.583, § 1º do Código Civil de 2002 define a guarda unilateral como sendo “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua” e a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A partir da vigência da Lei 13.058/2014, a qual regulamentou o exercício da guarda compartilhada, esta tornou-se a regra dentro dos litígios familiares pois, se possível sua aplicação, pode ser a mais benéfica não só aos filhos, mas também aos próprios genitores, ao proporcionar o convívio familiar a que todos os seus membros têm direito, conforme artigo 1.632, CC/2002. (DIAS, 2015, p. 464). A guarda compartilhada determina que ambos os genitores terão as mesmas responsabilidades no que concerne ao desenvolvimento e cuidados de seus filhos, à medida que se confere igualmente a aqueles o exercício dos deveres inerentes à autoridade parental e ao dever de guarda propriamente dito.

No entanto, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 285), bem lembra que tal modelo, apesar de muito recomendado por buscar um comprometimento de ambos os genitores no cuidado da prole que adveio de sua união, não deve ser aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer situação, mas somente quando for viável para todos os membros da família, principalmente para os filhos. São nesses casos que cabe seu incentivo por proporcionar uma maior convivência diária da criança e do adolescente com seus pais. Já Maria Berenice Dias afirma que a medida poderia ser considerada uma interferência demasiada do Estado no ente familiar, o que acabaria gerando mais prejuízos ao infante, cuja opinião e vontade geralmente não são levadas em consideração, e que acabaria recebendo “orientações de dois lares diferentes, muitas vezes com valores e princípios antagônicos” (2015, p. 528).

Ainda, nos termos do artigo 1.538, §§ 2º e 3º da lei civil, na guarda compartilhada, deve-se estipular um referencial de moradia à criança ou ao adolescente, de modo a atender prioritariamente seus interesses e proporcionar um tempo equilibrado de convivência com ambos os pais, e, caso estes residam em cidades diferentes, tal referencial deverá ser aquele que melhor atenda às necessidades do infante. Difere da chamada guarda alternada, em que se dividem os períodos predeterminados em que os filhos passarão, exclusivamente, com cada genitor.

A guarda compartilhada pode ser estabelecida tanto por consenso entre as partes, quanto por determinação judicial (artigo 1.584, CC/2002), se, estando os pais em desacordo, o magistrado verificar no caso concreto a possibilidade e aptidão de ambos os genitores de

exercerem conjuntamente tal função, quando não for o caso de expressa manifestação no sentido de não desejarem permanecer com a guarda, quando então haverá a aplicação da guarda unilateral.

Maria Berenice Dias preconiza que “[...] o compartilhamento da guarda deixa de depender da convivência harmônica dos pais. As situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda.” (2015, p. 529).

É sabido, no entanto, que, na prática jurídica, o que ainda predomina é a concessão da guarda unilateral, visto que em procedimentos que impliquem a separação ou divórcio de casais, em razão do grande e inevitável envolvimento sentimental no litígio, dificilmente poder-se-á deferir ou impor o compartilhamento da guarda quando não há um consenso ou um bom relacionamento entre os ex-companheiros.

A guarda unilateral, por sua vez, será concedida a quem detenha as melhores condições de cuidar do filho, levando em conta sempre os interesses do menor, e cuidando de fatores como saúde, educação, lazer, cultura, afinidade e afetividade, dentre outros. Tal instituto proporciona que o genitor que não detenha a guarda exerça seu direito de visitas, bem como de supervisão da forma de gerenciamento dos interesses de seus filhos, inclusive solicitando prestações de contas por parte do guardião, quando necessário, demonstrando que o dever de cuidado permanece mesmo para aquele que não detenha o menor sob sua supervisão direta. (GONÇALVES, 2017, p. 283 e 284).

Importante salientar ainda que, nos termos do artigo 1.584, §3º, do CC/2002, o juiz pode utilizar-se de parecer de equipe técnico-multidisciplinar para a concessão de qualquer que seja o tipo de guarda, bem como para a orientação da melhor maneira de se proporcionar uma convivência equilibrada e saudável entre pais e filhos, em cada caso.

No entanto, é possível também que nenhum dos genitores deseje ou tenha possibilidade de exercer a guarda de seus filhos, o que ensejará a concessão do referido dever de cuidado a terceiro que revele possuir melhores condições nesse sentido, levando-se em consideração, preferencialmente, “o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”, conforme prevê o artigo 1.584, §5º da legislação civil.

Corolários aos novos paradigmas da guarda no Direito Brasileiro são os Princípios da Prioridade Absoluta da Criança e do Adolescente e da Afetividade. Para Rodrigo da Cunha Pereira, imprescindível se faz a aplicação do princípio do melhor interesse do menor, principalmente nos litígios familiares referentes à dissolução da sociedade conjugal, onde a guarda, os alimentos e o direito de visitas são discutidos, qualquer que seja a estrutura escolhida para a formação do núcleo familiar: ao invés de considerar a criança e o adolescente como

objetos de disputa, deve-se priorizar o seu bem-estar, visto que se encontram na condição especial de pessoa em desenvolvimento, tanto físico quanto moral.

Portanto, tais princípios, os quais tem como base a prioridade ao atendimento dos interesses da infância e juventude e a realização de cuidados especiais às crianças e adolescentes que fazem parte daquela relação familiar, devem ser utilizados como base para qualquer decisão judicial que envolva seus direitos.

### **3.1 Princípio da Proteção da Prole ou do Melhor Interesse do Menor**

O princípio do melhor interesse do menor está intimamente ligado à despatrimonialização do Direito de Família, bem como à valoração do princípio da afetividade. Ao dar-se preferência à proteção do indivíduo que compõe o núcleo familiar, a criança e o adolescente, por estarem na condição de pessoa em desenvolvimento, e conseqüentemente em fase de formação de sua personalidade, são vistos como os mais frágeis da relação familiar e recebem mais atenção do legislador. Por isso, tal princípio liga-se diretamente à Doutrina da Proteção Integral, prevista no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e ao princípio da paternidade responsável.

No entanto, a determinação do real conteúdo de tal princípio, sendo este por demasiado genérico, mostra-se possível apenas na análise de cada caso concreto, onde poder-se-á aferir o que se mostra melhor ao desenvolvimento físico e psíquico do menor. Assim:

O que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Estes, além de detentores dos direitos fundamentais “gerais” – isto é, os mesmos a que os adultos fazem jus -, têm direitos fundamentais especiais, os quais lhes são especialmente dirigidos. Garantir tais direitos significa atender ao interesse dos menores. (PEREIRA, 2006, p. 129).

Ademais, além da proteção constitucional garantida a aqueles que ainda não atingiram a maioridade, outros institutos também foram criados com a mesma função, como por exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 99.710 de 1990.

O princípio do melhor interesse do menor será o responsável por embasar qualquer decisão judicial que envolva os direitos da criança e do adolescente, inclusive e principalmente nos litígios familiares nos quais se discute o fim da relação conjugal, a guarda, alimentos e direito de visitas, onde amor e ódio andam lado a lado e os filhos frequentemente acabam sendo usados como escudo ou como objeto de disputa entre os pais. Por isso a necessidade de priorização na proteção dos direitos da infância e juventude e na imposição de deveres e obrigações aos pais e responsáveis a fim de salvaguardar o bom desenvolvimento e a segurança, física e psíquica, dos menores de idade que fazem parte da unidade familiar.

### 3.2 Princípio da Afetividade

Não é segredo que até pouco tempo a família se resumia basicamente a um núcleo econômico, o qual girava em torno do chamado *pater familias* e do respectivo patrimônio familiar. Com o passar do tempo, a mulher ganhou cada vez mais espaço dentro sociedade moderna, o que repercutiu também na forma de estruturação familiar, que passou a ter como elemento principal uma relação de afeição especial, ou seja, “um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental” (PEREIRA, 2006, p. 180).

O afeto está intimamente relacionado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois com o advento deste, o qual passou a regular e basear todas as relações interpessoais, não só no mundo jurídico, mas também no mundo dos fatos, passou-se a privilegiar a proteção à pessoa em si, e não mais ao seu patrimônio, como se fazia outrora. O mesmo ocorreu com o Direito de Família, à medida que este passou a se preocupar com cada membro do núcleo familiar separadamente. Um reflexo importante de tal mudança foi a facilitação da dissolução da sociedade conjugal, ou do divórcio, a partir da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, a qual deu nova redação ao artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, não remanescendo, pois, requisitos, prazos ou outras cautelas legais a serem observadas no âmbito do direito material para a concessão do divórcio, direito potestativo dos cônjuges, que deve ser decretado tão somente diante da regular manifestação de vontade do casal, independentemente do transcurso de qualquer prazo ou outra formalidade. O mesmo pode-se dizer do tratamento igualitário que todos os filhos passaram a receber, independentemente de sua origem.

Passou-se, portanto, a valorizar os vínculos afetivos, muitas vezes, até mesmo em detrimento dos biológicos. É o que ocorre, por exemplo, com o reconhecimento tão recente da chamada paternidade socioafetiva, ou da chamada posse do estado de filho. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “[...] o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e do desvelo dedicados ao filho. (2006, p. 184).”.

É possível concluir-se que o Princípio da Afetividade tem relação direta com a busca pela felicidade dos membros da família, havendo inclusive a necessidade de uma certa intervenção estatal nesse aspecto, de modo a proporcionar a cada integrante de tal estrutura meios para que possam alcançar seus objetivos e aspirações, desde que legítimos. (DIAS, 2015, p. 52). No entanto, apesar do atual reconhecimento jurídico do afeto e de sua imprescindibilidade na formação da família, é necessário também que esta esteja vinculada à uma estruturação psíquica, onde cada membro tenha plena consciência de sua função dentro da

entidade, o que gera como consequência um outro requisito essencial ao núcleo familiar, independentemente de qualquer novo perfil que ele adquira: a sua estabilidade.

#### **4. DA CONCESSÃO DA GUARDA DOS FILHOS NA DISSOLUÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS**

É sabido que na dissolução da sociedade conjugal, qualquer que seja o tipo de estrutura familiar escolhida, na falta de consenso entre os pais acerca da guarda dos filhos, “[...] deve-se optar por aquele que ofereça melhores condições de vida e educação para o menor. Sempre que possível, atender-se-á a vontade manifestada pelo próprio menor, quanto à sua conveniência”. (GONÇALVES, 2017, p. 282). E apesar de toda a normatização trazida pelo Código Civil quanto à determinação e concessão de referida guarda, a própria legislação civil permite que o juiz decida de maneira diferente da forma estabelecida em lei, desde que comprovada a existências de “motivos graves” que autorizem a tal regulamentação diversa, conforme preconiza o artigo 1.586 do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 alargou o conceito entidade familiar, e a sociedade moderna, dinâmica como é, tem se moldado às novas tendências trazidas pelo grande desenvolvimento tecnológico ocorrido nos últimos tempos, o qual influenciou, inclusive, nas novas formas de constituição de família, ao criar, por exemplo, meios diversos de concepção, que não dependam do ato sexual. Assim, o vínculo de filiação deixou de ser determinado exclusivamente em razão dos liames biológicos, para o ser também pelos vínculos afetivos. Para Maria Berenice Dias, juntamente com a família, foi ampliado o conceito de paternidade, o qual passou a abranger o chamado parentesco psicológico, derivado do “estado de filiação”, cujas bases se perfilham com mais afinco à afetividade e afinidade do que aos laços sanguíneos, e que confere aos pais todas as responsabilidades inerentes ao exercício do poder familiar. A renomada doutrinadora exalta a importância e define, ainda, a chamada “posse do estado de filho” como sendo a situação jurídica vinculada à filiação que não reflete a verdade real ou a certeza científica da relação, mas que surge, não com o nascimento, mas da vontade das partes, baseada numa afeição que passa, portanto, a ter valor jurídico, apesar de não ser expressamente contemplada pelo ordenamento brasileiro. (2015, p. 389 e 405).

Apesar de ainda ser considerado um tabu na sociedade moderna, não é segredo que a união homoafetiva conquistou o direito de ser reconhecida como entidade familiar, inclusive com a possibilidade de geração e criação de filhos. Tanto é que, conforme lembra Maria Berenice Dias (2015, p. 273), o Conselho Federal de Medicina autoriza a utilização de técnicas de reprodução assistidas independentemente da opção sexual dos interessados.

Percebe-se, portanto, que o estabelecimento do vínculo parental, independentemente se jurídico, biológico, ou exclusivamente socioafetivo, deve ser pautado nos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da doutrina da proteção integral, à medida que o estado de filiação pode surgir tanto do próprio nascimento no seio da família biológica, como também da adoção, do reconhecimento posterior da paternidade, dentre outros meios, sem que necessariamente haja qualquer vínculo consanguíneo entre as partes, conforme preconiza o próprio artigo 1.593 do Código Civil, ao afirmar que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”. Assim,

O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se **menor**, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana [...]. (DIAS, 2015, p. 407).

Portanto, em que pese a determinação legal de prioridade no deferimento da guarda compartilhada, “o critério definidor da guarda é unicamente o bem-estar da criança ou do adolescente [...]” (PEREIRA, 2006, p. 134), permitindo que o filho possa conviver o máximo possível com ambos os pais, desde que isso seja plausível. Inclusive, tal convivência deve ser possível independentemente do tipo de vínculo existente entre os pais e seus filhos, seja ele biológico ou afetivo, uma vez que o laço biológico, por si só, deixou há muito de ser o único considerado em decisões relacionadas à paternidade. E ainda, ao reconhecer-se que pai (ou mãe) é aquele que ocupa tal função dentro da entidade familiar, deve-se reconhecer também a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva, qualquer que seja a estrutura familiar adotada: seja ela uma família formada pelo enlace matrimonial entre um homem e uma mulher, uma família monoparental, ou uma família formada por um casal homoafetivo.

Rodrigo da Cunha Pereira traz em sua obra “Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família”, justamente dentro do tema “O Princípio do melhor interesse da criança/adolescente”, o conhecido caso da discussão judicial quanto à guarda do filho da cantora Cássia Eller, Francisco Ribeiro Eller, após o falecimento da mesma. Ocorre que a cantora brasileira vivia uma relação homoafetiva na época de seu falecimento, o que acabou originando a disputa entre sua companheira e o avô paterno de Francisco pela guarda do menor, visto que seu pai biológico também já era falecido. O mencionado autor termina a narrativa citando a decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, que deferiu provisoriamente a guarda do infante à antiga companheira de sua mãe, e após ouvir primeiramente a criança, e em seguida as partes e testemunhas, homologou acordo no qual ficou estabelecido que a ex-companheira de Cássia seria a tutora de Francisco (PEREIRA, 2006, p. 135 e 136).

Assim,

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. As relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe, e a negativa de reconhecimento da paternidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais, como o respeito à dignidade, à igualdade, à identidade. (DIAS, 2008, p. 185).

Portanto, já que o afeto e a busca pela felicidade passaram a ser os elementos definidores da família moderna, e ainda, diante da grande variedade de novos métodos de fecundação e concepção em decorrência dos avanços da manipulação genética, quando confrontam-se a verdade dos fatos e a verdade biológica, deve-se tomar como base para a resolução do conflito a aplicação daquilo que se mostra como o melhor aos interesses do menor, sopesando as posições assumidas por cada membro dentro da entidade familiar, ou seja, verificando quem a criança ou o adolescente considera como pai ou mãe, baseando-se em vínculos de carinho e afeto que se sobrepõem aos vínculos meramente biológicos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O caso fictício em comento termina com a concessão da guarda definitiva da criança não à mãe biológica, mas sim à sua antiga companheira, que mantinha com a filha um parentesco meramente civil, baseados nos laços afetivos.

Apesar de ainda ser considerada um tabu na sociedade moderna, não é segredo que a união homoafetiva conquistou o direito de ser reconhecida como entidade familiar, inclusive com a possibilidade da geração e criação de filhos.

É inquestionável, ainda, a ideia de que o direito de constituir família e ter filhos - sejam estes de parentesco natural ou civil – existe e deve ser respeitado, sem que a homoafetividade seja tida como empecilho para seu exercício. Esse direito, no entanto, não deve ter como fundamento única e exclusivamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, mas sim estes corroborados com o princípio do melhor interesse do menor, que, sem sombra de dúvidas, constitui a parte mais frágil da relação familiar.

Na dissolução da sociedade conjugal homoafetiva, ao surgir-se a dúvida quanto ao exercício da paternidade e da guarda dos filhos em comum, importante ao julgador levar em consideração a crescente “desbiologização” da paternidade, com o conseqüente privilégio da socioafetividade e a caracterização do afeto como valor jurídico, valor este que será fundamental à resolução das lides semelhantes que venham a surgir, à medida que a convivência gera um vínculo de afetividade e afinidade entre aqueles que, por mais que não estejam ligados entre si por laços sanguíneos, ocupam os lugares de pais e filhos e exercem tais funções dentro

do núcleo familiar.

Em casos emblemáticos e que tendem a se tornar cada vez mais comuns no cotidiano jurídico, é necessário que se verifiquem no estabelecimento da guarda, com o auxílio da psicanálise e da multidisciplinariedade, três elementos fundamentais: o afetivo, o social e o territorial, ou seja: a força dos vínculos afetivos existentes entre a criança ou o adolescente e aqueles que reclamam sua guarda, de que maneira se dão os relacionamentos interpessoais dos filhos, o âmbito e a realidade social em que costumam viver, o grau de desenvolvimento do menor, bem como sua saúde física e psíquica, suas preferências, e a manutenção da rotina que melhor se adequa àquela família, rotina esta que, inclusive, deve ser estabelecida em prol do melhor desenvolvimento do infante, e não de acordo com a comodidade dos pais ou daqueles que pleiteiam a guarda, a fim de que efetivamente se consiga zelar pelo melhor interesse do menor, mesmo que isso signifique deixar os vínculos biológicos e a ordem legal preferencial da guarda em segundo plano.

Parecem acertadas ambas as decisões proferidas e narradas ao longo da exposição, à medida que, mesmo provenientes de Estados Democráticos diversos, com fundamentos legislativos e procedimentos jurídicos diferentes e independentes entre si, tiveram única e exclusivamente o condão de preservar a integridade física e moral da criança cuja guarda era disputada, evidenciando que, em casos como estes, não há propriamente um objeto ou um direito, em sua forma mais pura, em litígio; não há lados que devem ser tomados, e nem vencedores ao final do pronunciamento judicial, já que sempre e indubitavelmente o que se deve buscar é a felicidade dos membros da família, que é primordial quando se trata do bom desenvolvimento dos filhos e da entidade familiar como um todo, entidade esta que constitui a base da sociedade moderna e que tem a especial proteção do Estado justamente para que possa atingir a função social que lhe é atribuída pela própria Constituição Federal.

Portanto, diante das novas e constantes transformações sociais que a família vem sofrendo, os vínculos parentais não devem se originar exclusivamente na realidade genética ou na realidade jurídica, mas sim na chamada posse do estado de filho, ou seja, na relação afetiva e duradoura que se perfaz entre o menor e aquele que **escolheu** a paternidade, cumprindo todas as obrigações inerentes ao poder familiar, já que não se é menos mãe ou menos pai pelo simples fato de não se compartilhar o mesmo DNA.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em:

19 de abril de 2017.

BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil Brasileiro: Promulgado em 10 de janeiro de 2002*. Disponível em :< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 19 de abril de 2017.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Contornos contemporâneos da filiação*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6 ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de Direito Civil*. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

# A TRANSVERSALIDADE DE DIREITOS COMO COMPONENTE OBRIGATÓRIO PARA O PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Victória Araujo ACOSTA<sup>7</sup>

Vladimir BREGA FILHO<sup>8</sup>

## RESUMO

O presente trabalho apresenta como objetivo principal demonstrar a necessidade da inclusão do conceito da transversalidade de direitos nas políticas públicas. A população brasileira há muito tempo sofre com a ausência de políticas públicas bem desenvolvidas e executadas. Em face do crescente desenvolvimento cognitivo do homem, novas necessidades vão surgindo, assim como novos conceitos. A transversalidade de direitos é um deles, o que representa uma possibilidade promissora e real de melhorias na realidade social, em face da integração dos direitos fundamentais, os quais são marcados pela indivisibilidade e interdependência. Esse cenário de carência de direitos é bem esboçado no documentário “Crianças Invisíveis”, produzido pela UNICEF, inspiração para a realização desse artigo, em que as crianças do filme lutam diariamente pela sua sobrevivência, ante a ausência de praticamente todos os direitos dos quais deveriam estar usufruindo, como o direito à educação, à proteção familiar, ao lazer, à segurança, entre outros, os quais, como dependem mutuamente um do outro para a sua efetivação, tornam-se ausentes conjuntamente. O trabalho utilizou-se do método hipotético dedutivo, fundado em pesquisa bibliográfica. Conclui-se que a transversalidade nas políticas públicas representa um grande avanço na busca da efetividade dos direitos fundamentais, ao garantir, a um só tempo, um olhar completo para a sua implementação, o que representa, em última análise, uma melhor eficiência na aplicação de recursos públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas Públicas. Transversalidade. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The current paper presents as its main objective to demonstrate the necessity of including the concept of transversality of rights in public policies. Brazilian population has been suffering with the absence of well-developed and executed public policies for a long time. In face of the growing man's cognitive development, novel necessities have been surging as well as new concepts. Transversality of rights is one of them, representing a promising and real possibility of social reality improvement, before fundamental rights integration, which are acknowledged by their indivisibility and interdependence. This lack-of-rights-scenario is well showed in the documentary entitled “Invisible Children”, produced by UNICEF, that inspired this article, in which the children in display struggle daily for their survival, because of the absence of practically all the rights they should be enjoying, such as rights to education, family protection, leisure, security, among others, which, as are mutually dependent for their effectiveness, lack together. The paper used the hypothetico-deductive method, based on bibliographical research. It concludes that transversality in public policies represents a great step forward in fundamental rights effectiveness, granting, at the same time, a complete view for its implementation, which represents, at last analysis, a better efficiency at public resources investment.

---

7 Graduada em Direito no CSSA da UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). Bolsista da Fundação Araucária.

8 Graduado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e pós-doutorado pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

**KEY WORDS:** Public Policies. Transversality. Fundamental Rights.

## **INTRODUÇÃO**

O que se pretende examinar no presente artigo é a necessidade de introdução do conceito da transversalidade de direitos no ciclo das políticas públicas, como forma de diminuir a carência na efetivação dos direitos fundamentais.

O artigo foi inspirado pelo documentário “Crianças Invisíveis”, organizado pela UNICEF, e retrata a realidade vivida por crianças de diversos países, inclusive no Brasil. O documentário visa demonstrar as dificuldades enfrentadas diariamente pelas crianças pobres, carentes da maioria dos direitos, e a falta de atenção da sociedade e do poder público com este cenário. No documentário, relata-se especificamente a situação das crianças, entretanto, esta pode ser estendida a toda população não privilegiada e desprotegida, evidenciando as consequências dramáticas do planejamento público inadequado, carente de ações transversais.

Para atingirmos esse objetivo, apresentaremos um retrospecto histórico a respeito da efetivação dos direitos fundamentais, abordando algumas características da Constituição e analisando o papel da administração pública em todo esse cenário. A seguir, trataremos do conceito das políticas públicas, momento em que abordaremos os passos até a sua concretização. Por fim, trataremos da transversalidade dos Direitos Fundamentais para demonstrar a sua importância no processo de criação das políticas públicas, utilizando, para tanto, de exemplos práticos que corroboram nosso ponto de vista.

Para a elaboração do trabalho utilizaremos o método hipotético dedutivo, e realizaremos pesquisa bibliográfica.

### **1. CONTEXTO SOCIAL**

No Brasil, ainda hoje, grande parte da sociedade sofre com a ausência de direitos básicos e indispensáveis a uma vida digna. Os direitos fundamentais, como fica claro pela história de nosso país, nunca foram amplamente garantidos à população. Em alguns momentos, como nos períodos ditatoriais, a dificuldade se acentuava, quando os cidadãos não gozavam, por exemplo, da liberdade de expressão, do direito de ir e vir, entre outros.

Com a redemocratização e a entrada em vigor da Constituição de 1988, conhecida por Constituição Cidadã, o quadro social e político torna-se mais ameno, persistindo, todavia, o problema da falta de concretização dos direitos fundamentais.

Esse cenário pode ser explicado pelo caráter analítico, pelo pluralismo e pelo forte

cunho dirigente e programático presentes na Constituição em vigor, que se estendem aos direitos fundamentais por ela guardados (SARLET, 2009). A grande quantidade de direitos positivados, que por vezes se repetem, ocasiona a banalização destes, que acabam não sendo levados a sério pelos órgãos públicos e nem pela sociedade, que já se acostumou com o cenário problemático no que se refere à garantia e concretização de seus direitos.

O pluralismo também é ponto pacífico quando tratamos da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, tendo em mente que existem diversas opiniões sobre um mesmo assunto, nem sempre favoráveis umas com as outras, retardando o processo de inserção social desses direitos, o que não deveria ocorrer. Por fim, o caráter programático e dirigente da Constituição Federal de 1988 corrobora a ausência de eficácia instantânea daqueles, que são projetados para um futuro, talvez não tão próximo.

Somados todos esses aspectos temos o resultado que é sabido por todos, a ausência de muitos direitos basilares à construção de uma vida digna e saudável. Muitas pessoas em nosso país vivem em condições deploráveis, sem o mínimo necessário para subsistirem, sofrendo com a falta de higiene, devido à ausência de saneamento básico, lutando contra a fome, já que muitas vezes o que ganham não é suficiente nem para a alimentação, se submetendo a serviços de saúde pública deficientes, sem médicos qualificados e infraestrutura adequada, entre muitos outros direitos ausentes, como o direito à educação, ao lazer e à segurança.

Em pleno século XXI esse quadro é inadmissível, ainda mais em um país como o nosso, que tem uma Constituição que atribui caráter privilegiado aos direitos fundamentais, que deveriam ter, inclusive, aplicação imediata, o que, evidentemente, não ocorre.

As causas para este cenário conturbado são muitas, além das já citadas características da Constituição Federal. A que mais nos preocupa, entretanto, envolve as políticas públicas.

É notório que nossa política e nossos representantes estão longe de trazer orgulho e satisfação aos brasileiros. Pelo contrário, cada vez mais o povo mostra-se insatisfeito e incrédulo com tantas injustiças e desonras cometidas por nossos políticos. Instituições criadas para solucionar problemas sociais acabam assumindo posturas diversas, criando mais problemas e piorando a situação de nosso país e de nosso povo.

Esse cenário conturbado reflete diretamente na efetivação dos direitos fundamentais. Com a refutável atuação de nossos representantes, cada vez mais o Brasil vai caindo em descrédito tanto interna como externamente, afastando investimentos de empresários nacionais e internacionais, o que gera retração econômica, tal qual estamos vivendo. Os impactos imediatos que muitos brasileiros puderam sentir foi o desemprego, o aumento dos preços de produtos básicos, entre outros fatores que afastam ainda mais a possibilidade de uma vida tranquila.

Mesmo em face dessa catástrofe social, alguns políticos brasileiros continuam a privilegiar seus interesses particulares a mercê das necessidades de toda a coletividade, que sente a ausência de políticas públicas eficientes e aptas a tornarem a realidade social menos sofrida.

Por essa razão, trataremos, no presente trabalho, inicialmente do conceito de políticas públicas, para depois abordarmos a transversalidade de direitos e a necessidade de articulação desses dois pontos, momento em que pretendemos expor alguns casos em que isso já ocorre.

## **2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Muitos são os conceitos e as análises existentes acerca das políticas públicas. Os autores apresentam formas diferentes de observar o assunto, o que faz com que uma conceituação geral, única e aceita por todos não seja possível.

As políticas públicas podem ser conceituadas, de maneira superficial, como as ações do Estado que buscam, primordialmente, atender as necessidades coletivas, por meio da implantação de novos projetos ou revisão dos já existentes, não havendo garantias, contudo, de que a carência seja sanada. Essas ações são influenciadas por grupos de interesse, por movimentos sociais e pela sociedade em geral, o que não significa que os governos não tenham autonomia para propor tais projetos independentemente de provocações sociais (EVANS, RUESCHMEYER E SKOCPOL, 1985).

Os aspectos culturais, evidentemente, também servem de orientação para as políticas públicas, ao estabelecerem limites para a sua execução, a qual deve respeitar os princípios vigentes na sociedade naquele período determinado.

Um dos elementos importantes deste processo - hoje insistentemente incorporado na análise das políticas públicas - diz respeito aos fatores culturais, àqueles que historicamente vão construindo processos diferenciados de representações, de aceitação, de rejeição, de incorporação das conquistas sociais por parte de determinada sociedade. Com frequência, localiza-se aí precedente explicação quanto ao sucesso ou fracasso de uma política ou programas elaborados; (...). (HOFLING, 2001, p. 39).

É válido destacar que as políticas públicas não se focam apenas nos problemas existentes na sociedade, tais como a ausência de efetivação de direitos, se importando, também, por exemplo, com a otimização de determinados serviços e com o atendimento a grupos específicos da sociedade.

As políticas públicas se materializam na forma de projetos, planos, programas sociais, bases de dados, entre outras coisas, que objetivam atender a sociedade como um todo, deixando de analisar as individualidades de cada cidadão e passando a observar a coletividade e suas necessidades. (SOUZA, 2006).

Dentre as possíveis conceituações, “a definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz” (SOUZA, 2006, p. 24), isto é, deve haver uma análise valorativa no momento da formulação dos projetos, com o objetivo de se comprovar a efetiva capacidade de determinada política pública em atender os fins a que se propõe, evitando, com isso, a aplicação de verba pública em projetos mal formulados e desnecessários.

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. (SOUZA, 2006, p. 26).

A importância de políticas públicas bem elaboradas e com objetivos realmente sérios encontra sua fundamentação no fato de que tais ações refletem direta e imediatamente na coletividade. Apesar de as políticas focarem a sociedade como um todo, cada cidadão, em sua individualidade, sofre as suas consequências, sejam elas boas ou ruins.

Mesmo que determinada ação do Estado tenha como público alvo apenas uma parcela social, um grupo específico, como por exemplo, as mulheres, indiretamente, entretanto, atingirá a todos, ao passo que toda a sociedade será obrigada a aceitar e cumprir as possíveis recomendações decorrentes daquela política pública, como é possível de ser analisado na determinação, por parte do poder público, de que a escritura das casas para a população de baixa renda seja realizada no nome da mulher. Completando nosso pensamento, MEIRELLES (2000) salienta que os atos políticos influenciam, inclusive, demais segmentos do próprio governo, conforme trecho a seguir.

Como atitude do homem público, a Política difunde-se e alcança todos os setores da Administração, quando os governantes - e aqui incluímos os dirigentes dos três Poderes - traçam normas ou praticam atos tendentes a imprimir, por todos os meios lícitos e morais, os rumos que conduzam a atividade governamental ao encontro das aspirações médias da comunidade. (MEIRELLES, 2000, p. 39).

Indo ainda mais longe, podemos pensar que políticas públicas mal elaboradas ou, depois de implantadas, que careçam de administração eficiente, representam uma má utilização do dinheiro que é de todos, atingindo, dessa forma, toda a população, que deixa de ter sua verba aplicada em ações frutíferas.

Além disso, é *mister* salientarmos que as políticas públicas não apresentam um foco de atuação, podendo envolver todos os âmbos sociais, motivo pelo qual sua fundamentação, seu estudo e sua análise englobam profissionais de vários campos do conhecimento, desde as ciências sociais até as ciências exatas, podendo contar inclusive com especialistas das ciências

biológicas, quando a pauta for o meio ambiente, por exemplo.

Para que as políticas públicas sejam bem elaboradas é necessário que seja cumprido um processo, também denominado de ciclo ou estágio das políticas públicas.

JANNUZZI (2006) divide esse caminho a ser percorrido em quatro fases, sejam elas o diagnóstico, a especificação de programas, a implementação dos programas selecionados e, finalmente, a avaliação do que foi implementado.

A primeira delas engloba uma análise inicial que busca eleger quais são as prioridades, em face da impossibilidade de atender todas as necessidades sociais em um único momento; na segunda fase temos a análise das opções existentes, momento no qual são apresentadas as soluções e as alternativas e especificado quais programas apresentam as maiores chances de resultados frutíferos; seguindo, temos o processo da implementação ou execução das ações, que significa colocar em prática aquilo que foi estudado e planejado; por fim, temos a fase de avaliação, em que será analisado o andamento e a administração das ações já executadas ou em execução.

Embora seja possível, para fins didáticos, a separação do processo em estágios, na prática, como sabemos, as ações estão intimamente ligadas.

Os cidadãos participam de forma ativa, direta ou indiretamente, de todo esse cenário de formação das políticas públicas. Tal fato decorre do mandamento constitucional de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, de acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

As políticas públicas estão relacionadas, indissociavelmente, com a visão doutrinária e política dos representantes populares que estão no poder. Determinada concepção pode considerar como sendo correto maiores investimentos na área da saúde, outra, entretanto, pode evidenciar a importância da educação, e assim por diante. Por esse motivo, no momento de exercermos nossa cidadania, por meio do voto, devemos nos atentar aos planos de governo de cada candidato e as orientações do seu partido, as quais terão reflexo direto nas políticas públicas.

A influência dos cidadãos se revela, portanto, em três momentos distintos, no momento de seu voto, na fiscalização das ações de seus representantes, que devem cumprir o que prometeram à coletividade, e quando decidem externar seus pensamentos e concepções em movimentos sociais que busquem melhorias para a população, os quais desembocarão, quando bem realizados e com propósitos relevantes, em políticas públicas engrandecedoras.

Indiscutivelmente, as formas de organização, o poder de pressão e articulação de diferentes grupos sociais no processo de estabelecimento e reivindicação de demandas são fatores fundamentais na conquista de novos e mais amplos direitos sociais, incorporados ao exercício da cidadania. (HOFLING, 2001, p. 39).

Corroborando o pensamento exposto, JANUZZI salienta a importância dos indicadores sociais.

Como toda atividade sociopolítica, é importante garantir a participação e controle social no processo, a fim de legitimá-lo perante a sociedade, garantir o compromisso dos agentes implementadores e potencializar a efetividade social almejada pelas políticas públicas.

Nesse sentido, indicadores sociais usados de forma responsável, inteligível e transparente podem estabelecer parâmetros concretos para discussão da natureza, conteúdo e prioridades das políticas governamentais, dos programas públicos e dos projetos de ação social. Indicadores sociais são instrumentos para efetivo empoderamento da sociedade civil, de controle e direcionamento das atividades do poder público. (JANUZZI, 2006, p. 35).

As políticas públicas se revestem de tamanha importância pelo fato de representarem, a nosso ver, um instrumento social de mudança. É a luz no fim no túnel e a possibilidade de melhora para uma sociedade que se encontra incrédula e desiludida quanto aos seus direitos, que não estão efetivados, e quanto aos seus representantes, que não lhes representam de maneira satisfatória. SOUZA (2006) salienta os pontos principais acerca das políticas públicas, demonstrando, mais uma vez, a grandeza desse mecanismo social.

A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz; A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes; A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras; A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados; A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo. (SOUZA, 2006, p. 36).

Funcionam, portanto, como instrumento de transformação, estando na base de todas as ações que visem modificar, de alguma forma, a sociedade. E justamente por esse motivo é que a transversalidade deve ser incluída nas políticas públicas, para que, em um movimento em cadeia, se propague para todos os setores da sociedade, tendo como ponto de partida os próprios órgãos públicos, que precisam se conscientizar da sua importância social.

### **3. TRANSVERSALIDADE DE DIREITOS: CONCEITO, EXEMPLOS E APLICAÇÃO**

Um dos pontos a ser considerado pelos nossos representantes e políticos envolve justamente a transversalidade de direitos, como forma de favorecer a concretização de diversos direitos fundamentais.

A transversalidade caracteriza-se pela necessidade de que exista uma articulação dos direitos com o objetivo de atingir um fim maior. Sem esta articulação, a efetivação de direitos básicos torna-se comprometida, pois um direito é dependente do outro para a sua realização. A transversalidade busca a superação da fragmentação dos direitos e das políticas para a sua efetivação.

A transversalidade dos direitos tem uma referência organizada na Plataforma DhESCA (direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais), a qual defende a indivisibilidade dos direitos. Essa referência reflete o crescimento da presença de sujeitos e redes diversas no interior do Movimento Nacional de Direitos Humanos e no Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos (FENDH), no Brasil, (...), trazendo para o Movimento a necessidade da ideia de indivisibilidade dos direitos humanos. (WARREN, 2006, p. 117-118).

Em nossa sociedade, cada vez mais as relações sociais tornam-se complexas, e os direitos caminham no mesmo sentido. Os direitos, com isso, passam a atuar não como fins em si mesmos, mas como meios de efetivação de outros direitos. O direito ao transporte público exemplifica tal cenário, ao passo que representa a possibilidade de concretização de diversos outros direitos, tal como o direito à saúde pública gratuita, já que os cidadãos não teriam como se locomoverem aos hospitais se não tivessem o serviço de transporte à sua disposição.

A transversalidade dos direitos, principalmente os de segunda geração, que são aqueles que exigem uma participação mais ativa por parte do Estado em sua implementação, é um assunto que vem ganhando espaço na coletividade. Prova disso são as chamadas redes de movimentos sociais, as quais, na prática, representam perfeitamente o conceito da transversalidade. Tais redes buscam integrar e unificar forças para possibilitar o acesso integral ao objetivo desejado, não deixando lacunas para que o direito protegido ou o ideal pregado seja de qualquer forma transgredido.

Ilse Scherer-Warren, em seu trabalho denominado “Das Mobilizações às Redes de Movimentos Sociais”, trata justamente deste assunto, ao analisar a nova forma de organização da sociedade contemporânea, momento em que destaca as redes de movimentos sociais, sinalizando para sua importância e grande utilização nos dias atuais. Em sua obra, a professora da Universidade Federal de Santa Catarina, explica detalhadamente os diversos tipos de rede e toda conjuntura social que envolve esse processo, demonstrando, incansavelmente, as formas de integração da sociedade e a busca constante da população em unificar suas forças para atingir um fim maior e desejado por todos, como podemos ver pelo trecho a seguir.

As organizações locais também vêm buscando se organizar nacionalmente e, na medida do possível, participar de redes transnacionais de movimentos (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, Movimento dos Catadores de Lixo, Movimento Indígena, Movimento Negro, etc.), ou através de articulações inter-organizacionais, característica central de outro nível a ser mencionado a seguir. (WARREN, 2006, p. 111).

A sociedade, agindo desta maneira, sinaliza para o poder público o seu querer e as suas necessidades, quais sejam, ações integradas e transversais, capazes de trazer melhorias para uma maior parte da população, com projetos melhor elaborados e discutidos, que buscam efetivar a um só tempo diversos direitos que se encontram defasados.

Pode-se, portanto, concluir, que a sociedade civil é a representação de vários níveis de como os interesses e os valores da cidadania se organizam em cada sociedade para o

encaminhamento de suas ações em prol de polícias sociais e públicas, protestos sociais, manifestações simbólicas e pressões políticas. (WARREN, 2006, p. 111).

Unificadas, tais formações sociais causam maior mobilização dentro da sociedade e no próprio meio político, o que acarreta maior visibilidade, ocasionando um aumento das chances de que logrem êxito naquilo que pleiteiam frente ao governo. O mesmo ocorre com as políticas públicas, as quais estariam cumprindo seu papel social de maneira muito mais eficaz se já estivessem envoltas pelo conceito da transversalidade de direitos, tendo em mente que ganhariam o apoio social e a satisfação de grande parte da população, a qual teria acesso àquilo que é seu por direito.

As associações, ou movimentos em rede, e as ações transversais, se revestem de ainda mais importância frente à sociedade na qual estamos vivendo, que se diferencia acentuadamente das anteriores. As necessidades individuais de cada cidadão se transformaram, passaram a ser mais amplas e de difícil aplicação. Os direitos fundamentais, com isso, também se alteraram, englobando direitos antes não considerados tão importantes, como o direito ao lazer, à cultura, entre diversos outros. O mínimo existencial para uma vida digna, atualmente, não inclui apenas acesso à moradia, à saúde e à alimentação, atinge muitos outros setores da sociedade, e isso tende a aumentar com o passar do tempo.

Muitas podem ser as causas que contribuem para esse cenário, entre elas a crescente globalização, que faz com que conheçamos outras culturas, novas necessidades e produtos, o acelerado avanço das ciências sociais e o progressivo crescimento cognitivo do homem, que altera, constantemente, sua forma de observar e entender a sociedade, momento em que as novas necessidades ganham forma.

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração. (BONAVIDES, 2004, p. 567).

Diante deste novo cenário social, ideias e conceitos inovadores vão tomando espaço na sociedade, como ocorreu com a transversalidade de direitos, assunto que cada vez mais deve ser debatido, compreendido e aplicado na vida coletiva pelas autoridades públicas, como uma forma de otimizar e amplificar o acesso aos direitos fundamentais, tão carentes de efetiva aplicação.

Com a aplicação do conceito da transversalidade teremos um menor gasto na implementação de projetos sociais com uma maior satisfação dos cidadãos.

Como é um conceito novo, poucas são as políticas públicas que já contam com essa articulação. A concretização de uma delas, entretanto, já é capaz de nos mostrar as benfeitorias atingidas: as casas populares subsidiadas pelo governo à população de baixa renda deve ter sua

escritura lavrada no nome da mulher. A fixação desta regra é capaz de integrar dois direitos fundamentais, o direito à moradia e o direito à igualdade de gênero. Em uma única ação bem planejada o Estado conseguiu garantir o direito das mulheres juntamente com o direito à moradia digna, acarretando uma grande satisfação social. Vale salientar que com a mesma verba que se atingiria apenas o direito à moradia, conseguimos englobar outro direito fundamental, o que representa uma melhor gestão dos recursos públicos.

Outro exemplo bastante notório engloba novamente o direito à moradia. De acordo com a legislação atual sobre o tema, a Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida, para que se configure efetivamente o direito não basta a existência de uma casa, em uma área qualquer, desprovida dos itens básicos necessários a subsistência digna. Pelo contrário, é mister que exista uma infraestrutura básica, que a casa esteja localizada em local adequado, longe de encostas e de áreas de enchente, e, mais que isso, que as pessoas que habitarem nestes locais tenham acesso à segurança, à educação, à cultura e ao lazer. A lei engloba, inclusive, a necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuidando de vários direitos que carecem de efetivação a uma só vez.

Com apenas dois exemplos acerca do direito à moradia atrelado ao conceito de transversalidade já foi possível notarmos quão grande é o benefício proveniente da integração de um direito ao outro para a obtenção de uma finalidade maior, capaz de proporcionar grande avanço social, motivo pelo qual a transversalidade deve ser cada vez mais adotada pelas autoridades públicas, em todos os setores sociais, mas principalmente nas projetos que visem a efetivação de direitos fundamentais. Corroborando esta afirmação, HOFLING (2001, p. 40) completa, “mais do que oferecer “serviços sociais” - entre eles a educação - as ações públicas, articuladas com as demandas da sociedade, devem se voltar para a construção de direitos sociais”.

Expandindo nosso rol exemplificativo, a Marcha Mundial das Mulheres (MMM), explorada na obra de WARREN, vem esclarecer e acrescentar muito ao nosso estudo.

O lema do movimento, qual seja, “pão e rosas”, já sinaliza no sentido da transversalidade. As mulheres, e todos os que de alguma forma participaram desse ato, quiseram demonstrar, logo de início, através de seu lema, que não queriam apenas uma igualdade de gênero formal, ilusória. Lutavam pela ideia do pão, que representa a vida digna, saudável, com acesso aos meios básicos de subsistência e, mais que isso, pediam por paz, carinho, atenção, e todas as demais coisas capazes de serem associadas à rosa.

Conseguimos perceber, portanto, que se as mulheres apenas estivessem lutado frente a um único ideal, qual seja, a igualdade de gênero formal, o resultado alcançado não teria sido tão

amplo e completo. Não lhes adiantaria essa igualdade utópica, precisavam, e ainda precisam, ganhar os mesmos salários e ter o mesmo reconhecimento dos homens nos meios profissionais, ter direito a dispor de seus corpos como bem lhes aprouver, entre diversos outros direitos, os quais, juntos, exprimem a ideia da transversalidade, visto que, de maneira unitária e isolada, cada qual não seria capaz de cumprir o seu papel de forma a gerar resultados satisfatórios e a longo prazo.

Como sabemos, essa luta ainda não teve fim. Ainda nos dias de hoje, as mulheres tem de enfrentar grandes dificuldades para serem vistas com os mesmos direitos e no mesmo patamar dos homens. Por isso, ainda temos as ONG's, os coletivos feministas, entre outros grupos que buscam a igualdade de gênero efetiva, trabalhando através dos movimentos em rede, interligados, inclusive, com outros grupos minoritários, para que se reforcem mutuamente.

Através da Carta Mundial das Mulheres para a Humanidade (2005, n. 6), conseguimos perceber que esse ideal da indivisibilidade dos direitos remonta há alguns anos, apesar de ser um conceito relativamente pouco debatido e novo. Isto porque, como fica evidente pela carta, as mulheres não apenas lutam contra o machismo, mas sim, contra toda a estrutura da própria sociedade, que se encontrava, e ainda se encontra, envolta por preconceitos e noções distorcidas da realidade.

Esses sistemas se reforçam mutuamente. Eles se enraízam e se conjugam com o racismo, o sexismo, a misoginia, a xenofobia, a homofobia, o colonialismo, o imperialismo, o escravismo e o trabalho forçado. Constituem a base dos fundamentalismos e integristas que impedem às mulheres e aos homens serem livres. Geram pobreza, exclusão, violam os direitos dos seres humanos, particularmente das mulheres, e põem a humanidade e o planeta em perigo. (Carta Mundial das Mulheres para a Humanidade, 2005, nº6).

Assim como um direito é interligado ao outro, quando praticamos e levantamos determinada bandeira, outros movimentos e tendências semelhantes se identificam e dão força aquela ação. É o que ocorre com o movimento contra as mulheres e simpatizantes, que acaba se relacionando, como pudermos ver pelo excerto, com o racismo, a xenofobia, e com outros movimentos formados contra diversos grupos frágeis, e conseqüentemente, menos protegidos, da nossa sociedade.

As mulheres, portanto, assim como tais grupos, devem lutar não apenas pela igualdade, mas, como lembrou WARREN (2005), também pela liberdade, solidariedade, justiça e paz, para que unindo todos esses fatores alcancem a vida digna e igualitária tão almejada e pela qual lutam diariamente.

No que tange as crianças, temos um exemplo muito significativo na nossa instituição, a Universidade Estadual do Norte do Paraná, que conta com o Neddij, Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e da Juventude, o qual presta inúmeros serviços integrados,

visando à completa proteção das crianças e adolescentes, por meio de uma rede de ação. Estes serviços englobam várias áreas, dentre elas o Direito, a Psicologia, os Serviços Sociais, a Assistência Social, entre outros, que buscam amparar as crianças de todas as formas, objetivando-se diminuir ao máximo as chances destas voltarem a delinquir.

Citados alguns exemplos acerca da aplicação da transversalidade de direitos, gostaríamos de retornar ao foco de nosso trabalho, qual seja, a incorporação deste conceito nas políticas públicas.

Analisando-se o caminho de formação destes instrumentos de mudança social, é possível notarmos que desde a parte inicial desse procedimento cabe a aplicação do conceito ora estudado. O olhar para a sociedade para o diagnóstico dos problemas principais já deve ocorrer de outra maneira que não a setorializada, individual. Se o problema principal a ser resolvido envolve o sistema de saúde público, as autoridades responsáveis devem refletir e estudar quais outros direitos defasados podem ser resolvidos conjuntamente, em uma mesma ação. Com isso, o dinheiro da população estará sendo usado de maneira mais racional e os seus direitos garantidos de forma mais ampla e completa.

Esse pensamento integrador, aplicado logo de início, deve seguir todo o ciclo até a avaliação posterior do programa implementado, para que as vantagens possam ser contabilizadas e os erros corrigidos.

Com a transversalidade de direitos não apenas garantimos mais direitos, mas também asseguramos uma melhor qualidade daqueles direitos que foram oferecidos à população. Basta lembrarmos do exemplo supracitado, que envolve o direito ao transporte público gratuito relacionado ao direito à saúde, visto que um depende intimamente do outro para sua real efetivação.

SARLET (2009) explica a importância incontestável de termos garantidos nossos direitos fundamentais, como pressuposto da própria democracia.

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático de autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, nesse sentido, parâmetro de sua legitimidade. (SARLET, 2009, p. 61)

Ao interpretarmos o excerto, conseguimos compreender que se a população não tem acesso à liberdade, igualdade, a uma vida digna, não apresentará formas de se posicionar politicamente, não participando, dessa forma, do processo democrático, o qual, por isso, não terá

legitimidade, tendo em mente que todo o poder emana do povo.

Conforme pudemos analisar pelas histórias contadas pelo documentário que serviu de inspiração para o presente estudo, faltavam as crianças a maioria dos direitos fundamentais. A ausência de um direito acabava significando a ausência de outro. Em cena marcante do trecho do filme que se dá no Brasil, as crianças passam o dia inteiro rodando a cidade em busca de produtos para reciclagem, para, ao final do dia, serem mais uma vez marginalizadas e exploradas, restando em suas mãos dinheiro quase insuficiente para uma refeição. Nota-se, claramente, a falta de qualquer atenção por parte da sociedade e do poder público, que já se acostumou com o cenário de ineficácia no que diz respeito aos direitos fundamentais. As crianças do documentário, que vivem na rua, sentem na pele a interdependência entre os direitos, visto que na falta de alguns deles, acabam ficando sem os demais.

Percebemos, com isso, que realmente um direito está intimamente ligado ao outro, mesmo aqueles que, em um primeiro momento, parecem tão distantes. O rol de direitos fundamentais positivados pela nossa Constituição Federal de 1988 foi formulado de maneira unificada, buscando integrar um direito ao outro e garantir a proteção integral dos cidadãos. É evidente que não há recursos momentâneos capazes de solucionar a um só tempo todos os problemas existentes quanto à falta de concretização dos direitos fundamentais, mas se buscarmos caminhos alternativos, como estamos fazendo no presente estudo, seremos capazes de deixar a realidade social mais amena, aumentando a efetivação dos direitos e garantindo ao nosso povo uma vida mais digna e honesta.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A vida em sociedade assume contornos nem sempre esperados e desejados. Inúmeras são as dificuldades que diariamente milhares de cidadãos devem enfrentar na busca por uma vida digna. Os direitos fundamentais, que deveriam ser para todos, cobrem apenas uma parcela da sociedade, deixando sua grande maioria desprovida dos meios mínimos de subsistência, tais como acesso à saúde, à alimentação, à moradia, ao transporte público, à segurança, entre outros, que dão ao indivíduo a base para a construção de uma vida íntegra.

As políticas públicas, instrumento social de mudanças, frente a um cenário de insatisfações e ausência de direitos, assumem papel primordial, por representarem a única esperança para as pessoas menos favorecidas e que carecem, quase que totalmente, de todos os seus direitos fundamentais.

No contexto que estamos vivendo, tal ferramenta de melhorias sociais não vem desenvolvendo suas funções de forma a produzir bons frutos, representando, na maioria dos

casos, meio para a satisfação de interesses particulares de alguns dos nossos governantes, os quais, apenas em última análise, pensam no bem da coletividade.

Salienta-se, contudo, que mesmo as políticas públicas, exteriorizadas na forma de projetos, planos e construções, por exemplo, que não estão vinculadas a atitudes corruptas por parte do poder público, encontram-se fadadas ao insucesso, frente ao deficitário planejamento, execução e fiscalização que caracterizam a maioria das políticas públicas nacionais.

Nesse momento de crise, buscam-se soluções aos problemas que assolam a sociedade de maneira mais abrupta e cruel. O principal deles, posto que engloba praticamente todas as mazelas sociais, é a ausência de efetivação dos direitos fundamentais.

No documentário que serviu de inspiração para o presente artigo, temos essa realidade contada através das crianças, que acabam por representar grande parte da sociedade, que sente na pele, diariamente, a falta de alguns dos direitos basilares à construção de uma vida digna, honesta e saudável, como por exemplo, o direito à saúde, à proteção, à educação, à segurança, à moradia, à higiene, entre diversos outros.

A transversalidade de direitos, conforme exposto anteriormente, corresponde a uma tentativa, que se mostrou acertada em alguns casos concretos já efetivados, de ampliação da gama dos direitos garantidos à população, através de políticas públicas articuladas, que levem em consideração a ligação entre os direitos, em que um depende do outro para a sua real e completa implantação social.

Se respondermos aquelas três questões feitas por Laswell acerca da formulação das políticas públicas, quais sejam, “quem ganha o quê, por quê e que diferença faz”, conseguimos chegar a uma conclusão favorável sobre a utilização do conceito da transversalidade. Isto porque tais questionamentos teriam respostas mais satisfatórias, já que uma maior parte da população estaria sido atendida (quem ganha o quê), grandes problemas sociais poderiam ser resolvidos conjuntamente e com verba reduzida (por quê) e, com isso, as pessoas sentiriam acentuada mudança em sua forma de vida, já que agora teriam maior acesso aos seus direitos fundamentais (que diferença faz).

Evidencia-se, dessa forma, o grande ganho social proveniente da implantação do conceito da transversalidade de direitos no ciclo das políticas públicas, o que acarretaria maior efetividade dos direitos fundamentais, em menor tempo, representando, em última análise, uma melhor eficiência na aplicação de recursos públicos, tudo de modo a garantir à população dias melhores, com menos dificuldades e privações e mais alegrias.

## **REFERÊNCIAS**

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- EVANS, Peter, RUESCHEMEYER, D. e SKOCPOL, Theda. **Bringing the State Back In**. Cambridge: Cambridge University Press. 1985.
- HOFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e Políticas (Públicas) Sociais**. In: Caderno Cedes, ano XXI, nº 55, 2001, p. 30-40.
- JANNUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores sociais no Brasil**. Conceitos, Fontes de Dados e Aplicações 3. ed. 2ª impressão. Campinas, São Paulo: Alínea, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão de literatura**. In: Sociologias, Porto Alegre, ano 6, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.
- WARREN, Ilse Scherer. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. In: **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 1, 2006, p. 109-130.

# ações afirmativas nos Estados Unidos da América: uma leitura a partir do filme Separate But Equal

Alessandro GALLETTI<sup>9</sup>  
Ricardo Vilariço Ferreira PINTO<sup>10</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a questão das ações afirmativas como instrumentos de políticas públicas e privadas que tiveram seu marco nos Estados Unidos da América a partir do filme *Separate but equal* que retrata a segregação racial entre os alunos negros e brancos nas escolas estadunidenses de primeiro grau, sobretudo sobre a decisão proferida na ação promovida pelos alunos negros segregados em face da Board of Education que alterou definitivamente o precedente normativo que permitia a segregação racial dentre alguns Estados sulistas estadunidense consubstanciado na tese do separados, mas iguais. O conceito das ações afirmativas é verificado como um autêntico instrumento de igualação entre os grupos minoritários e aqueles mais favorecidos, desigualdade verificada durante séculos e propagada especialmente pelo estado liberal e o capitalismo. Diversas ações afirmativas serão abordadas para demonstrar a força que os Estados Unidos da América tiveram sobre referidas políticas de inclusão dos grupos minoritários que se propagaram nos demais países do mundo.

**PALAVRAS-CHAVES:** Ações Afirmativas. Estados Unidos da América. Filme *Separate But Equal*.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the issue of affirmative actions as instruments of public and private policies that had their mark in the United States of America from the movie *Separate but equal* that portrays the racial segregation between the black and white students in the American schools of First degree, especially on the decision pronounced in the action promoted by the black students segregated in front of the Board of Education that definitively altered the normative precedent that allowed the segregation racial of between some southern States states embodied in the thesis of separated but equal. The concept of affirmative action is seen as an authentic instrument of equalization between minority groups and those most favored, inequality verified for centuries and propagated especially by the liberal state and capitalism. A number of affirmative actions will be taken to demonstrate the strength of the United States of America over these inclusion policies of minority groups that have spread in other countries around the world.

**KEY WORDS:** Affirmative Actions. United States of America. Movie *Separate But Equal*.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é propor uma análise sobre as ações afirmativas que tiveram como marco os Estados Unidos da América, a partir de uma leitura do filme *Separados, mas iguais – Separate but equal* – de 1991, que retrata a segregação racial entre alunos negros e

9 Mestrando em Direito (UNIVEM - Marília/SP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (UNIVEM - Marília/SP). Professor do Instituto Superior de Tecnologia do UNIVEM – Marília/SP. Advogado. Email: galletti@univem.edu.br

10 Mestrando de Direito (UNIVEM - Marília/SP). Especialista em Direito do Estado (FIO - Faculdades Integradas de Ourinhos/SP). Advogado. E-mail: ricardo.ferreira@adv.oabsp.org.br

brancos do ensino primário nas escolas estadunidense verificada em alguns dos estados do sul amparada no precedente da Suprema Corte americana, consubstanciado na tese separados, mas iguais, destacando os detalhes do julgamento da ação proposta pelos alunos negros em desfavor da Board of Education, da cidade de Topeka, no Estado do Kansas, onde restou redefinido por unanimidade que o precedente Plessy v. Ferguson de 1896 que estabelecia a licitude da segregação até aquele momento, já não era mais válido para a sociedade norte americana, pois a separação de negros e brancos em escolas públicas negava aos negros o direito igualitário à educação.

As ações afirmativas serão analisadas do ponto de vista de verdadeiros instrumentos para tentar igualar os grupos menos prestigiados com aqueles mais favorecidos, desigualdade que ganhou força em decorrência da inércia estatal durante o capitalismo e o estado liberal, através de um processo extremamente desproporcional na distribuição de renda e a concentração de capital. Além de implementarem a igualdade material, estes instrumentos possuem a função de transformar a concepção ideológica discriminatória, disseminada e enraizada no mundo todo e por vários anos, resgatando as pessoas marginalizadas e tendo como objetivo central o favorecimento daquele indivíduo considerado inferior.

O mapa da evolução político-legislativa das ações afirmativas implementadas nos Estados Unidos será analisado, merecendo destaque a Emenda n.º 14 e a 15; a Ordem Executiva n.º 10.925; a Civil Right Act, de 2 de julho de 1944; a Ordem Executiva n.º 11.246; a Ordem Executiva do OMBE – Escritório de Empresas de Negócios de Minorias, dentre outras ações que visam assegurar a igualação objetivada decorrentes das discriminações do passado.

Justifica-se o tema em razão da atualidade da temática consistente nos conflitos raciais recentes ocorridos nos Estados Unidos, bem como a questão dos refugiados no mundo todo em razão de uma evidente segregação.

A pesquisa é dedutiva, que é a modalidade de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinadas premissas.

Ainda em relação à metodologia, foram utilizados materiais técnicos baseados em portais eletrônicos de notícias jurídicas, doutrinas, leis e até mesmo jurisprudência, que mesmo indiretamente impactaram no desenvolvimento do trabalho.

O problema da pesquisa é: de fato, as ações afirmativas são eficazes instrumentos de políticas públicas para erradicação das mais diversas segregações e preconceitos nos Estados Unidos da América e em outros países democráticos? E no Brasil?

Para responder a pergunta, parte-se o estudo analisando a definição jurídica de ações afirmativas, que diz respeito a verdadeiros instrumentos para trazer a igualdade material aos

grupos menos favorecidos que por longa data foram desprestigiados pelos grupos mais favorecidos. Trata-se de políticas públicas e privadas que dependem efetivamente das três esferas do poder além da iniciativa privada.

## **1. O FILME SEPARATE BUT EQUAL**

O filme *Separate But Equal*, “Separados, mas iguais” de 1991, retrata a história de dificuldades e desigualdades enfrentadas pelos alunos negros no condado de Claredon, situado na Carolina do Sul, no início dos anos de 1950. Neste período, vários estados norte-americanos mantinham a segregação racial nas escolas públicas, separando os alunos brancos dos negros. A verba estipulada pelo governo aos alunos brancos para usufruírem de um ensino de qualidade correspondia a três vezes mais às destinadas aos alunos negros que não tinham sequer a infraestrutura mínima adequada para desfrutar do direito à educação imprescindível a todo o ser humano, vivendo em situação de aparente e notável desigualdade.

Diante da alarmante desigualdade existente entre os alunos brancos e os alunos negros, passada de geração para geração, que causava relevante prejuízo aos alunos e conseqüentemente aos descendentes da raça negra, o superintendente da instituição de ensino daquele condado, mobilizou os pais dos alunos visando o ajuizamento de uma ação coletiva objetivando o fim da segregação racial nas escolas públicas em face do conselho da educação “Board of Education” da cidade de Topeka, no Estado do Kansas. Houve inicialmente grande resistência por partes dos pais dos alunos que na maioria dos casos eram empregados dos patrões em sua maioria brancos e que apoiavam a segregação racial, ocorrendo inclusive várias retaliações tanto ao superintendente da escola pública, quanto aos pais dos alunos e a outros indivíduos que compartilhavam em favor do movimento contrário a segregação.

Em 28 de maio de 1951, em Claredon, na Carolina do Norte, ocorreu o primeiro julgamento da ação onde era questionada a emenda n.º 14<sup>11</sup> da Constituição dos Estados Unidos da América, que previa igual tratamento a todos perante a lei, no entanto, não era o que ocorria de fato, pois vigorava a lei dos separados com igualdade. Foram realizadas inúmeras pesquisas com os alunos negros através de psicólogos especializados no assunto, justamente para sustentar a tese dos querelantes de que as condições de inferioridade ocorrida dentro do âmbito escolar poderiam causar danos irreparáveis nas vidas dos mesmos e, além disso, conseguir provar aos juízes que o Estado fazia a distribuição de renda injusta para os negros segregados. Nada obstante, a decisão proferida manteve pela sétima vez o precedente da Suprema Corte norte-

---

11 Emenda XIV "(Ratificada em 9 de julho de 1868)" Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência.

americana que estabelecia a legitimidade de cada estado estadunidense legislar acerca da questão da segregação racial nas escolas públicas, ou seja, “separados, mas iguais”.

Inconformados com a decisão proferida foi interposto recurso para a Suprema Corte para a discussão da legalidade da segregação ocorrida, apelo consubstanciado justamente na aplicação da emenda n.º 14 que previa a igualdade a todos perante a lei objetivando o mesmo tratamento aos alunos negros oferecidos aos brancos.

O referido caso foi denominado *Brown v. Board of Education* e se tratou de uma das decisões mais importantes da Suprema Corte estadunidense, restando definido que o precedente *Plessy v. Ferguson* de 1896, que estabelecia a licitude da segregação, já não era mais válido para a sociedade norte-americana, tendo como fundamento a decisão de que a separação de negros e brancos em escolas públicas negava aos negros o direito igualitário à educação. Desta forma ficou definido o fim da segregação pela Suprema Corte por votação unânime. A Suprema Corte destacou no julgado que a segregação viola o princípio da igualdade onde todos são iguais perante a lei e a cláusula de proteção à igualdade da emenda nº 14 norte-americana. Esta decisão judicial histórica ocorrida em 1954 foi o marco fundamental para a sociedade estadunidense no aspecto democrático, bem como um dos marcos para a efetivação de políticas públicas buscando reparar as desigualdades entre raças nos Estados Unidos da América.

Conforme a Folha<sup>12</sup>, em 19 de maio de 1954, as manchetes dos jornais norte-americanos anunciavam o fim da segregação racial nas escolas públicas, tal decisão, que se inscreve no programa do movimento de emancipação da população de cor, iniciado logo após a guerra da secessão, encerra um debate que colocava no plano judiciário os representantes de 15 milhões de negros que viviam principalmente nos estados do sul dos Estados Unidos. Era o

---

12 WASHINGTON, 18 - Declarando inconstitucional a segregação racial escolas públicas norte-americanas, a Corte Suprema dos Estados Unidos proferiu ontem o que já se pode chamar "um veredicto histórico", que poderá trazer importantes modificações na vida quotidiana. Essa decisão, que se inscreve no programa do movimento de emancipação da população de cor, iniciado logo após a guerra da secessão, encerra um debate que colocava no plano judiciário os representantes de 15 milhões de negros que vivem principalmente nos Estados do sul. Entretanto, a sentença da Corte Suprema, que afeta 70% da população de cor, que vive em 17 Estados onde segregação é posta em prática nas escolas, não tem aplicação imediata. A Corte Suprema indica, com efeito, que caberá aos tribunais estudar quando e como sua decisão de princípio poderá passar aos fatos. Pode-se aguardar uma luta encarniçada de parte de um bom número de Estados. Vários deram mesmo a entender que, no caso de que seus esforços não lograssem êxito, eles contornariam a decisão da Corte Suprema, transformando suas escolas públicas em escolas particulares. Dessa forma, poderiam continuar sua política de segregação racial. Nada leva a pensar, por outro lado, que a população negra esteja muito desejosa de ver seus filhos frequentando as mesmas escolas que os brancos. O elemento de cor deseja conservar uma coesão marcante. Assim também, segundo numerosos observadores, o que procura esse elemento é, por intermédio da abolição da segregação racial nas escolas, a igualdade com os brancos no plano dos empregos e das funções, notadamente nos serviços públicos. A decisão da Corte tem a integral aprovação do presidente Eisenhower. Em dezembro último, o presidente, fiel a uma de suas promessas eleitorais, havia, por intermédio do ministro da Justiça, afirmado que "a Corte Suprema tinha o direito e o dever de decretar inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas". Um ano antes, uma opinião semelhante fora emitida pelo ministro da Justiça do governo Truman. Vale dizer que a linha divisória entre os partidários e os adversários da segregação racial não é a dos partidos políticos, mas a linha que, ao tempo da guerra de secessão, separava o norte e o sul dos Estados Unidos.

início de novos tempos de luta e de mudanças, em conseguinte mudança até mesmo do conceito de igualdade. A Constituição norte-americana foi dinâmica, quanto a sua função, acompanhou o tempo social, mostrando-se presente na vida das pessoas, ouvindo seu clamor, demonstrando uma leitura da realidade concreta e não meramente de um texto formal. É nesse sentido que dizemos que a decisão da suprema corte foi um marco histórico que influenciou de modo significativo o clamor social, defendendo uma nova doutrina, um novo jeito de pensar e agir, uma nova igualdade. A suprema corte decidiu que, muitas vezes o texto não é capaz de acompanhar as demandas sociais e assim novas interpretações deve ser dada ao texto escrito, isto de acordo com os valores e parâmetros legitimados pela sociedade. De certa forma o texto escrito deve acompanhar o tempo social.

## **2. AÇÕES AFIRMATIVAS**

A inércia Estatal ganhou força pelo sistema capitalista que tem como ideologia manter o Estado longe das atividades empresariais, passando a ser mero espectador dos fatos. Sua neutralidade com os problemas sociais e comprazentes com a sociedade dominante originou um processo extremamente desproporcional na distribuição de renda, baseado exclusivamente na concentração de capital. A força do trabalho, fonte primária de geração de riquezas, perdeu drasticamente seu valor, uma vez que o trabalhador tornou-se meramente um instrumento do capital, equiparando-se a uma mercadoria. O problema se alastrou e atingiu dimensões imprevisíveis para ao final mostrar com clareza os preconceitos que pareciam ser abolidos da sociedade. Diante desta constatação, para alguns grupos sociais a realidade se mostrou mais dura, considerados juridicamente inferiores aos demais, em razão de diversos motivos, tais como origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas discriminatórias. Merece destaque o fato de que a discriminação é maior em razão do gênero e pela raça, refletindo diretamente, no acesso à educação e ao mercado de trabalho.

A inércia Estatal se mostra pelo fato de sua característica não intervencionista na economia, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. No entanto, o lapso temporal tem demonstrado a insuficiência deste mecanismo, passando a exigir do Estado uma participação ativa no enfrentamento na resolução dos problemas sociais. Surgiram desta maneira, as denominadas ações afirmativas, constituídas por políticas públicas positivas de combate à discriminação. Originárias dos Estados Unidos da América, propagando-se por todo o mundo, inclusive no Brasil.<sup>13</sup>

A incumbência das ações afirmativas consiste justamente em nivelar as classes e grupos

---

<sup>13</sup> GOMES, J. B. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001, p. 36-38.

sociais com a concessão de vantagens jurídicas quando detectados desníveis, isto é, o desequilíbrio proporcionado no plano dos fatos seria compensado por um desequilíbrio no plano jurídico, tutelado pelo Estado. Podem ser citados como exemplos os direitos trabalhistas e os direitos dos consumidores, onde no primeiro o legislador preocupado com a submissão do empregado ao império do patrão, editou normas de caráter protecionista, juridicamente desiguais, mas que permitiram equilibrar o binômio capital e trabalho. Já no segundo exemplo verificamos inúmeras cláusulas abertas, justamente para que o julgador utilize-se da equidade e do bom senso no julgamento das causas consumeristas.

Trazemos uma definição muito precisa sobre ações afirmativas de GOMES<sup>14</sup>:

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

As ações afirmativas são assim traduzidas por Joaquim Barbosa:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebida com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.<sup>15</sup>

Portanto, as ações afirmativas são todas as medidas privadas ou políticas públicas que objetivam solevantar determinados seguimentos da sociedade para que possam ter as mesmas oportunidades de competitividade em razão de terem sido vítimas de discriminações ou injustiças sociais.

As políticas de ações afirmativas, segundo Daniel Sarmento, são:

[...] medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.<sup>16</sup>

Não somente o Estado como também a iniciativa privada possuem participação ativa na implementação de políticas públicas, exigindo uma atuação ativa, pois no mundo capitalista, como é cediço, somente as pessoas com poder decisório são capazes de sustentarem mudanças nas estruturas sociais. Assim sendo, as ações afirmativas devem e tem que ser implementadas tanto pelo poder Estatal como pela atividade privada, tendo como mote o combate a todas as formas de descriminação existentes e também àquelas que estiverem por vir.

---

14 Ibidem. p. 6.

15 GOMES, op. cit. p. 40.

16 SARMENTO, Daniel. Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 154.

Imprescindível estabelecer as diferenças das políticas governamentais “neutras” de combate à discriminação, das políticas governamentais “positivas” de combate à discriminação, através das ações afirmativas. Gomes<sup>17</sup>, demonstra com maestria esta distinção:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade ao acesso a bens fundamentais como a Educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Desta forma, o combate à discriminação decorre da utilização de políticas neutras e positivas. Estas agem de forma promocional, enquanto aquelas agem de forma proibitiva, coercitiva e inibitória. Merece ser destacado que o Poder Judiciário, dentro de sua função jurisdicional de inclusão social, possui legitimidade para transformar políticas neutras, de caráter proibitivas em verdadeiras ações afirmativas, inclusive com poder de determinar que as instituições ou entidades cessem atos discriminatórios e implementem políticas promocionais.

Os objetivos das ações afirmativas não ficam restritos à proibição de determinadas condutas, mas requerem a promoção de políticas capazes de efetivamente promoverem uma mudança social, de ordem pedagógica, cultural e psicológica, afirma o referido autor.<sup>18</sup>

A efetividade das ações estatais positivas – ações afirmativas – necessita de uma atuação efetiva do Estado representado pelos três poderes, bem como, da iniciativa privada, com o intuito preciso de se promover a igualdade material, resgatando a dignidade da pessoa humana. Os Poderes Legislativo e Executivo agindo de forma preventiva, exigindo uma atuação ativa, tanto do Estado como da iniciativa privada. Enquanto o Poder Judiciário possui uma função reparatória, além de sua função de implementador de políticas públicas, quando exige o cumprimento e a inserção das minorias em postos de trabalhos, nas faculdades públicas, por exemplo.<sup>19</sup>

Além de implementarem a igualdade material, as ações afirmativas possuem uma função de transformar a concepção ideológica discriminatória, disseminada e enraizada no

---

17 GOMES, op. cit. p. 40-41.

18 GOMES, op. cit. p. 44.

19 GOMES, op. cit. p. 52-59.

mundo todo e por vários anos. Essas discriminações, no decorrer ao longo do tempo, desencadearam a formação das minorias jurídicas e, por consequência, a exclusão desses grupos. As ações afirmativas se mostram como instrumentos eficazes por resgatarem as pessoas marginalizadas. As políticas públicas e privadas essencialmente são de responsabilidade de todos, especialmente do Estado, através da efetivação do bem comum. Trata-se de discriminações positivas autorizadas pelo Estado, que se contrapõem diretamente às discriminações negativas, praticadas pela conduta omissa ou comissiva do ser humano, que tem como objetivo o desfavorecimento pessoal daquele indivíduo considerado inferior.

O artigo 3º da Constituição Federal do Brasil resume as políticas a serem implementadas:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Trata-se de norma programática, com eficácia imediata, visando a implementação de planos e programas sociais, envolvendo a participação de toda a sociedade e do Estado, este representado pelos três poderes, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. É cediço que por serem normas programáticas não são terminantes, mas sim, de trato sucessivo e continuado, dependendo de outros fatores, externos e internos, para serem implementadas, visando o aprimoramento e implementação dos objetivos que se destinam. Podem variar no tempo, dependendo da época e da necessidade. Bonavides<sup>20</sup> traz a lume que os fins da jurisdição estão previstos neste dispositivo constitucional e são destinados à promoção da justiça social.

A implementação de discriminações positivas, no entanto, necessita critérios e alta capacidade de comprometimento com a realidade factual, não sendo possível traçar métodos inflexíveis e duradouros, em razão da constante gestação de direitos.

Uma vez percebida a exclusão social, a ação afirmativa seve para resgatar essas minorias e, uma vez cumprido este papel, ela não tem mais razão de existir, sob pena de se tornar uma discriminação negativa. Por tal razão o caráter provisório da ação afirmativa. Um dos argumentos contrários às ações afirmativas, lançado pela doutrina estadunidense, repousa exatamente no caráter definitivo com que estão sendo adotadas estas medidas. Entretanto, para seus defensores, é defendida a tese de que as políticas afirmativas ainda não surtiram os efeitos esperados, por isso sua manutenção. Gomes<sup>21</sup> demonstra a divergência sobre as ações

---

20 BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57-88.

21 GOMES, op. cit. p. 225-226.

afirmativas no direito estadunidense:

O argumento central que propõem o fim das ações afirmativas é o de que, concebidas em princípio para ter vigência limitada no tempo, elas já teriam surtido os efeitos esperados, eis que os negros, mulheres e outras minorias gozam atualmente na sociedade americana de situação incomparavelmente melhor do que há trinta anos. Portanto, não haveria mais necessidade desse tipo de política pública. A este argumento se opõem os defensores das ações afirmativas, dizendo entre outras coisas, que resta muito ainda a ser feito, e, como ressaltou o próprio Presidente Clinton de maneira peremptória, ao invés de acabar com as ações afirmativas, seria melhor alterá-las, adaptando-as ao novo contexto histórico do país («don't end it, mend it»).

A implementação de ação ou programa de inclusão social limita-se ao tempo necessário suficiente para equilibrar as desigualdades perseguidas. O tempo da implementação da medida não permite que a transformação de uma discriminação positiva e lícita em uma discriminação negativa e proibida. No entanto, como bem colocado pelo ex-presidente norte americano, Clinton, ao invés de extirpá-las, melhor seria adequá-las às novas situações factuais, com as modificações necessárias e pertinentes à época, tudo a depender dos efeitos provocados pela ação positiva. Sempre existirá desigualdade material, sendo este motivo essencial para a existência de políticas públicas. Poderia se falar em eliminação, por exemplo, uma das várias espécies de ação afirmativa, ou transformá-la, reduzir sua abrangência, contudo jamais extinguir as ações afirmativas.

### **3. AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

Thomas Sowell<sup>22</sup>, economista norte-americano, crítico social, filósofo político e autor liberal conservador, ao lecionar sobre políticas de ações afirmativas, estabelece que essas medidas por parte do governo Norte-Americano enfrentam um problema que não existe em vários outros países, tornando-se imprescindível, antes de discorrer sobre a evolução histórica, entender e analisar os obstáculos jurídicos que essas políticas tiveram que superar para serem aceitas perante a Suprema Corte estadunidense e pelo cenário político.

Nos Estados Unidos da América os grupos de minorias e as cotas tiveram evolução a partir das leis que, no início, procuram extirpar a discriminação de indivíduos, como foi o caso da Lei dos Direitos Civis de 2 de julho de 1964, que tinha os negros como o grupo principal. Após, os programas de políticas de ações afirmativas foram expandidos com o fito de incluir, além de outros grupos raciais ou étnicos, as mulheres.

Vários são os estudos que visualizam que as políticas oficiais de grupos preferenciais remontam os primórdios da história americana. Destacamos a população nativa de índios americanos, que por longo tempo foi submetida a leis diferentes e piores do que as da maioria

---

22 SOWELL, Thomas. Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004. p. 115.

branca, até que em 1930, foi contemplada a primeira política de preferência oficial para uma minoria racial nos Estados Unidos, onde os índios ganharam um status preferencial para emprego do Bureau of Indian Affairs.<sup>23</sup>

O racismo sempre esteve enraizado na cultura estadunidense, causando graves tensões sociais ao longo da história. Um exemplo desses danos foi justamente o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que deu origem e embasamento ao filme que sugestionou a confecção deste artigo, onde resta demonstrado o endosso do descontentamento dos negros contra o preconceito manifesto pela sociedade, desencadeando o surgimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos, de caráter pacifista difundida por líderes, dos quais merece destaque, Martin Luther King Jr.<sup>24</sup>

O papel do Judiciário americano foi de suma importância para por fim a segregação racial e fazer aflorar na sociedade vários movimentos em favor dos direitos humanos. Porém, esta nova postura da Suprema Corte foi insuficiente para combater o preconceito e a desigualdade social<sup>25</sup>, e então senador John F. Kennedy, que pertencia aos segmentos minoritários da sociedade estadunidense em razão de ser católico e descendente de irlandeses, captou a importância dessa temática e, já em discursos em campanhas presidenciais de 1960, defendia as classes menos favorecidas, em setores como educação, saúde e previdência social.

O Presidente Kennedy, fervoroso na implantação de medidas que apresentassem resultados notórios ao seu eleitorado, expediu em apenas dois meses após assumir a presidência, a Executive Order n.º 10.925, que tinha como objetivo fiscalizar e reprimir todas as discriminações existentes dentro do mercado de trabalho. Conforme Menezes<sup>26</sup>, a partir dessa ordem executiva em todos os contratos celebrados como o governo federal, ficou estabelecido que:

O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado.

Segundo Sowell<sup>27</sup>, esse foi o marco inicial de uma série de decretos de diversos governos, que muito embora não criasse preferências e nem cotas para os grupos minoritários,

---

23 SOWELL, op. cit., p.116.

24 MENEZES, Paulo Lucena. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 87.

25 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 157.

26 MENEZES, op. cit., p.88.

27 SOWELL, op. cit., p.124.

ordenava que os empregadores contratassem e promovessem sem levar em conta filiações a grupos.

As ideias do Presidente Kenedy geraram grande hostilidade na sociedade norte-americana. Todavia não serviram para diminuir o seu empenho em aprovar vários projetos de leis que tiveram grande repercussão social. Destaca-se aqui a *Equal Pay Act* (Lei da igualdade de remuneração), de 1963, que proibiu discriminação quanto ao trabalho das mulheres exigindo que recebessem uma remuneração igual a dos homens.<sup>28</sup>

O trágico assassinato do Presidente Kennedy se deu nesse mesmo ano, e seu vice, Lyndon B. Johnson, assumiu o cargo, disposto a dar continuidade aos projetos já encaminhados pelo seu antecessor. Registra-se aqui o *Civil Right Act* (Ato dos Direitos Civis), de 2 de julho de 1964, que proibiu todos os tipos de discriminação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal (Título VI); a discriminação no mercado de trabalho por motivo de raça, cor, sexo ou origem nacional, a ser observada pelos grandes empregadores, incluindo-se as universidades públicas e privadas (Título VII).<sup>29</sup>

Tais medidas ainda não se mostraram suficientes, o que levou esse mesmo presidente a adotar uma postura mais enérgica em face da discriminação. No dia 4 de julho de 1965, quando discursava perante graduados da Howard University, definiu o conceito de ações afirmativas e afirmou que os direitos civis não são suficientes para sanar a discriminação<sup>30</sup>, sinalizando naquele momento os próximos passos que seriam dados:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, ‘Você está livre para competir com todos os outros’, e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões.

Em 1965, como efeito deste pronunciamento, Lyndon editou a Executive Order n.º 11.246, que exigia, além da erradicação de práticas discriminatórias, a implantação das ações afirmativas e com elas fossem estabelecidas medidas efetivas em favor das minorias étnicas e raciais, através do recrutamento, contratação, níveis salariais e benefícios indiretos, visando a correção das iniquidades decorrentes das discriminações presentes e passadas.

Este decreto presidencial foi o marco definitivo para as ações afirmativas nos Estados Unidos da América, pois a partir de seu surgimento é que efetivamente as minorias passaram a gozar de um instrumento legal apto a assegurar a igualdade de oportunidades.

---

28 MENEZES, op. cit., p.89.

29 MENEZES, op. cit., p.90.

30 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996. p. 87.

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualada, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.<sup>31</sup>

Decorreu deste decreto o Office Of Federal Contract Compliance, no Ministério do Trabalho, que em 1968, expediu diretrizes contendo expressões marcantes como “objetivos e cronogramas” e “representação” para a imediata conquista de igual e total oportunidade de emprego, contudo, ainda não se referiam a cotas.<sup>32</sup> Embora não tenha atingido os objetivos esperados, essa ordem executiva teve grande relevância histórica, justamente por ter sido desde então, utilizada como base em programas direcionados ao combate às desigualdades sociais, e pelo fato de tais programas passarem a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, sedimentando o conceito que viria a ser conhecido por ação afirmativa.<sup>33</sup>

Essa nova posição estatal ganhou força não apenas nos Estados Unidos, mais também em outros diversos países. Além da previsão no direito interno de cada país, convenções e tratados internacionais foram celebrados neste período, como é o caso da “Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação Racial”, que possuía orientações para a adoção pelos Estados signatários de medidas afirmativas.

A presidência dos Estados Unidos em 1969, foi assumida por Richard Nixon que preencheu o cargo de Secretário do Trabalho com um negro, Arthur Fletcher, ficando esse encarregado de elaborar um projeto que viesse a tornar efetivas as disposições da Civil Right Act (Ato do Direitos Civis) de 1964. Fruto deste trabalho foi o Philadelphia Plan (Plano da Filadélfia), que impôs às partes que mantinham contratos com o governo federal a adoção de programas de ação afirmativa a fim de corrigir as discriminações existentes em relação à mulher e às minorias raciais.

Durante o governo Nixon, em meados de 1970, novas diretrizes foram criadas no tocante a “procedimentos orientados para resultados”, indicando mais concretamente o que iria ocorrer. Em 1971, ficou claro que “objetivos e cronogramas” significavam “aumentar materialmente o emprego de minorias e de mulheres”. Toda vez que a paridade estatística fosse alcançada em todas as categorias de empregos, requisitou-se dos empregadores que confessassem a “deficiência na utilização de minorias e de mulheres, cabendo aos mesmos o

---

31 Idem, p. 87.

32 SOWELL, op. cit., p.124.

33 MENEZES, op. cit., p.92.

ônus da prova”. Foi na década de 1970 que restou estabelecida essa nova noção de ação afirmativa, transformada num conceito numérico, por vezes chamado de “objetivo” ou de “cotas”.<sup>34</sup>

Em 1979, quase após uma década da edição da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, foi editada a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

O mapa da evolução político-legislativa das ações afirmativas implementadas nos Estados Unidos pode ser representado da seguinte forma: a) a Emenda n.º 14 prescreve que os afro-americanos são cidadão pelos dos Estados Unidos e veda que os estados lhes neguem proteção igualitária e um processo judicial justo; b) a Emenda n.º 15 estabelece que não será negado ou manipulado o direito ao voto, como base na etnia; c) a Ordem Executiva n.º 10.925 criou a Comissão para Igualdade de Oportunidade no emprego; d) a Lei de Direitos Civis (Civil Right Act, de 2 de julho de 1944, ), merecendo destaque seus artigos VI, que veda “a discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade em programas assistidos financeiramente pelo governo federal” e VII, que proíbi a “discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou origem nacional, pelos empregadores”; e) a Ordem Executiva n.º 11.246 que fortaleceu e ampliou a Ordem Executiva n.º 10.925, impondo ações afirmativas na contratação e promoção para todos aqueles que recebem verbas de contratos firmados com a Federação; f) a criação por meio de uma Ordem Executiva do OMBE – Escritório de Empresas de Negócios de Minorias objetivando incentivar financeiramente empresas geridas por minorias; g) discriminação não intencional no emprego, denominada de discriminação indireta, proibia a adoção para a contratação de requisitos e teste que não fossem necessários à execução das tarefas para as quais os candidatos se habilitassem; h) foi assegurado pelo governo através de programas objetivos e mensuráveis, especialmente, nos altos escalões de sua própria burocracia, a presença de minorias e de mulheres; i) o congresso estadunidense incluiu um dispositivo legal sobre obras públicas, prescrevendo que cada governo local ou estadual utilizasse 10% dos fundos federais destinados a obras para agenciar serviços de empresas controladas por minorias; j) o governo passou a exigir que as instituições de ensino que tivessem praticados atos discriminatórios adotassem programas especiais para a admissão de minorias e mulheres como condição para que se habilitasse a ajuda federal; k) incentivo às ações voluntárias de emprego e educação, sendo essas ações denominadas cotas, visando assegurar percentuais mínimos na contratação e promoção de trabalhadores nas empresa privadas e instituições publicas e admissão de estudantes oriundos dos grupos minoritários nas universidades, consubstanciadas

---

34 SOWELL, op. cit., p.125.

nas discriminações decorrentes do passado.

As experiências das ações afirmativas expandiram-se para diversos países que a adotaram como instrumento apto de garantir uma democracia de inclusão social. O modelo estadunidense ultrapassou fronteiras e em determinados países passou a constar expressamente em seus textos constitucionais. Pode ser citado como exemplo o Canadá, no artigo 15, do Constitution Act de 1982 prescreve a igualdade perante a lei como regra geral com a proibição da discriminação, bem como o seu parágrafo 2º que estatui a affirmative action clause (cláusula de ação afirmativa), onde restam descritas as exceções a esta regra.<sup>35</sup>

Após o regime de apartheid, foi promulgada a Constituição Sul-Africana onde consta em seu texto a possibilidade de adoções das ações afirmativas como instrumento de equalizar as diferenças existentes.<sup>36</sup>

## CONCLUSÃO

Em razão do que foi apresentado, podemos concluir que os Estados Unidos da América foi o precursor das ações afirmativas, pois este é o país mais emblemático sobre o tema em análise e o que correntemente é utilizado para fundamentar os argumentos em um sentido ou em outro.

O termo ação afirmativa (*affirmative action*), espécie do gênero políticas públicas, surgiu no início da década de 60, quando os Estados Unidos definiram medidas que viriam a ser adotadas pelo governo, para corrigir ou minimizar os trágicos efeitos da discriminação racial no país. Tiveram início a partir das leis que procuravam extirpar a discriminação entre os indivíduos, principalmente com relação aos negros, expandindo-se posteriormente aos demais grupos minoritários.

Dentro da cultura estadunidense sempre esteve enraizada o racismo, que causava com frequência e de forma justificada as graves tensões sociais ao longo da história. Um exemplo desses danos foi exatamente o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* que é abordado no filme *Separate but equal* que motivou a confecção deste artigo, onde resta endossado o descontentamento dos negros contra o preconceito manifesto pela sociedade, desencadeando o surgimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos de caráter pacifista difundida

---

35 15. 1. Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental. 15. 2. A subseção 1 não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagens devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental.

36 9. 2. A igualdade perante a lei inclui a plena igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas.

por vários líderes.

Embora tenha o judiciário estadunidense relevante importância para o fim da segregação racial, aflorando inúmeros movimentos favoráveis aos direitos humanos, se mostrou insuficiente no combate ao preconceito e a desigualdade social, tornando-se necessário a intervenção do legislativo na defesa das classes menos favorecidas nos setores da educação, saúde e previdência social através da expedição de leis objetivando a fiscalização e repressão a todas as formas de discriminação, incluindo-se nestas, aquelas existentes no mercado de trabalho com relação à raça, etnia e posteriormente em relação à discriminação quanto ao trabalho das mulheres, à discriminação em lugares ou alojamentos públicos, à discriminação na distribuição de recursos em programas do governo.

Essas medidas ainda se mostraram ineficazes ao combate a discriminação, o que levou o chefe do executivo a implementar as ações afirmativas sob a fundamentação de que os direitos civis não eram suficientes para extirpar a discriminação, tendo como efeito a expedição de inúmeras ordens executivas que exigiam a erradicação de práticas discriminatórias, a implantação de ações afirmativas em favor das minorias étnicas e raciais, através do recrutamento, contratação, níveis salariais e benefícios indiretos, visando a correção das iniquidades decorrentes das discriminações presentes e passadas e somente a partir de então é que as minorias passaram a gozar de um instrumento legal apto a assegurar a igualdade de oportunidades.

As experiências das ações afirmativas estadunidense expandiram-se para diversos países que as adotaram como instrumentos aptos de garantir uma democracia de inclusão social, passando inclusive a constar expressamente em diversos textos constitucionais de outros países.

No direito brasileiro, embora as ações afirmativas sejam expressamente previstas no texto da Constituição Federal, a realidade é demasiadamente outra.<sup>37</sup> Os debates acerca do tema acham-se atrasados há muitas décadas, existindo ainda resistências quanto à admissão destas políticas de ações afirmativas. O Poder Judiciário, cujo papel central é ser o fiel da balança em prol da plenitude da igualdade, ou seja, da igualdade material que se difere diametralmente da igualdade formal, vem se pronunciando de forma tímida, não assumindo o seu verdadeiro papel de guardião da Constituição de 1988.

---

37 Celso de Albuquerque Mello, estudioso em direito internacional traz a seguinte crítica quando a postura do judiciário brasileiro sobre o tema: “A conclusão que podemos apresentar é que o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no Direito Constitucional e no DIP. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, uma “Constituição cidadã” e os nossos tribunais superiores a transformam em uma constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GOMES, J. B. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001
- HOBBS, THOMAS. Diálogo entre um filósofo e um jurista. São Paulo. Editora Landy, 2001.
- MENEZES, Paulo Lucena. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- Portal Banco de Dados Folha. Disponível em:  
[http://almanaque.folha.uol.com.br/mundo\\_19mai1954.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/mundo_19mai1954.htm). Acesso 21, Março, 2017, 10h22min.
- Portal Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/948>. Acesso 19, Abril, 2017, 10h00min.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996.
- ROUSSEAU, J.J. Do contrato social e discurso sobre a economia política. 7ª ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, s/d.
- SARMENTO, Daniel. Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.
- SÈROUSSI, Roland. Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano. São Paulo: Editora Landy, 2001.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUZA, Carlos Aurélio de. Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Letras, 1996
- SOWELL, Thomas. Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.
- VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

# **BLACK MIRROR: O HINO NACIONAL E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO**

Haíssa Batista de OLIVEIRA<sup>38</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo principal abordar a relação conflituosa da mídia com o Poder Judiciário, baseado no problema tratado no episódio Hino Nacional da série britânica Black Mirror. O referido episódio relata com muita sabedoria o que já vivenciamos em nossa sociedade, infelizmente, o ser humano tem uma propensão em dar mais importância às notícias sobre fatos escandalosos ou vexatórios, detalhe em que a mídia acaba aproveitando para alcançar seu objetivo de obter maior audiência e lucro. Mas não só isso, o episódio também explora outra de nossa realidade, que é a influencia da mídia na opinião pública e conseqüentemente nas decisões judiciais e políticas, e como isso pode acabar comprometendo ou prejudicando todo o processo e suas partes. Por fim, buscaram-se alternativas para limitar a atuação da mídia para que essa não gere mais efeitos prejudiciais para o Poder Judiciário e, mais além, ao convívio social já que o direito a intimidade também é um dos mais prejudicados quando os meios de comunicação extrapolam seus limites e expõe a vida privada sem, em muitas vezes, o consentimento dos envolvidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário. Mídia. Sensacionalismo.

## **ABSTRACT**

The main purpose of this article is to address the conflictive relationship between the media and the Judiciary, based on the problem dealt with in the National Anthem episode of the British series Black Mirror. The episode reports with great wisdom what we have already experienced in our society, unfortunately, the human being has a propensity to give more importance to the news about scandalous or vexatious facts, detail in which the media ends up taking advantage to reach its goal of obtaining a bigger audience And profit. But not only that, the episode also explores another of our reality, which is the influence of the media in public opinion and consequently in judicial and political decisions, and how this may end up compromising or harming the whole process and its parts. Finally, alternatives are sought to limit media activity so that it does not generate more detrimental effects for the Judiciary and, further, to social interaction since the right to intimacy is also one of the most impaired when the media Extrapolate their limits and expose private life without, in many cases, the consent of those involved.

**KEYWORDS:** Judiciary. Media. Sensationalism.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por ponto principal abordar uma das maiores discussões que acercam o Brasil, que é o fato da mídia conseguir influenciar o âmbito jurídico conforme transmite ou compartilha notícias.

A escolha do tema foi dada com base na série de origem britânica Black Mirror, que trabalha com esse problema de forma brilhante e muito inteligente em seu primeiro episódio,

---

38 Possui graduação em Direito pela Faculdades Integradas de Ourinhos(2016).

chamado de Hino Nacional. A série em si, trabalha com as formas de tecnologia já existentes ou que poderão vir a existir e explora o seu pior lado, levando a todos os seus telespectadores a refletirem sobre o futuro que nos aguarda se a humanidade não saber viver mais na vida real do que dentro da vida tecnológica.

Hino Nacional é um episódio que trabalha com ferramentas já existentes no campo tecnológico, como por exemplo, o Youtube e, logo no começo já deixa a reflexão de como uma notícia uma vez jogada nas redes sociais é difícil de controlar sua propagação e repercussão pelo mundo, sendo quase impossível, retirá-la por completo do ar. O episódio ainda aborda mais um tema, que hoje é alvo de muitas discussões, deixando explícito como a mídia tem o poder de interferir na vida privada das pessoas e mudar a opinião popular e de seus governantes quando se utiliza do sensacionalismo.

Com isso, o primeiro ponto a ser abordado é como o direito a intimidade e o direito à informação, juntamente com a liberdade de expressão, entram em conflito quando o assunto é a vida privada de alguém sendo explorada pelos meios de comunicação. Ambos os direitos são fundamentais e garantias dadas pela Constituição Federal de 1988, todo ser humano tem o direito de ter sua vida privada resguardada, seus segredos mais íntimos guardados só para si, mas é quase impossível, ainda mais no mundo de hoje, uma pessoa não ter sua vida exposta nas redes sociais ou até mesmo na mídia no caso de pessoas públicas, igual relatado no episódio de Black Mirror em que o primeiro ministro tem todo o rumo da sua vida exposta ao público e é deste que parte a decisão de como o ministro deverá se comportar.

Por outro lado, se temos o direito de ter a nossa intimidade protegida também tem-se o direito de todo ser humano ser informado das notícias de seu país e do mundo. O direito a informação e a liberdade de expressão ganharam muito espaço, principalmente, por conta do período ditatorial que o Brasil passou, onde as informações sobre política, economia, sociedade não eram compartilhadas com o público. Atualmente, o direito à informação é uma das garantias fundamentais que dão base ao Estado Democrático de Direito, sem esta não tem como formar uma sociedade participativa nas questões mais importantes do País, e como a própria Magna Carta assegura, todo poder emana do povo, sendo assim, é imprescindível que o povo tenha conhecimento de sua realidade e isso se dá através das notícias transmitidas pela mídia.

Levando em conta seu papel principal, a mídia é o meio de comunicação criado para deixar todo cidadão informado do que acontece no Brasil e no mundo, porém, esse papel vem sendo deixado de lado, quando a ambição daqueles que detêm o poder de informar, se liga muito mais em obter lucro e mais audiência, do que simplesmente fazer seu trabalho. Utilizando-se do sensacionalismo para prender seus telespectadores na notícia e, o que é mais perigoso, usando o

poder de manipulação para formar ou mudar a opinião daqueles que assistem ou leem a notícia.

É nesse caso que o problema fica maior, pois, quando a mídia consegue controlar a massa, conseqüentemente, se faz pressão em cima daqueles que governam ou tomam atitudes para melhorar o País. No caso, aqui trabalhado, a discussão é acerca do papel que a mídia desempenha e como que com isso consegue influenciar diretamente nas decisões do Poder Judiciário, ainda mais, quando essas decisões são da área criminal.

## **1. RESUMO DO EPISODIO DA SÉRIE BLACK MIRROR: O HINO NACIONAL**

O Hino Nacional (The National Anthem) é o primeiro episódio, da primeira temporada da série Black Mirror e nos apresenta a história do Primeiro Ministro Michael Callow, da Inglaterra, que é acordado por seus assessores do governo, para que assista a um vídeo postado na internet, pelo site Youtube. O episódio já começa com um ar mais tenso, pois, o vídeo mostra a Princesa Susannah, conhecida assim popularmente, nas mãos de seu sequestrador, fazendo um apelo ao Primeiro Ministro dizendo que sua vida depende dele.

Em troca de salvar a princesa com vida, o ministro Michael Callow tem que cumprir as exigências, extravagantes do criminoso e é aí o ponto mais alto do episódio. Ao invés de pedir dinheiro como o esperado normalmente, o Primeiro-Ministro Michael Callow, deve aparecer ao vivo em todas as emissoras britânicas de TV, terrestres e via satélite, daquele mesmo dia em um horário marcado pelo sequestrador e ter uma relação sexual plena, não simulada, com uma porca.

A primeira reação do ministro é de perplexidade, imediatamente ele se nega a cumprir as exigências impostas a ele e manda uma equipe de busca especializada atrás de Susannah, mas, o problema começa quando Michael quer impedir que esse vídeo seja de conhecimento geral e vá parar nas mãos da imprensa, pedindo para que todas as medidas da mais alta segurança sejam tomadas. Contudo, mais uma surpresa surge quando lhe é revelado que o vídeo veio do Youtube, e mesmo que o Governo tenha retirado o vídeo do ar, este já foi copiado, propagado e visto por milhões de pessoas. A internet é a primeira a propagar o vídeo, sendo que a imprensa ainda está impedida de noticiar qualquer coisa vinculada ao vídeo.

O episódio já começa a trabalhar com as reações da sociedade ao verem o vídeo na internet, mas a confusão em saber se é verdade ou não já que a imprensa não se manifesta sobre o que está ocorrendo. Em contrapartida, mostra o debate da própria equipe da emissora em fazer o que o Governo está pedindo e não transmitir, ou acabar desobedecendo às ordens que foram dadas. Porém, a situação muda quando jornais de todo o mundo começam a noticiar sobre o vídeo da princesa sequestrada e, imediatamente a equipe do jornal local já começa a se preparar

para começar a cobrir o evento.

Logo em seguida, o episódio mostra o trabalho que o Governo está desenvolvendo para investigar quem está por trás do sequestro, mas, já de início descartam qualquer atividade terrorista e, ainda, as estratégias para encontrar a princesa antes do horário estipulado pelo sequestrador. Os assessores, por sua vez, estão trabalhando em uma alternativa de usar um ator pornô para executar o ato e apenas substituir a sua cabeça pela imagem da de Michael, caso as buscas da polícia falhem.

Na primeira busca pela opinião popular, menos da metade da população é a favor de que Michael acate o pedido do sequestrador, fala-se em ser uma situação humilhante, repugnante e nojenta até de ser assistida. O episódio também trabalha com a questão familiar, mostrando a esposa do primeiro-ministro chocada com a possível situação envolvendo seu marido e preocupada com o que as pessoas irão pensar e comentar sobre suas vidas se tal ato vier a ocorrer.

O episódio todo se desenrola em momentos de tensão e suspense, até que uma reviravolta acontece e muda todo o rumo que a história estava tomando. A polícia especializada chega a um endereço suspeito e parte em busca do resgate da princesa Susannah, no mesmo momento começam a simular a gravação do ato sexual com um ator pornô, porém, essa informação chega ao sequestrador que, logo em seguida, manda um dedo decepado diretamente para a emissora junto com um vídeo onde supostamente o dedo é arrancado da princesa.

Imediatamente a imprensa publica a informação e para o desespero do primeiro ministro a tentativa de busca pela princesa também é falha, já que o endereço era o errado. A partir da transmissão do novo vídeo feito pelo sequestrador, a opinião popular muda drasticamente, quem antes era contra a exigência do sequestrador, passou a ser a favor de que o primeiro ministro cometesse o ato sexual para salvar a vida de Susannah, por mais repugnante que fosse.

Com a pressão popular e sendo obrigado a acatar a ordem do criminoso, o episódio segue para o momento crucial em que Michael Callow se dirige até o estúdio onde tem que cumprir com o que lhe foi imposto, o Governo faz um anúncio pedindo para que todos desliguem sua TV quando a transmissão começar, mas, o que aparece é toda a população ansiosa, ruas vazias, bares lotados, pessoas parando seu serviço ou faltando o trabalho para acompanharem a transmissão.

O ato sexual então começa a ser transmitido, todos ficam chocados com o que estão vendo alguns se enjoam, mas a audiência chega a milhões, sendo um dos recordes mundiais. Com a maioria da população presa frente à TV, demoram perceber que a princesa Susannah foi

libertada antes mesmo do fim da transmissão e seu sequestrador se matando. O episódio ainda mostra que o dedo decepado era do mesmo e que a princesa foi libertada meia hora antes do cumprimento da exigência. Por fim, um ano depois do trágico episódio, mostram a vida de Susannah, e como a aprovação do primeiro ministro sobe de maneira significativa com a população, em contrapartida, sua vida pessoal com sua mulher desmorona.

A série já começa trabalhando com o fato de como uma informação, uma vez jogada na internet, ganha uma repercussão gigantesca e que não tem mais volta. Também retrata como a mídia usa do sensacionalismo e não vê limites na vida privada das pessoas para atingir seu interesse maior, audiência e lucro.

O Hino Nacional é um episódio diferente dos seus sucessores, pois, trabalha com tecnologias já existentes no nosso meio como o twitter, o YouTube, TV, jornais. Traz uma reflexão do quão longe o ser humano pode ir para alcançar seu objetivo, seja o bem de terceiros, o bem comum ou cumprir com sua responsabilidade política. Até onde a mídia pode interferir na vida privada e o tamanho do seu poder de influência sobre a sociedade, que acaba afetando tanto a vida pessoal, como as decisões políticas e judiciárias de um país.

## **2. O DIREITO À INFORMAÇÃO EM CONFLITO COM O DIREITO À INTIMIDADE**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil virou um Estado democrático de direito que tem como principal fundamento o da dignidade da pessoa humana, prevista em seu artigo 1º. Um dos seus muitos desdobramentos é o direito à vida privada, prevista no artigo 5º, X, também da Magna Carta que diz:

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

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito a intimidade protege toda e qualquer pessoa da sua vida particular, ou seja, cuida dos pensamentos mais íntimos para que esses não sejam de conhecimento de outras pessoas e do Estado. A intimidade está ligada ao valor moral de cada pessoa, que irá conduzir sua vida do jeito que acha melhor e isso deve ser respeitado por toda a sociedade.

Sobre o assunto, a Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, escreveu que:

(...) ao preservar, de indébita intromissão, a intimidade e a vida privada dos cidadãos, quis o texto constitucional assegurar a cada um, na sociedade, o direito de não ver tornados públicos fatos que só o titular do direito pode ser juiz da oportunidade de sua divulgação, se e quando a sua publicidade não venha a expô-lo a incômodos ou constrangimentos, destarte garantindo-se, a cada um, o direito de não ter sua vida privada devassada, via da publicidade de fatos de sua intimidade, feita por meio de fotografias, filmes ou textos escritos. (PEREIRA, 2001, p.73)

Seguindo essa linha de raciocínio, aquele que interfere na intimidade alheia, expondo esta pessoa e sua vida para os demais, deve arcar com uma indenização, tanto por dano moral e material sofridos pela vítima.

O direito à intimidade, portanto, é aquele direito de não ser reconhecido pelos outros em determinados aspectos. É o direito ao segredo, onde os outros não tenham conhecimento do que cada um pensa, faz ou se deixa de fazer, por isso, liga-se esse direito à obrigação de fazer ou não fazer. Pode, também, ser ligado ao direito à liberdade, já que cada um cada um possui o livre arbítrio de ser aquilo que se quer para si e para os demais.

Zavala de Gonzáles, usando de uma opinião mais filosófica, aduz que:

(...) a intimidade constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo. (González, 1993, p.175).

O direito à privacidade não goza somente de proteção interna, sua primeira manifestação como direito fundamental foi através da Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem de 1998 que traz, por exemplo, no seu artigo 12, a seguinte disposição:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar, ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Não é pelo fato de ser um direito protegido tanto interno como externamente e por ser um direito fundamental que o direito à intimidade é um direito absoluto. Como sabemos, não existe um direito que não possa ser atingido. Porém, nesse caso de conflito entre direitos se analisa, através dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade qual irá prevalecer. Quando tratamos do direito à intimidade, o primeiro conflito de interesses que surge, é este com o direito à informação. Nenhuma pessoa está totalmente protegida ao ponto de não ter sua vida privada exposta perante a sociedade, cabe analisar até que ponto essa informação poderá ir.

O direito à informação, também faz parte dos direitos fundamentais previstos no art.5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Recentemente no ano de 2011, foi promulgada a Lei 12.527/11, que legisla sobre o acesso à informação.

No julgamento da ADPF nº 130, em Abril de 2009, o STF declarou que a lei de imprensa é incompatível com a atual ordem constitucional.

Assim, o artigo 220, “caput”, também da CRFB/88, dispõe que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Pela leitura do dispositivo da Magna Carta, percebe-se que o direito à informação possui uma liberdade quase plena, pois, encontra restrição, principalmente, dentro dos direitos

da personalidade. O direito de informar é essencial na vida da sociedade, pois, é por meio dela que se dá a todos o conhecimento do que acontece pelo mundo.

Ao mesmo passo que a Constituição dá o direito ao acesso à informação, por outro lado, a mesma dá o direito para que outras pessoas prestem essas informações, por meio de jornal, TV, rádio, internet e qualquer outro meio de comunicação. Discute-se muito esse direito no sentido da sociedade estar a par sobre decisões políticas e sociais, o que é essencial para o bem desenvolvimento social.

Estes mesmos meios de comunicação são usados para também informarem sobre a vida de terceiros, principalmente famosos, artistas, cantores e figuras públicas no geral, e é aí que o direito à informação se encontra em conflito com o direito à privacidade.

Rodotà (2008, p.41-42), sustenta que: “ao lado da percepção, cada vez maior, dos riscos do progresso tecnológico, está à consciência da impossibilidade de deter tal progresso, mesmo se este não se apresenta mais com prognósticos somente positivos.”

No caso das figuras públicas, sua rotina de vida é sempre acompanhada pela imprensa e pela sociedade. Muitas notícias sobre essas pessoas são divulgadas por conta de seu elo com o interesse social, independentemente da concordância dos mesmos. Como já dito, nenhum direito pode ser aplicado de maneira absoluta, por isso, a liberdade de expressão da imprensa sofre restrição com vistas a proteger os direitos individuais, por exemplo, os direitos da personalidade.

Sobre a liberdade de informação, José Afonso da Silva, diz que:

Liberdade de informação jornalística – É nesta que se centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se concentra a liberdade de informar, e é nela ou através dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado. Por isso, é que a ordem jurídica que lhe confere um regime específico que lhe garanta a atuação e lhe coíba os abusos. (SILVA, 1997, p.239).

Apesar de ser mais frequente notícias serem vinculadas a pessoas famosas, com o avanço da tecnologia não é raro vermos pessoas comuns serem expostas, tendo suas fotos vazadas e histórias de suas vidas caindo na rede para todos verem.

A mesma tecnologia que nos beneficia, trazendo para nós notícias do mundo inteiro, atualizações momentâneas, fazendo com que tenhamos contato com qualquer pessoa em qualquer canto do mundo nas palmas das mãos, é a mesma que nos aprisiona. Se de um lado temos uma melhoria de vida, no outro temos uma enorme independência da tecnologia moderna.

Sobre o assunto, Naiara Diniz Garcia explica que:

No que se refere à liberdade de expressão e seus desdobramentos evidenciados pela mídia versus o direito à informação, a questão da regulação da mídia surge como uma possível resposta, ou um possível mediador às consideradas violações de direitos fundamentais cometidas pelos meios de comunicação social nos dias de hoje. Nesse

sentido, ou melhor, nesse conflito, a “liberdade de mídia” é rotineiramente invocada para indicar uma desejável abstenção de restrições à indústria da mídia, ao invés de indicar as condições desejadas para que os membros de um público democrático acessem uma gama de informações e, conseqüentemente, encontrem e expressem uma gama de opiniões. (GARCIA, 2015, p.85)

A tecnologia em si não deveria ser um problema do cotidiano, porém, hoje é evidenciado que a mídia vem extrapolando seus limites dentro da sua função social, tanto por não respeitar os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal e, também, por agir de forma sensacionalista quando se quer atingir mais íbope ou mais audiência.

O que a torna uma ferramenta perigosa em alguns casos, já que a mídia é uma das responsáveis por formar juízo de valores, podendo interferir nas decisões públicas e políticas, onde muitas vezes, também, mexe com a opinião de boa parte da sociedade fazendo com que as pessoas mudem seus conceitos pelo o que está sendo transmitido.

### **3. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PODER JUDICIÁRIO**

O Brasil como um país democrático permite a liberdade de expressão e o direito à informação para todos, com isso, entra o papel da mídia, como já falado, sendo o meio de comunicação de trazer as notícias mais importantes do País e do mundo ao conhecimento da sociedade.

Com o avanço da tecnologia nos últimos tempos, o acesso a informações ultimamente é muito mais rápido, através da internet qualquer pessoa pode estar conectada, seja através do computador, notebooks, celulares e afins e ter acesso a todo e qualquer tipo de informação jogada na rede. Pelo fato da tecnologia ter evoluído tanto, a mídia consegue um alcance muito maior em relação as pessoas, já que hoje a comunicação está muito mais pratica.

Essa interferência da mídia trouxe uma consequência positiva, pois, permite que a sociedade fique mais perto do Poder Judiciário, assim como também, do Poder Legislativo e Executivo, fazendo com que seja mais fácil a fiscalização da população nos atos do Governo.

O que por um lado foi um avanço agradável para a sociedade, também se tornou um dos maiores problemas, pois, é certo dizer que o ser humano se torna aquilo que acredita e naquilo que lê, como é através da mídia que se possui conhecimento social, também pode-se falar que esta exerce um grande poder sobre as pessoas no quesito formação de opinião. E é aí que se encontra o problema, pois, nota-se que a mídia vem se distanciando da sua principal função que é levar informações para todos da maneira mais clara e limpa possível.

Por ser o único meio em que se pode saber como tal caso ocorreu, a mídia noticia isso como bem entende, o seu poder de manipulação se torna o maior problema de todos, hoje sabemos distinguir uma noticia que vem de maneira mais branda daquela cheia de

sensacionalismos outra ferramenta usada, para prender a atenção dos telespectadores ou dos leitores. A mídia passou a visar um interesse muito mais pessoal do que social, se noticia para ter mais audiência ou lucro e não por simplesmente informar as pessoas.

A nossa sociedade ainda se prende mais nas notícias que envolvem algum escândalo, seja ele político ou não, ou sobre fatos considerados “monstruosos” como, por exemplo, crimes que chocam todo mundo pela brutalidade com que foram cometidos e são nessas notícias que vemos ainda mais a influencia que a mídia pode causar dentro da sociedade. Quando a noticia envolve algum crime, imediatamente vemos a população se posicionando e dando seus julgamentos e, conseqüentemente, cobrando uma postura imediata do Poder Judiciário sobre o caso.

Antes mesmo de dar inicio ao processo, advogados, promotores e juizes já são considerados os mocinhos ou os vilões da historia junto com o suposto culpado do crime. Muitas vezes o próprio processo sofre interferências por conta da pressão que a mídia juntamente com o publico faz em cima do Judiciário clamando por um resultado que consideram mais justo, pouco importando os tramites que devem ser seguidos conforme a lei.

Nesse ponto, pode-se citar dois princípios processuais que sofrem interferências direta por conta dessa cobrança, o primeiro é o Princípio do devido processo legal, sendo entendido como o mais importante, pois dele decorre os demais princípios constitucionais. Segundo este principio, nenhum homem será privado de sua liberdade ou de sua propriedade, salvo julgamento feito conforme as leis daquele país.

A Declaração Universal também prevê a importância deste princípio em seu artigo 11, nº1:

Art. 11 – nº 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Do Principio do devido processo legal decorrem os demais, por exemplo, o do juiz natural; Direito ao duplo grau de jurisdição; Igualdade processual das partes; Direito à ampla defesa e ao contraditório e; O da motivação das decisões judiciais. Sendo assim, o princípio do devido processo legal de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, pois é através dele que se garante todos os direitos processuais a alguém.

O segundo princípio que se encontra diretamente afetado é o do Juiz Natural, consagrado pela nossa Carta Magna, em seu “Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”. Sendo assim, instaurado uma lide, o julgamento será realizado por juizes, tribunais e órgãos competentes, garantido ao réu a imparcialidade dos julgadores.

Como cita Grinover, Fernandes e Gomes Filho:

Antes de se considerar o juiz natural como direito subjetivo das partes ou conteúdo individual dos direitos processuais, esse princípio é a garantia da própria jurisdição, sua essência e qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p.49).

A finalidade do princípio do juiz natural é assegurar a todas as partes do processo um julgamento justo, já que juízes e tribunais serão imparciais quanto ao caso e estarão ali excluídos de qualquer outro fator externo. Porém, essa imparcialidade fica comprometida quando a mídia tenta interferir nas decisões do judiciário por meio de pressão e contando ainda com a ajuda social.

A área mais afetada do judiciário, contudo, é a criminal, assim dispõe Nery:

É possível destacar, em qualquer dos órgãos da mídia, espaços dedicados à questão criminal, com nítida preferência a alguns tipos de crimes, previamente selecionados, que são reiteradamente exibidos, narrados e descritos constantemente. Neste cenário, é possível que tamanha quantidade de informações veiculadas exerça alguma forte influência no comportamento das pessoas em geral, o que é extensível aos sujeitos processuais – especialmente ao juiz. (Nery, 2010, p.41).

Não é exagero dizer que a mídia não só é formadora de opiniões e de grande influência intelectual, como também, pode vir a desmoralizar a imagem da justiça, prejudicando o trabalho de seus servidores, fazendo com que sejam vistos como morosos ou bondosos demais em suas decisões, dando regalias para aqueles que deveriam ser punidos com uma maior severidade do que foram.

Sendo assim, a justiça sofre uma desmoralização moral perante a sociedade, seja por fatos noticiados que foram distorcidos pelos meios de comunicação, ou pela falta de conhecimento completo sobre o caso, o que tem uma influencia direta na relação da mídia com o judiciário. Uma vez que o sensacionalismo e a pressão social são direcionados ao campo do direito penal, não é estranho que o próprio juiz seja afetado por essas questões.

Na seara jurídica, a primeira função da mídia seria aproximar a população do sistema judiciário, para que percamos o medo de se beneficiar da justiça para resolver seus conflitos pessoais quando não conseguirem mais por conta própria. Outra função dos meios de comunicação seria fazer com que a sociedade compreenda melhor a linguagem judicial, já que muitos termos utilizados são antigos ou em latim.

Porém, como já mencionado, sempre que um crime é noticiado, normalmente, já se tem o culpado, seu julgamento pronto e a cobrança para que o juiz siga a mesma linha de raciocínio da sociedade e da mídia. Fica difícil para um juiz atuar no caso em que esteja sendo pressionado e não se sentir culpado junto com o réu se sua decisão for diferente da dos demais.

Mesmo que não queira ou perceba, a influência pode ser tanta que o réu antes mesmo do julgamento, também já é culpado para o juiz, o que fere diretamente mais um princípio

processual que é o da presunção de inocência, já que a mídia pode interferir até no convencimento do magistrado sobre o crime, os culpados e como deverá puni-los.

Conforme o art.5º,LVII da Magna Carta, assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória.” O princípio da presunção de inocência é um dos basilares do ordenamento jurídico e por ele tem-se a ideia de que toda pessoa quando acusada de ter praticado algum crime só será culpada por este quando legalmente comprovado, até não vir a sentença condenatória toda pessoa será presumidamente inocente.

Nesse contexto, diz Moraes:

A presunção de inocência [...] representa um direito que veio atender à igualdade, ao respeito à dignidade da pessoa humana, ao cidadão e ao devido processo penal porquanto: a) a relação jurídica entre o imputado e órgãos persecutórias mais equilibrada (garantia à igualdade), impedindo que as manifestações do poder pública ultrapassem o necessário; b) impede, de ordinário, que ao imputado seja dado tratamento de condenado, antes do reconhecimento definitivo de sua culpa (garantia à dignidade da pessoa); c) impõe a necessidade de um processo condizente com todos os padrões constitucionais de justiça para que se processada à verificação e declaração de culpa do cidadão (garantia do devido processo legal); d) impõe uma decisão menos prejudicial ao imputado sempre que houver dúvida fática ou se possa proceder à mais favorável escolha jurídica, como asseveração do prestígio à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal. (MORAES, 2010, p.347)

É por isso que a relação da mídia com o Poder Judiciário fica tão delicada, quando aquela tem total liberdade de expressão para satisfazer o apelo público, não respeitando nem as garantias constitucionais dadas a qualquer ser humano em conflito com a lei e, por isso, quando ultrapassam os limites de sua própria função inicial tem-se uma relação totalmente complicada para se distinguir até onde a mídia pode atuar sem transformar os processos jurídicos em verdadeiros circos de entretenimento social.

Também não é difícil de ver quando processos judiciais dizem respeito a figuras públicas, virarem um verdadeiro espetáculo de sensacionalismo. Hoje no Brasil nota-se muito isso, principalmente, em relação aos políticos e os escândalos de corrupção em que se envolvem. Têm-se exemplos claros da chamada mídia manipuladora, quando o jornalismo deixou de ser imparcial e adotou apenas um lado, vendendo sua imagem como se fosse a única certa, que não tem falhas assim como as demais, levando ao conhecimento da população só aquilo que é de seu interesse, não sendo raro ter notícias distorcidas sobre os demais partidos políticos ou pelas próprias figuras públicas.

Logo, para um juiz garantir sua imparcialidade é fundamental que consiga, por mais difícil, se distanciar das influências e pressões que a mídia exerce no caso. O que deve ser ainda mais importante é todo magistrado lembrar o papel que sua função representa ao mundo jurídico e, também, para a sociedade.

Como já falado, todos os princípios e garantias fundamentais não são aplicados de

forma absoluta, todos eles quando entram em conflito entre si, a depender de cada caso concreto, um será mais protegido do que o outro.

Em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, existem regras que limitam a liberdade de expressão da mídia, permitindo ou não que alguns detalhes cheguem ao conhecimento do público se vier a entrar em conflito com os interesses individuais ou coletivos das pessoas relacionada àquela notícia. Nos EUA ainda é mais interessante, pois, o Congresso americano acompanha de perto a atuação da mídia e o Poder Judiciário também pode interferir.

No Brasil, porém, o debate sobre regulamentar e limitar a atuação da mídia é algo que dá muita polêmica e sofre certa resistência, principalmente por parte dos políticos. O Congresso Nacional, ainda não regulamentou os artigos da Constituição Federal que cuida do assunto, seriam eles os artigos 5º, 220 e 221.

Ocorre que, em nosso país, as redes de comunicação estão oligopolizadas, já que poucas famílias exercem o controle da mídia, sendo que, em um país democrático, o mais certo seria que seus meios de comunicação fossem representados por diversos grupos dentro da sociedade, estando livres do oligopólio. O problema maior se encontra no ponto em que o

interesse político mantêm a mídia nas mãos de pequenos grupos familiares, é muito maior do que regulamentar sua atividade e fazer deste um trabalho democrático.

Além do mais, quando a questão de regularização da mídia surgir novamente, o Congresso Nacional, também terá um árduo trabalho em permitir a liberdade de expressão, mas, controlando a censura, respeitando também os padrões internacionais e garantindo que o interesse público sempre será buscado antes de qualquer outro.

## **CONCLUSÃO**

Pela análise do episódio Hino Nacional, da série Black Mirror, a primeira discussão que se forma é como as notícias, tanto pela internet como as televisivas, correm o mundo todo em questões de segundos e, como a forma em que são noticiadas podem, primeiramente, trazer consequências para a vida privada de quem está sendo o alvo da notícia.

Igual o caso do Primeiro Ministro, Michael Callow, que apesar de ser um personagem fictício, representa as figuras públicas de nosso país e até mesmo do mundo, quando tem sua rotina ou algum fato de sua vida, compartilhado com toda a população e se vê sendo julgado ou até mesmo pressionado a tomar uma decisão, mesmo sendo contra a sua vontade, só para agradar o clamor social.

A segunda discussão é até onde a mídia pode se favorecer da vida pessoal de alguém para obter lucro ou audiência, extrapolando os próprios limites de sua liberdade de expressão para interferir de forma radical na vida de alguém sem até mesmo ter permissão, como foi mostrado no papel da jornalista que faz de tudo, até de comprometer sua imagem e arriscar sua vida, para obter informações privilegiadas para o jornal que trabalha. Vemos, portanto, que quando a ambição fala mais alto, não importa os meios que serão utilizados, nem quem sairá prejudicado com as notícias.

O terceiro problema que essa interferência da mídia causa, é nas decisões governamentais atingindo, principalmente, o Poder Judiciário ainda mais na seara criminal. O que acaba por comprometer todo um processo jurídico, quando se tem a presença da pressão popular também julgando não só aqueles acusados do crime como todos aqueles que trabalham no processo, advogados, delegado, juízes e promotores, apenas por estarem cumprindo seu trabalho e seguindo as determinações legais. Um dos pontos que mais são afetados, ainda, são as garantias constitucionais processuais, direito de todo cidadão.

Por tudo isso apresentado e discutido neste artigo, chega-se a uma conclusão de que em um país democrático como o Brasil, que assegura todos os direitos e garantias para que uma pessoa tenha uma vida digna, a liberdade de expressão e o direito à informação devem ser legalmente regulamentados, para impedir que as redes de comunicação sejam alvo de

monopólio ou de oligopólios, também proibir que interesses políticos tomem frente à atividade midiática, assegurar a participação de grupos sociais que representem cada região do país e, ainda, regras de transmissão de programação obedecendo aos horários para cada faixa etária.

Importante ressaltar que diversos órgãos internacionais, como por exemplo a ONU- Organização das Nações Unidas, defende que somente por meio de uma mídia livre, independente de influências externas e que abrange a todos os interesses sociais, é que se consegue criar um ambiente democrático que abraça todas as opiniões e diversidade de cultura, enfatizando, mais uma vez que é urgente e necessário uma regulação da mídia no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

Cf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. **Derecho a la intimidad**, p. 175, apud MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **El deber Del profesional frente a la intimidad de su cliente**, Revistada Facultad de Derecho de México, tomo XLIII, enero-abril de 1993, ns. 187,188.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 49.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 347.

NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC, Rio de Janeiro/RJ, 2010, p. 41.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Estudos constitucionais**. Editora Renovar, 1ª Edição. 2001.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Editora Renovar. 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros, 14ª Edição. 1997.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:

<[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 10/04/2017.

GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o Poder Judiciário: A influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz**. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2015. Disponível em: <https://www.fds.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/47.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

# **BURLESQUE: A VIABILIDADE ECONÔMICA DAS SERVIDÕES NÃO APARENTES E AS RESPONSABILIDADES AO CONSTRUTOR/INCORPORADOR**

Juliana das Mercês LINO

## **RESUMO**

O presente trabalho tem o escopo de investigar a viabilidade econômica das servidões não aparentes e a publicidade realizada pelo incorporador imobiliário de empreendimentos (com oferta ao público) de vista para o mar, cidade, vale entre outros, que, em virtude destes, são mais caros e de maior valorização no mercado imobiliário. Com base na problemática do filme *Burlesque*, uma vez ofertada a vista para o mar de determinado imóvel, a construtora/incorporadora torna-se responsável por verter essa vista do imóvel perpétua. Para se garantir tal perpetuidade, porém, é preciso que um direito real de servidão de vista seja constituído sobre o imóvel, caso contrário, a oferta de uma vista privilegiada para o mar não consegue ser mantida ao adquirente do imóvel e ensejaria uma possível indenização, em caso de perda da vista ofertada em virtude de outros empreendimentos imobiliários vizinhos. Tem-se por objetivo da pesquisa relacionar a não constituição de servidão de vista ofertada com a configuração da publicidade enganosa passível de gerar responsabilização do incorporador imobiliário. Adota-se a metodologia hipotético-dedutiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consumidor; Servidão; Responsabilidade Civil; Empreendimentos Imobiliários; Publicidade Enganosa.

## **ABSTRACT**

This paper investigates the publicity carried out by the real estate developer of ventures with ocean view (offered to the public), that are consequently more expensive and more appreciated in the real estate market. When the ocean view is offered to a certain property, the real estate builder/developer becomes responsible to make this view perpetual. Based on the film *Burlesque*, in order to grant such perpetuity, it is necessary that a real right of easement view to be legally allowed to a property, otherwise, the offer of a privileged view of the sea cannot be granted to the property buyer what could uphold a possible compensation if there was lost of the view offered as a result of other neighboring real estate ventures. This study aims to relate an easement view that is not granted, to the misleading advertising likely to promulgate the real estate developer's liability. It is adopted the hypothetical-deductive method.

**KEY-WORDS:** Consumer; Easement; Civil liability; Real Estate Ventures; Misleading advertising.

## **INTRODUÇÃO**

A partir da ideia do filme *Burlesque*, onde a personagem principal Ali busca uma solução para a crise financeira que estava o estabelecimento comercial onde trabalhava, *Burlesque*, visualizou a possibilidade de vender o espaço aéreo do estabelecimento, no filme denominado “*air rights*”, para o construtor de um empreendimento que ficaria inviabilizado se o estabelecimento da protagonista fosse vendido para um terceiro e ali construído um edifício que comprometeria a vista, e conseqüentemente o valor dos apartamentos do construtor.

O presente trabalho tem como escopo investigar a viabilidade econômica dos “air rights”, aqui adaptado para servidões não aparentes, e a responsabilidade do incorporador imobiliário pela oferta ao público de um empreendimento com vista privilegiada para o mar e a garantia de perpetuidade dessa vista vinculada ao imóvel ofertado, por meio de uma comparação entre as garantias trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei dos Condomínios e Incorporações (Lei 4.561/64) ao adquirente da unidade futura.

Primeiramente, procurou-se estabelecer o conceito de incorporadora/construtora e adquirente da unidade futura como integrantes da relação de consumo existente nos contratos de Incorporação. Em seguida, discorreu-se sobre a proteção legal do consumidor frente à publicidade enganosa do empreendimento ofertado, para, posteriormente, abordar-se o conceito de servidão de vista, bem como suas características e formas de constituição.

Tem-se, assim, o escopo de investigar a publicidade realizada pelo incorporador imobiliário de empreendimentos com oferta ao público de vista para o mar, que, em virtude desta, são mais caros e de maior valorização no mercado imobiliário. Uma vez ofertada a vista para o mar, de determinado imóvel, a construtora/incorporadora torna-se responsável por tornar perpétuo esse benefício.

Para se garantir tal perpetuidade, é preciso, porém, que um direito real de servidão de vista seja constituído sobre o imóvel; caso contrário, a oferta de uma vista privilegiada para o mar não consegue ser resguardada ao adquirente do imóvel e ensejaria uma possível indenização, em caso de perda da vista ofertada em virtude de outros empreendimentos imobiliários vizinhos.

Por objetivo da pesquisa, tem-se relacionar a não constituição de servidão de vista ofertada, com a configuração da publicidade enganosa passível de gerar responsabilização do incorporador imobiliário, quer seja a solução à possibilidade de auferir uma indenização, por tratar-se de uma das relações de consumo existentes no Código de Defesa do Consumidor, e o que deve ser feito no presente caso. Adota-se a metodologia hipotético-dedutiva.

## **1. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – CONCEITO**

Diante da Lei 4.591/1964, que dispõe sobre o condomínio e as incorporações imobiliárias, tem-se a definição das figuras que compreendem a incorporação. À luz do Art. 28, parágrafo único temos, “atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjuntos de edificações compostas de unidades autônomas”.

A incorporadora, no entanto, é definida no Art. 29 da mencionada Lei:

A pessoa física ou jurídica, comerciante ou não que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terrenos, objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção, sob o regime condominial, ou que meramente aceite proposta para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Em outros termos, é exatamente a incorporadora quem articula o negócio imobiliário. O incorporador imobiliário realiza estudos de viabilidade, adquirindo o terreno, projetando o imóvel a ser construído, em que, normalmente, existem três principais fornecedores: o financiador, que empresta o dinheiro para a realização do empreendimento, o financiamento da obra; a construtora, que vai realizar obra; e as consultorias de planejamento imobiliário, que dão orientações e subsídios para que o empreendedor coloque no mercado imobiliário um produto viável à economia local, de forma a não sofrer prejuízos, pois é responsável pelo empreendimento, correndo os maiores riscos, mas também possui as maiores margens de lucro.

Desse modo, se o adquirente da unidade futura tem algum problema, é à incorporadora que deve reclamar. Além do financiador, da construtora e das consultorias de planejamento imobiliário, participam da incorporação imobiliária, também, empresas de pesquisa de mercado, marketing, publicidade e propaganda, escritórios de projeto (arquitetos e engenheiros) e outras consultorias diversas, para a composição de um empreendimento (TREVISAN, 2010)

A atividade da incorporadora incide desde o arquivamento da documentação no Registro de Imóveis competente até a comercialização das unidades futuras, por meio de um contrato de compra e venda, com fulcro no Art. 483 do Código Civil, que assim disciplina: “A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

Segundo Cavalieri Filho (2009, p. 346) *apud* Souza (2009, p. 1),

A responsabilidade do construtor é de resultado porque se obriga pela boa execução da obra, de modo que a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos, que importem sua ruína total ou parcial configuram violação do dever de segurança do construtor, verdadeira obrigação de garantia (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independentemente de culpa. Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultaram de uma causa estranha – força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Quanto à responsabilidade do incorporador, o Art. 32 da Lei nº4.591/64 determina o arquivamento da vasta documentação no Ofício de Registro de Imóveis competente, como pressuposto para iniciação da atividade, a fim de atestar as possibilidades do incorporador de concluir o empreendimento, consistindo, a propósito, tal retenção da documentação, em cartório, num dos principais deveres do incorporador, de forma a dar publicidade à obra,

conferindo segurança jurídica ao adquirente da unidade futura (SANTIAGO, 2012, p. 2).

Destarte, o intuito da incorporação é realizar e promover a construção para alienação parcial de unidades futuras autônomas.

## **2. PROTEÇÃO LEGAL AO ADQUIRENTE DE UNIDADE FUTURA**

Com o advento da Lei nº4.591/64, primeira vez em que foi conceituada e tipificada a incorporação imobiliária, o adquirente da unidade futura passou a ter um respaldo legal em relação às grandes construtoras ou a incorporadores detentores de grandes recursos e experiência; com isso, de forma a tornar a relação mais igualitária, houve a regulamentação e definição dos deveres e das obrigações das partes inerentes ao Contrato de Incorporação.

Nesse sentido, segue o posicionamento de Chalhub (2010, p. 265-266) *apud* Santiago (2012, p. 2):

O sistema de proteção dos adquirentes de unidades imobiliárias no regime das incorporações sustenta-se nos mesmos princípios do sistema de proteção dos consumidores em geral, e ambos encontram fundamento, basicamente, nos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e da garantia da propriedade privada, observada sua função social, os quais, por sua vez, inspiram-se nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, III e IV), fundados no desenvolvimento humano e na dignidade da pessoa humana (Art. 5º, XXII e XXIII, e 170). Não são poucas as exigências que devem ser atendidas pelo incorporador, quando pretende começar tal atividade.

A lei em comento prevê, ainda, sanções penais por crime contra a economia popular, por má administração dos recursos ou, simplesmente, por mera ganância, caso frustrem a segurança legal do empreendimento, podendo alguns dos seus comportamentos assim o configurarem

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, ampliou a proteção ao consumidor adquirente da unidade futura quando taxa o construtor como fornecedor de produto/serviço, agregando inúmeras formas de defesa contra atos que ferem a boa-fé nas relações de consumo.

Dessa forma, diante de todos os novos institutos relacionados à compra de unidade futura, pode-se falar em proteção do consumidor, frente à típica relação de consumo existente entre o adquirente da unidade futura, ora consumidor, e o incorporador/construtor, ora fornecedor, e o objeto da relação, unidade futura autônoma, a serem estudados a seguir.

## **3. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

O Código de Defesa do Consumidor proporcionou consideráveis mudanças nos Contratos que, mesmo contando com lei específica, tornam-se extremamente aplicáveis por

serem complementares. Do mesmo modo, forneceu os elementos caracterizadores da relação de consumo, ou seja, o consumidor, o fornecedor e os objetos desta relação, quais sejam, os produtos e os serviços (FILOMENO, 2008, p. 24).

Assim, quando o incorporador imobiliário vende, antecipadamente, um apartamento, para captação de recursos destinados à construção do prédio, assume a obrigação de dar coisa certa (conceito de produto) bem como a obrigação de fazer (conceito de serviço). E sendo o adquirente de unidade futura destinatário final das obrigações, temos, no caso, a relação de consumo necessária para aplicação impositiva do Código de Defesa do Consumidor, sendo, solidariamente responsável qualquer um dos participantes na cadeia de fornecimento (MARQUES, 2005, p. 437).

Não é facultativa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por se tratarem de normas de ordem pública, tornando subsidiária a aplicação das leis ordinárias, sejam elas da área civil, comercial ou outras áreas de aplicação; ou seja, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e pelos princípios que lhes são próprios, mas, sempre que gerarem relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 1-2).

A esse respeito, já se manifestou o Ministro Ruy Rosado com o seguinte entendimento:

INCORPORAÇÃO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO. LEI 4.591/64. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, e regido pela lei que lhe é própria (lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva (...) (STJ, 1996).

### **3.1 O Incorporador Como Fornecedor**

O fornecedor, um dos personagens da relação de consumo, à luz do Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, é assim definido:

(..) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para Filomeno (2008, p. 32), ainda, “é todo aquele que provê o consumidor de produtos ou serviços”. Fica evidente que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos e serviços quando o Art. 12 do mesmo Código refere-se, expressamente, ao construtor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Caracterizada, nesses termos, a relação de consumo quando o incorporador imobiliário

vende antecipadamente um apartamento, para captação de recursos, e assume a obrigação de dar coisa certa (conceito de produto), bem como a obrigação de fazer (conceito de serviço), tornando-se plenamente responsável pela execução da obra e por toda e qualquer informação que veicula acerca do empreendimento.

Com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, todos os instrumentos jurídicos de proteção ao descumprimento contratual por parte do fornecedor se tornam aplicáveis, como inversão do ônus do prova, proteção de cláusulas abusivas, a vantagem de permitir ao juiz desconsiderar a pessoa jurídica em favor do consumidor para responsabilizar, também, os dirigentes da empresa incorporadora, bem como ação coletiva em favor de todas as vítimas, antecipação parcial de tutela para cobrir despesas com habitação durante a ação, inversão do ônus da prova, solidariedade de todos os responsáveis, de forma que torne menos danosa a lesão ao consumidor.

### **3.2 O Adquirente de Unidade Futura como Consumidor**

Dispõe o Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O traço fundamental para estabelecer se é, ou não, relação de consumo situa-se na expressão “destinatário final”.

Aquele que adquire o imóvel ainda em construção, com o intuito de revendê-lo, não pode ser considerado consumidor. Aqui, o consumidor é o adquirente de unidade futura que compra a fração ideal para consumo próprio (FILOMENO, 2008, p.26; SANTIAGO, 2012, p. 3).

Não há aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos investidores que alienam unidade futura com intuito de lucro sobre a aquisição. Restam, portanto, protegidos pelo Código aqueles a quem se devem as prestações, desde que sejam destinatários finais.

## **4. A OFERTA DE VISTA PARA O MAR COMO INTEGRANTE DO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO OFERTADO AO PÚBLICO**

Enfatiza-se, mais uma vez, ser de suma importância o tema referente ao lançamento e à publicidade do empreendimento nos contratos de incorporação imobiliária. Diante do quadro econômico atualmente existente, o público-alvo não se restringe a um único extrato da sociedade; durante a divulgação, faz-se um enorme investimento, nos mais diversos meios de comunicação, a fim de atingir a todas as classes sociais, de forma a, sobretudo, encantar aqueles que aspiram à aquisição da casa própria. Assim, na articulação do negócio imobiliário, inúmeras

propagandas são elaboradas para promover o empreendimento, destacando diversos aspectos físicos e custo-benefício, mas, também, muitas vezes, negligenciando informações em relação à legalidade da obra.

Antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Condomínio e Incorporações, Lei nº 4.591/64, em seu Art. 32 e parágrafos, já fazia constar a obrigatoriedade do arquivamento, no Cartório de Registro de Imóveis competente, dos devidos documentos, bem como a veiculação do referido registro em qualquer marketing correspondente ao empreendimento.

Continuando no Código de Defesa do Consumidor, tal proteção tem aplicação de validade desde a fase précontratual – quando existe, ainda, apenas mera expectativa –, estendendo-se até a fase posterior à execução do contrato, reiterando o Art. 48 do mencionado Código, ao regulamentar que “As declarações de vontade constantes nos escritos particulares, recibos e précontratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando, inclusive, execução específica”, disciplinando, assim, desde a oferta ou apresentação de seus produtos ou serviços, para que sejam transmitidas informações claras, corretas e precisas sobre suas características, qualidade e preço, segundo os Arts. 30 e 31, que vedam, expressamente, a publicidade enganosa ou abusiva por força dos princípios da transparência e da boa fé. No tocante a isso, Filomeno (2008, p. 45) conceitua qualidade “como a expectativa e a satisfação do consumidor a respeito de um produto ou serviço” (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 2-7).

Discorre, também, Marques (2006, p. 762) com referência ao Art. 48:

O Art. 48 do CDC reforça a nova noção de conteúdo do contrato disposta no Art. 30. Afirma que as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos, pré-contratos vincularão o fornecedor. Em outras palavras, estas informações fazem parte do contrato, uma vez que seu descumprimento ensejará inclusive a execução específica prevista no Art. 84. O próprio texto do Art. 84 reforça este entendimento, pois dispõe sobre o *descumprimento* da obrigação de fazer, visando criar meios de obter, no Judiciário, resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação.

Assim, a venda de apartamentos com vista para o mar, quando não constituído o direito real de servidão sobre o imóvel vizinho que possa futuramente obstaculizar essa vista, se torna uma propaganda enganosa, por não haver garantida de forma perpétua ao adquirente dessa unidade imobiliária. Nesse caso, frustra-se, portanto, a expectativa criada no consumidor diante da oferta do incorporador da visão paisagística do imóvel ofertado.

Tal expectativa frustrada diante de uma publicidade pode ensejar o dever de reparação, como observa Cavalieri Filho (1998, p. 3):

A justiça, corretamente, tem reputado a publicidade enganosa como causa de rescisão do pré-contrato imobiliário, com a condenação do vendedor em perdas e danos, principalmente por danos morais pela frustração, engano e humilhação impostos ao consumidor.

Logo, sendo a vista para o mar um produto ofertado pela incorporadora/construtora, ocorre uma incorporação do bem, como qualidade inerente ao contrato, sendo sua ausência caracterizada como publicidade enganosa, visto que a oferta gera uma responsabilidade précontratual ao fornecedor, que deveria constituir a servidão, a fim de garantir a qualidade e a valorização do imóvel.

No entanto, a responsabilidade do incorporador/construtor não termina com a execução do contrato e a entrega da obra; esta estende-se, ademais, pela segurança e qualidade da obra, contestada apenas nas situações aduzidas pelo § 3º do Art. 12 do Código de Defesa do Consumidor:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:  
I - que não colocou o produto no mercado;  
II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;  
III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Inegável, desse modo, que a servidão de vista integra a oferta dos empreendimentos imobiliários desde a fase précontratual, preliminar de negociações, quando existente apenas mera expectativa, vinculativa ao fornecedor, prolongando-se até a fase posterior à execução do contrato. As informações características do imóvel, bem como qualidade e preço, devem, assim, ser transmitidas de maneira clara, correta e precisa, vedando, terminantemente, a publicidade enganosa ou abusiva por força dos princípios da transparência e da boa fé, sob a obrigação, posterior, de indenizar o consumidor.

#### **4.1 Servidão de Vista: Conceito e Natureza Jurídica**

A servidão a ser constituída pela incorporadora/construtora é direito real sobre imóvel alheio, estabelecido sobre um prédio serviente em benefício de um segundo prédio, identificado como dominante. Quanto a esse conceito, segundo definição de Diniz (2010, p. 404):

Servidão é um direito real de fruição e gozo de coisa imóvel alheia, limitado e imediato, que impõe um encargo ao prédio serviente em proveito do dominante, pertencente a outro dono.

De modo análogo, aduz o Art. 1378 do Código Civil que “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis”. Com isso, referido direito encontra fundamento na valorização do prédio dominante, apesar de causar a desvalorização do prédio serviente, que restará gravado perpetuamente (TONETTO, 2010). Sob esse íterim, as servidões que recaem sobre prédios urbanos podem ser caracterizadas do tipo: gozar de vista da janela ou terraço (prospectu), não edificar além de certa altura (*altius non tollendi*), abrir janela na própria parede

ou na do vizinho para obter luz (luminis), escoar água pluvial para o prédio vizinho (TONETTO, 2010).

Então se “A” mora num apartamento perto da praia e quer garantir seu direito de vista ou ventilação sobre o mar, deve reunir o condomínio, procurar o proprietário do terreno da frente “B” e perguntar quanto ele quer para jamais construir ali um edifício. Pago o preço a “B”, “A” registra a servidão de vista no cartório de imóveis e curte a brisa para sempre. É óbvio que o edifício de “A” vai ter que pagar por essa servidão, mas vão valorizar os apartamentos. Ainda, colocamos nessa situação figurada, a incorporadora “C” que vende para “A” apartamento com vista para o mar, mas que na entrega o proprietário “B” do terreno a frente, já iniciou as construções e por não poder “A” valer-se contra “B” por ações possessórias, a fim de resguardar a vista para o mar e não sofrer desvalorização de seu imóvel, deve procurar “C” para ter seus direitos resguardados. (MENEZES, 2010)

Evidencia-se, portanto, publicidade enganosa a venda de imóvel com vista para o mar quando, na entrega, o terreno à frente prejudica essa visão e, conseqüentemente, seu valor no mercado imobiliário.

Dessa forma, para o incorporador veicular tal oferta publicitária deveria constituir uma servidão de vista, de modo que consiga garantir a visibilidade paisagística que ofertou ao consumidor.

#### **4.2 Constituição da Servidão e sua Classificação**

Por ser direito real ao aderir o imóvel, a servidão consiste em ato inter vivos e só se constitui após registro no Cartório de Registro de Imóveis, adquirindo efeito *erga omnes*.

A servidão não se presume, pois, na dúvida, ela não existe. É, além disso, proveitosa, já que pressupõe vantagem/utilidade para o prédio dominante, justificando-se pelo fato de tornar mais útil, mais agradável, mais valiosa, mais vantajosa a condição desse edifício. Para Gonçalves (2012, p. 457), “Na dúvida, decide-se contra ela; sua interpretação é sempre restrita, por implicar limitação ao direito de propriedade”.

É uma relação entre dois prédios distintos, pertencentes a donos diversos, trazendo alguma vantagem ao prédio dominante de forma a aumentar o seu valor, sua obrigação não consistente em “fazer”, mas apenas uma abstenção por ser negativa, até eventuais causas de extinção da servidão. Por isso denominada também convencional, uma vez que as partes convencionam sobre como será constituída a servidão, seja onerosa ou gratuita (GONÇALVES, 2012, p. 456-457).

Por outro lado, é indivisível, conforme disposto pelo Art. 1.386 do Código Civil. De acordo com Gonçalves (2012, p. 458), “Só pode ser reclamada como um todo, ainda que o prédio dominante venha a pertencer a diversas pessoas. Significa dizer que a servidão não se adquire nem se perde por partes”.

De toda forma, a servidão de vista para o mar constituiu-se em contínua; isto é, independe, portanto, de ação humana e não aparente, visto que não se revela por obras exteriores (GONÇALVES, 2012, p. 460).

Assim, conclui-se que as servidões ofertadas devem ser constituídas preliminarmente, a fim de evitar a propaganda enganosa realizada pela incorporadora/construtora, podendo valer-se de indenização ou verificar o interesse do prédio serviente para que seja gravada servidão quanto ao seu terreno e para que sejam satisfeitas as expectativas dos consumidores.

#### **4.3 A Não Constituição do Direito Real de Servidão de Vista e a Oferta de Empreendimento com Tal Qualitativo à Coletividade: Publicidade Enganosa?**

A publicidade vem a ser a mensagem estratégica e tecnicamente elaborada por profissionais especificamente treinados e preparados para tanto, e veiculada, igualmente, por meios de comunicação de massa mais sofisticados como outdoors, mensagens por televisão, rádios, revistas, jornais, Internet; diferentemente da oferta de produtos e serviços que se referem a toda e qualquer manifestação do anunciante fornecedor, com o objetivo de propor sua colocação no mercado.

A prática da oferta ou da mensagem publicitária, ou então omissiva quanto aos dados essenciais que deveria conter, enseja, no âmbito civil, a indenização aos consumidores afetados, decorrente do princípio da vinculação e da oferta. Dessa forma, tendo infringido o preceito legal correspondente, ou seja, o Art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que

“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

O anúncio veiculado acarreta para o fornecedor a obrigação de cumprir forçadamente o benefício encerrado na oferta ou publicidade veiculadas ou, então, a aceitação, pelo consumidor, de um outro produto ou a prestação de um serviço equivalente ao prometido ou ofertado ou, ainda, a rescisão do contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, bem como perdas e danos imbutidos.

Conforme pondera Marques (2006, p. 746):

Isso significa que o fornecedor brasileiro deverá prestar mais atenção nas informações que veicula, através de impressos, propagandas em rádio, jornais e televisão, porque estas já criam para ele um vínculo, que no sistema do CDC será o de uma obrigação pré-contratual, obrigação de manter a sua oferta nos termos em que foi veiculada e cumprir com seus deveres anexos de lealdade, informação e cuidado.

Assim, aceita a proposta feita por meio de publicidade, o conteúdo em questão passará a integrar o contrato firmado com o consumidor, como se fosse uma cláusula extra, não escrita,

mas cujo cumprimento poderá ser exigido.

Tratando-se de risco profissional do incorporador/construtor, a cuja atuação a lei impõe deveres especiais não transferíveis aos consumidores, nem mesmo via previsão contratual, terá o fornecedor de suportar sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No filme, a protagonista visualizou a viabilidade econômica da servidão, vendendo ao empreendedor imobiliário o “espaço aéreo” do seu imóvel, abstendo-se de construir além de determinado pavimento, e garantindo ao adquirentes das unidades futuras a vista para *Sunset Strip*.

Da mesma forma no Brasil, a Lei 4.591/64 foi instituída com o intuito de regulamentar as atividades do condomínio e das incorporações imobiliárias ofertadas à coletividade, de forma a tornar a relação com o adquirente da unidade futura e autônoma mais igualitária. Nesse contexto, o incorporador é responsável pelo arquivamento da documentação no Ofício de Registro de Imóveis, de forma a conferir segurança jurídica ao adquirente da unidade futura.

Observou-se, também, que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8/078/90, ampliou ainda mais a proteção ao consumidor adquirente da unidade futura, ao taxar o construtor como fornecedor de produto/serviço, já que, quando o incorporador imobiliário vende, antecipadamente, um apartamento, para captação de recursos destinados à construção do prédio, assume a obrigação de dar coisa certa bem como a obrigação de fazer. E sendo o adquirente de unidade futura destinatário final das obrigações, dá-se a relação de consumo necessária para aplicação impositiva do Código de Defesa do Consumidor. E, nesse caso, todos os instrumentos jurídicos de proteção ao descumprimento contratual por parte do fornecedor se tornam aplicáveis.

Em síntese, sendo a vista para o mar ofertada pela incorporadora/construtora, ela incorpora o bem, como qualidade inerente ao contrato, e, portanto, sua ausência caracteriza publicidade enganosa, pois a oferta gera uma responsabilidade précontratual ao fornecedor, que deveria constituir a servidão, de modo a garantir a qualidade e a valorização do imóvel. Caracteriza-se, assim, publicidade enganosa a venda de imóvel com vista para o mar, que, não ato da entrega, o terreno à frente, venha a prejudicar essa visão e, conseqüentemente, seu possível valor no mercado imobiliário.

Dessa forma, para o incorporador veicular hipotética oferta publicitária, deveria constituir uma servidão de vista que consiga garantir a visibilidade paisagística que apresentou

ao consumidor.

Por sua vez, o consumidor é toda pessoa adquirente de unidade futura com objetivo de habitação, denominado pelo Código de Defesa do Consumidor como destinatário final, atraído pela publicidade da incorporadora/construtora, que, de sua parte, se torna plenamente responsável pelas informações que veicula.

Em conclusão, a oferta de vista integra o empreendimento desde a fase précontratual, quando da veiculação da oferta. Portanto, a servidão de vista, quando não constituída e veiculada pela incorporadora/construtora sob registro, atribuindo maior valor no mercado imobiliário por tal qualidade, caracteriza publicidade enganosa, **devendo o consumidor ser indenizado**, caso ocorra a perda da vista, em virtude de outros empreendimentos imobiliários vizinhos, quando não for possível constituir, posteriormente, a **servidão de vista sobre o imóvel vizinho**.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso: junho 2013.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre Condomínio em Edificações e a Incorporações Imobiliárias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm)>. Acesso: junho 2013.

COSTA, Daniel F. O. **Dos limites ao exercício das servidões - uma visão privatista**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8370](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8370). Acesso: maio 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **A responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código do Consumidor**. Ajuris – Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, 1998. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-do-incorporadorconstrutor-no-c%C3%B3digo-do-consumidor>>. Acesso: abril 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor**. Doutrinas essenciais. 4º v. Direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 2, Teoria geral das obrigações. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 4, Direito das Coisas, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. vol. 5. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUESI, Roberto Wagner. **As servidões revisitadas (um panorama das servidões no Código Civil de 2002)**. Scientia Juris. vol. 9. Londrina, 2005. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4043>

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENEZES, Rafael de. **Servidão**. Disponível em: <http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Reais-nas-coisas-alheias/8/aula/6>

OLIVEIRA, Patricia Fonseca; MAGNO, Carlos. **Direito de Superfície: uma análise comparada no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil**. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/3861/0>. Acesso: maio 2013.

SANTIAGO, Jaqueline de Miranda. **Incorporação imobiliária: um comparativo entre a Lei nº 4.591/64 e o Código de Defesa do Consumidor acerca das garantias conferidas aos adquirentes de unidade futura**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3204, 9 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21445>>. Acesso: janeiro 2014.

SOUZA, Anadélia Viana. **Responsabilidade civil do empreiteiro, construtor e incorporador**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6963](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6963). Acesso: maio 2013.

TONETTO, Bianca de Freitas. **Servidões Prediais**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/servidoes-prediais/52489/>. Acesso: maio 2013.

# CARROS E A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO: UMA EXPERIÊNCIA RESTAURATIVA

Eric Akira ASAKURA<sup>39</sup>

## RESUMO

Baseando-se no filme Carros, produzido pela Pixar Animation Studios com enfoque na adoção de práticas restaurativas, o presente artigo tem como finalidade analisar se a Justiça Restaurativa pode ser adotada como uma alternativa ao sistema punitivo atual. Inicialmente, verificar-se-á as teorias da pena e a crise do paradigma punitivo, ressaltando a necessidade de se alterar as medidas adotadas quando da ocorrência de um delito. Em seguida, será feita uma exposição sobre a Justiça Restaurativa, analisando características, princípios e objetivo que lhe são próprias e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, chega-se à conclusão acerca da viabilidade da adoção de práticas restaurativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Carros. Justiça Restaurativa. Direito e cinema.

## ABSTRACT

Based on the movie Cars produced by Animation Studios and focused on the use of restorative practices, the current article has as purpose to analyze if the Restorative Justice could be adopted as an alternative to the current punitive system. Initially, it will verify the theories that explains the punishment and the criminal law, highlighting the problems with the punitive system that make use of the incarceration as the main punishment. Then the article will show characteristics, principles and objectives of Restorative Justice and its compatibility with Brazilian's legal order. Finally, it will conclude about the viability of adopting restorative practices.

**KEY WORDS:** Cars; Restorative Justice; Law and movie.

## INTRODUÇÃO

Verifica-se na modernidade uma verdadeira crise do paradigma punitivo, um modelo pautado no positivismo adotando o aprisionamento do infrator como principal e quase única alternativa que acaba por instaurar uma “política voltada para a punição e exclusão e não direcionada para a solução dos problemas sociais”, conforme aduz Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p. 48).

Soma-se a isto o aumento da violência e criminalidade e sobretudo a sua veiculação nos meios de comunicação, difundindo na sociedade que é preciso cada vez mais punições e adoção de medidas mais severas, como pena de morte e redução da maioria penal, o que levaria à expansão do poder punitivo estatal.

Torna-se necessário a busca de alternativas ao atual sistema punitivista do direito penal, altamente excludente com o encarceramento como um instrumento de terror e controle social

---

<sup>39</sup> Possui ensino-medio-segundo-graupelo Colégio Drummond Ourinhos(2012). Tem experiência na área de Direito.

nas mãos do poder Estatal, afastando o indivíduo da sociedade e impedindo a sua ressocialização.

Diante deste cenário, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 225, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. A Justiça Restaurativa visa a solução de conflitos com a participação do ofensor, vítima e membros da sociedade, buscando a satisfação das necessidades dos envolvidos com foco na reparação do dano causado consensualmente por intermédio de facilitadores restaurativos capacitados.

O filme de animação Carros, lançado em 2006 com produção da Pixar Animation Studios e distribuído pela Walt Disney Pictures, ainda que de forma lúdica, retrata a reparação do dano como uma alternativa à outras punições. Nele o protagonista Relâmpago McQueen, durante uma perseguição policial após ser deixado pelo caminhão que o transportava, danifica o asfalto da cidade Radiator Springs. No julgamento pelo dano ocasionado, o filme mostra a participação de toda a sociedade para se chegar à conclusão de que a medida adequada para o caso seria a reparação do dano, ou seja, que Relâmpago McQueen refizesse o asfalto que havia estragado.

Assim, o presente artigo, através do método de investigação dedutivo com a análise das legislações, artigos e bibliografia disponível, em um primeiro momento irá verificar o sistema punitivista na atualidade, a crise desse sistema na atualidade focado na decadência do sistema prisional e as consequências que podem ser verificadas na sociedade com a adoção de medidas excludentes do infrator em detrimento da sua ressocialização. Em seguida, irá verificar, com suporte na Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça e doutrina, os panoramas da Justiça Restaurativa, a sua definição, objetivos e características para concluir se é uma alternativa adequada ao paradigma punitivo.

## **1. TEORIAS DA PENA E A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO**

O paradigma punitivo trata a pena como indispensável, essencial para o controle social, meio de pacificação e manutenção da ordem, “a relação entre pena e Direito Penal é tamanha que se firmou o entendimento que sem penal não há Direito Penal”, conforme aduz Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p. 28). Diversas teorias surgiram para justificar e explicitar a função da pena, destacando-se as teorias absolutas e relativas e que serão analisadas a seguir.

As teorias sobre a função da pena dependem da análise da íntima relação da pena com o Estado, qual o modelo adotado pela sociedade e condições econômica dela. Conforme assinala César Roberto Bitencourt, “Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-

relacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito de culpabilidade adotado” (2011, p. 115).

### **1.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena**

Também denominada teoria absoluta, a teoria retributiva da pena teve origem com o Estado absolutista, onde o poder estatal era todo concentrado em uma única pessoa, o soberano, sem intervenções, com o controle sobre as leis e a justiça. De acordo com Bitencourt (2011, p. 117):

Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia, que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.

Com a decadência do Estado absolutista e surgimento de ideias liberais de Estado, com base nas teorias do contrato social, deixou-se de lado a visão que existia da função da pena como um castigo para justificá-la como uma forma de fazer justiça quando alguém descumprisse o contrato social.

Diversos foram aqueles que defendiam teorias retributivas da pena, destacando-se entre eles os filósofos Immanuel Kant e Hegel. “É notória, no entanto, particular diferença entre uma e outra formulação: enquanto em Kant a fundamentação é de ordem ética, em Hegel é de ordem Jurídica” (BITENCOURT, 2011, p. 119).

A concepção kantiana parte de ideia do imperativo categórico. Relacionando direito e moral, o imperativo categórico seria uma lei universal partilhada por todos como aquilo que seja bom fazer, sendo considerado justa ação de um indivíduo que não agredisse ou afetasse o outro. O princípio universal de direito seria traduzido na ideia de que “é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não é um obstáculo à conformidade da liberdade de arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais” (KANT, 1993, p. 46).

Desta forma, a aplicação da pena ocorreria apenas e justamente porque alguém infringe a lei, de modo que a função da pena seria apenas fazer justiça. Bitencourt (2011, p. 123) sintetiza com saber que lhe é peculiar:

Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação desta decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito

Para Hegel, a racionalidade e liberdade seriam a base do direito enquanto o delito seria

a negação desse direito, uma vontade irracional. A pena teria o papel de restabelecer a ordem jurídica violada pelo infrator, consistindo no que se denomina a negação da negação do direito. Segundo Bitencourt, “para Hegel, a pena é a lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido” (2011, p. 124).

## **1.2 Teorias relativas da pena**

As teorias relativas, também denominadas de teorias preventivas da pena, diferenciam das teorias absolutas primariamente porque reconhecem que a pena não se aplica apenas porque houve a transgressão da lei, justificam que a pena se torna necessária para prevenir que novas infrações não sejam cometidas pelo mesmo indivíduo. Segundo César Roberto Bitencourt (2011, p. 132), “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir”. Verifica-se na doutrina duas formas de prevenção, a geral e a relativa.

Tais teorias se desenvolveram durante o período iluminista, buscando se expressarem pelos ideais liberais, como o livre-arbítrio, substituindo a coação física pela coação psicológica, em que a pessoa decidirá pela própria vontade e escolha que não irá cometer delitos.

De acordo com Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p.33), “a teoria da prevenção geral funda-se na coação psicológica social produzida com a ameaça da imposição da pena e com sua efetiva aplicação aos comportamentos desviantes”. Desta forma, os indivíduos da sociedade se encontravam sob a coação da possível aplicação da pena caso cometessem transgressões e acabariam por não as praticar para não serem castigados.

A teoria da prevenção especial também pretende evitar que o delito seja praticado, mas diferente da geral que é voltada para toda a sociedade, a prevenção especial volta-se para que o indivíduo não cometa delitos novamente.

Essa teoria reconhece um papel ressocializador da pena, que era necessária para a defesa da sociedade frente aos delinquentes, considerados um perigo para a sociedade.

Como bem assinala César Roberto Bittencourt (2011, p. 140), “O interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena segundo essa nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade”.

## **1.3 A crise do paradigma punitivo**

Feitas as considerações sobre as teorias punitivas que tratam de dizer a função da pena,

observa-se que tanto as teorias absolutas quanto as relativas impõem a aplicação da pena como um mal necessário para a sociedade, seja para a proteção do ordenamento jurídico, da ordem social ou como forma de prevenção geral para evitar novos atos. Assevera Cézaro Roberto Bitencourt (2011, p.114) que:

Se a pena já não é esse “mal” de que falam os defensores das teorias retribucionistas, mas, ao contrário, uma grave e imprescindível necessidade social, os postulados que fundamentam este conceito submergem em uma profunda crise que tem antecedentes no período do Iluminismo. Ainda que se reconheçam fins preventivos – gerais ou especiais – para a doutrina tradicional, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena.

Consoante com essas ideias, Marcelo Nalesso Salmaso (2016, p.19) também crítica a inocuidade que possui a pena no paradigma punitivo:

Ocorre que o paradigma punitivo – base do Direito Penal e de tantos outros sistemas que impõem a punição como forma de resposta a um comportamento indesejado –, nesses novos tempos, mais do que nunca, vem escancarando a sua debilidade, pois não se apresenta como apto a garantir os resultados a que se propõe, quais sejam, impedir, por um lado, que pessoas transgridam as normas, e, por outro, promover a ressocialização daqueles que já cumpriram suas punições, de forma que não voltem a repetir os atos tidos por inadequados.

Pelas informações disponíveis no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias é possível verificar que realmente a pena não satisfaz a função que lhe foi atribuída. Segundo dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), houve um aumento de 575% na população prisional entre os anos de 1990 e 2014, passando de 90 mil detentos para 607.731 pessoas em 2014, valores que colocam o Brasil em quarto lugar no ranking de países com as maiores populações carcerárias do mundo. Esses valores demonstram que a aplicação da pena não atingiu a função prevista nas teorias preventivas, qual seja, a de prevenir que as pessoas cometam crimes pela simples previsão da aplicação de penas.

Ainda, o alto índice de reincidência no Brasil deixa claro que a aplicação da pena não é a forma mais eficaz de evitar que os crimes voltem a ser cometidos pelos apenados. Apesar de ser de difícil apuração, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) aponta que foram feitas pesquisas que concluíram que a taxa de reincidência no Brasil, considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional, é de 70%.

Como bem assinala Marcelo Nalesso Salmaso (2016, p.20), “se o sistema punitivo sequer atinge as finalidades por ele visadas, muito menos se apresenta, por seus princípios, normas e procedimentos, como capaz de conduzir as pessoas à responsabilidade, ao respeito ao outro e à paz”.

Assim, por um lado o aumento na população carcerária demonstra que a previsão da norma penal não impede que as pessoas transgridam, não existe um controle subjetivo sobre as

pessoas e de outro a alta taxa de reincidência revela que não há efetiva ressocialização do indivíduo. Essa situação sustenta a atual crise do sistema punitivista que é aplicado em muitos países, em que o encarceramento se apenas para a segregação do infrator, conforme explica Marcelo Nalesso Salmaso (2016, p. 30):

Mesmo porque, no paradigma punitivo, as perguntas feitas são: “Quem fez? Transgrediu a lei? Teve culpa? Em caso positivo, qual a pena merecida?” Nesse cenário, não importa o que teria levado o ofensor a enveredar pelo caminho da transgressão, tampouco, como seria possível atender às necessidades causadoras da violência para fins de que o ofensor tome um caminho diferente, tornando-se a imposição da pena mais importante do que dar novos rumos àquele comportamento errado.

Além disso, a base positivista em que se firmou o atual paradigma punitivo, com a imposição das leis pelo Estado tratando do que é correto e justo e o que seria uma conduta desviante e que merece ser punida, acabou por se afastar da ótica protecionista e mantenedora da ordem na sociedade para satisfazer o interesse da classe social dominante ao passo que segrega e afasta da sociedade seletivamente.

Segundo Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p. 51), apoiado em Eugenio Raúl Zaffaroni:

O paradigma da imposição da ordem social, pelo sistema penal, que representa, nas palavras de Zaffaroni, o “controle social Punitivo institucionalizado”, foi desde a concepção do Estado, direcionando de forma repressiva e alicerçado no positivismo. Isso afastou o sistema punitivo do interesse social e majoritário, para recolher-se ao interesse da classe privilegiada, dominante, o que nos permite resumi-lo como estigmatizante, repressivo, excludente, desproporcional, segregador e desumano. A estigmatização e exclusão social do desviante são marcas indeléveis e mais que uma retribuição ou meio de defesa da sociedade, a criminalização e a punição tornaram-se meios para o livre desenvolvimento do capitalismo em ascensão.

Segundo dados levantados pelo DEPEN, 67% da população carcerária são pessoas negras, valor desproporcional se visto com a porcentagem da população negra no Brasil, que é de 51%. O direito penal passou a ser um instrumento segregador, marginalizando aqueles pertencentes das classes dominadas. “A exclusão, percebida num simples olhar pelas regiões marginais das metrópoles, onde a grande massa de pessoas submetidas e sujeitas ao sistema penal se concentra, desmascara o caráter ressocializador das teorias justificadoras e macula a legitimidade do sistema” (SALIBA, 2007, p. 57).

Em suma, Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p. 60), amparado por Luigi Ferrajoli traduz brilhantemente a crise do paradigma punitivo:

A história da retribuição penal, então, pode ser resumida, nas palavras de Ferrajoli, como a “mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido das produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costumam ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessárias, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pelas

somas de todos os delitos”.

## 2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Diante das mazelas do sistema punitivo contemporâneo, torna-se necessário buscar práticas alternativas ou mesmo complementar às penas privativas de liberdade que acabam por segregar e não impedem ou diminuem a ocorrência de novas infrações.

Ressalta-se, contudo, conforme esclarece Howard Zehr (2012, p. 22), que:

A Justiça Restaurativa não é, de modo algum, resposta para todas as situações. Nem está claro que deve substituir o processo penal, mesmo num mundo ideal. Muitos entendem que, mesmo que a Justiça Restaurativa pudesse ganhar ampla implementação, algum tipo de sistema jurídico ocidental (idealmente orientado por princípios restaurativos) ainda seria necessário como salvaguarda e defesa dos direitos humanos fundamentais.

As práticas restaurativas podem ainda ser adotadas paralelamente ao aprisionamento, não sendo necessariamente medidas que não poderiam coexistir com a pena de prisão. Mas o que seria a Justiça Restaurativa?

Diante da ocorrência de um crime, o atual sistema punitivo busca a responsabilização do ofensor, o processo penal procura determinar qual a pena adequada a ser aplicada ao infrator do regramento jurídico.

A Justiça Restaurativa traz uma nova perspectiva de como agir quando alguém comete uma infração penal. O objetivo principal não é mais a retribuição como ocorre no sistema punitivo, mas a restauração. “Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiremos como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime” (ZEHR, 2008, p. 176).

Partindo de uma análise nas necessidades que não são atendidas pelo atual sistema e verificando que os agentes envolvidos no processo penal são muito restritos, a Justiça Restaurativa inclui como interessados no processo penal além do infrator e do Estado a vítima e os membros da comunidade.

Partindo de uma análise nas necessidades que não são atendidas pelo atual sistema e verificando que os agentes envolvidos no processo penal são muito restritos, a Justiça Restaurativa inclui como interessados no processo penal além do infrator e do Estado a vítima e os membros da comunidade.

As necessidades das vítimas não atendidas pelo processo penal vigente incluem mais informações sobre como de fato se deu o delito e seus desdobramentos, oportunidade para se pronunciar sobre o ocorrido, ter uma efetiva participação no processo para retomar um senso de controle e empoderamento e a restituição patrimonial.

Quanto ao ofensor, as práticas restaurativas buscam ir além de simplesmente

responsabilizar o infrator com a punição adequada, busca estimular que ele consiga compreender as consequências das suas ações e entenda o sofrimento da vítima. Conforme Howard Zehr (2012, p. 27):

A Justiça Restaurativa tem promovido a conscientização sobre os limites e subprodutos negativos da punição. Mais do que isto, vem sustentando que a punição não constitui real responsabilização. A verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o ofensor a compreender o impacto de seu comportamento, os dados que causou – e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo o que for possível. Sustento que este tipo de responsabilidade é melhor para as vítimas, para a sociedade e para os ofensores.

Em relação aos membros da comunidade, é preciso que a justiça lhes garanta “oportunidades para construir um senso comunitário e de responsabilidade mútua” e “estímulo para assumir suas obrigações em favor do bem-estar de seus membros, inclusive vítimas e ofensores, e fomento das condições que promovam convívio saudável, conforme aduz Howard Zehr (2012, p. 29).

Ainda sobre papel da comunidade para a Justiça Restaurativa, Marcelo Nalesso Salmaso (2016, p. 39) ressalta que há o “empoderamento comunitário, passando a comunidade, de mera expectadora passiva da resolução dos conflitos, a corresponsável direta e ativa, juntamente com o Poder Judiciário e com a Rede de Garantia de Direitos, pela solução dos problemas que a atingem.”

Marcelo Nalesso Salmaso (2016, p. 37) retrata bem a importância do reconhecer as necessidades de todos os envolvidos:

Um dos pontos centrais da Justiça Restaurativa está em entender que todos nós vivemos em sociedade, interligados de alguma forma, como se estivéssemos em um grande círculo, cada qual com sua individualidade, mas apresentando igual importância para o desenvolvimento do todo e influenciando diretamente os rumos da coletividade. Portanto, não é possível simplesmente excluir qualquer pessoa quando vem à tona um conflito, mas, ao contrário, faz-se necessário trabalhar as responsabilidades coletivas e individuais para que ela retorne à convivência comunitária da melhor forma possível.

## **2.1 Princípios e conceito de justiça restaurativa**

A Justiça Restaurativa firma-se em três princípios: foco no dano cometido, reconhecimento das obrigações e promoção de engajamento ou participação.

Pelo foco do dano entende-se que para a Justiça Restaurativa o crime causado um dano a pessoas e coletividades, abandonando a ideia de que a vítima seja o Estado. Desta forma, afastando-se da preocupação de punir o ofensor, a Justiça Restaurativa aproxima-se das necessidades da vítima, que é quem efetivamente sofreu o dano.

O reconhecimento das obrigações engloba a compreensão dos danos causados por parte do ofensor que devem assumir a tarefa de reparar o dano causado.

Por fim, a Justiça Restaurativa busca que os envolvidos no crime, ofensor, vítima e

comunidade, tenham efetiva participação no processo, como por exemplo através de um diálogo direto entre eles.

Enfim, a partir destes princípios Howard Zehr (2012, p. 49) estabelece um conceito da Justiça Restaurativa:

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.

Em sintonia com esse conceito, a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça em seu artigo 1º, *caput*, e nos incisos I e III as ideais de que é necessário a efetiva participação ou engajamento dos envolvidos com o delito, com a vítima, familiares e comunidade e reconhecimento das obrigações com o destaque para a necessidade de reparação do dano por parte do ofensor:

Art. 1º A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos.

(...)

III – as práticas restaurativas terão como foco as necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade de reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo fato danoso e as implicações para o futuro. (Resolução CNJ 225/2016)

## **2.2 Compatibilidade da justiça restaurativa no atual ordenamento jurídico brasileiro**

O ordenamento jurídico brasileiro não fez nenhuma referência expressa a respeito da Justiça Restaurativa, não há alguma norma que trate da aplicação de práticas restaurativas no processo judicial. Ressalta-se a existência do projeto de lei nº 7.006 de 2006 que propõe alterações na legislação vigente para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Apesar disso, a doutrina reconhece que o sistema dos juizados especiais se apresenta compatível com as práticas restaurativas. Segundo Joalice Maria Guimarães de Jesus (2016, p. 245):

Embora a legislação brasileira não contemple, formalmente, o paradigma restaurativo, este passou a ter os seus primeiros ensaios com as inovações implementadas pela Lei nº 9.099/95, ao inserir, na dinâmica dos Juizados Especiais Criminais, os institutos da conciliação e da transação penal, estranhos, até então, à tradição jurídica brasileira, que segue o sistema dos países de *civil law tradition*.

Conforme prevê o artigo 98, inciso I da Constituição Federal, a criação de juizados especiais tem como objetivo o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade

e infrações penais de menor potencial ofensivo, com um processo pautado pela oralidade e celeridade.

A previsão de uma fase preliminar no juizado especial criminal ressalta uma tentativa de buscar um processo consensual, participativo e inclusivo do ofensor e também da vítima. Nessa audiência preliminar, assim como busca a Justiça Restaurativa, há a tentativa de acordo para que o ofensor realize a composição dos danos causados. Conforme Joalice Maria Guimarães de Jesus (2016, p. 244):

A Lei dos Juizados Especiais inovou na criação de uma fase penal preliminar, descortinando um novo significado para a aplicação das sanções ao estabelecer uma justiça consensual, com significativa finalidade de reparar os danos cíveis decorrentes do crime, sempre privilegiando a pacificação social.

Ademais, a consagração de princípios como a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade na Lei dos Juizados Especiais aproxima-a das práticas restaurativas, como bem observa Joalice Maria Guimarães de Jesus (2016, p. 245):

A importância da consagração dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade pela Lei nº 9.099/95, nos seus arts. 2º e 62, e a sua busca constante pela resolução do conflito, por meio da composição civil ou da transação penal (art. 72), possibilitam a implantação das técnicas restaurativas como instrumentos complementares. Ademais, o modelo restaurativo consagra, entre outros, os mesmos princípios e tem, além disso, como finalidade, reparar e pacificar o conflito por meio da responsabilização.

Enfim, verifica-se que o juizado especial foi influenciado pelas ideais restaurativas e apresenta ampla compatibilidade com ela, permitindo a aplicação de práticas restaurativas visando a resolução consensual dos conflitos com um processo mais inclusivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a inocuidade do sistema punitivo, não se mostrando uma forma eficiente de diminuir a ocorrência de práticas delitivas por coação psicológica com a previsão das penas no ordenamento jurídico e ainda sem demonstrar evolução na tentativa de diminuir que os condenados voltem a praticar crimes, A Justiça Restaurativa vem ganhando cada vez mais destaque como alternativa à atual situação.

O filme Carros é um bom exemplo de como se desenvolve a adoção das práticas restaurativas. Nele é possível observar a adoção de um procedimento inclusivo com predomínio da oralidade e informalidade, com efetiva participação do ofensor e das vítimas, que no caso se confunde com a comunidade.

Verifica-se também a busca pelas necessidades dos envolvidos. O ofensor estava atrasado para a corrida enquanto a comunidade precisava do conserto da estrada. De forma consensual, acordam com a reparação do dano causado por parte do ofensor, que compreende a

consequência dos seus atos.

Atendendo aos objetivos da justiça restaurativa, o processo vivenciado pelo ofensor com a participação comunidade resultou na total reparação do dano causado e permitiu a integração do ofensor na comunidade, ressaltando o caráter transformador e curativo que caracterizam a Justiça Restaurativa.

Desta forma, é possível concluir que, diante da compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, a adoção das práticas restaurativas visando um processo com maior engajamento e participativo de todos os envolvidos na prática criminosa, o ofensor, vítima e comunidade, torna-se uma alternativa viável para o atual sistema punitivo em vistas de uma cura e reforma dos problemas que há muito tempo contribuem para altos índices de crimes e agrava a violência.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cézár Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em 13 de janeiro de 2017.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN - JUNHO DE 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

JESUS, Joalice Maria Guimarães de. A fundamentação legal da justiça restaurativa, junto ao ordenamento jurídico brasileiro. In CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo*. Jacarezinho: 2007, FUNDINOP, Dissertação (Mestrado em Direito). Disponível em: <<http://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1935-marcelo-goncalves-saliba/file>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

\_\_\_\_\_, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# ENSINO JURÍDICO E CINEMA: O FILME “CONFIAR” E UMA LEITURA DOS CASOS DE ABUSOS SEXUAIS CONTRA MENORES NO BRASIL

Carla BERTONCINI  
Fabiani Daniel BERTIN<sup>40</sup>

## RESUMO

Possui, como escopo, apresentar a contribuição interdisciplinar do uso da arte cinematográfica no ensino jurídico, bem como fazer uma leitura dos casos de abusos sexuais praticados por meio da internet contra crianças e adolescentes. Utilizando como ponto de partida e instrumento de trabalho o filme “Confiar”, o artigo destina-se a pensar sobre a problemática de tais crimes e sua influência na vida do menor, sob a visão da legislação pátria. Porém, antes de iniciar a análise do filme em si, faz-se, de modo breve, uma abordagem sobre a trajetória e desenvolvimento do ensino jurídico no país, bem como da relação entre Direito e cinema como forma de levar o conhecimento jurídico pela perspectiva da Arte. Através das lentes do filme, busca-se alertar sobre os meios ardilosos dos quais os abusadores se utilizam para abordar e tornar ainda mais vulneráveis suas vítimas. E, assim, analisando a integração entre família e Estado – através da legislação vigente – buscar formas de impedir a continuidade desse círculo vicioso, tornando efetiva a proteção integral do menor apresentada como princípio motriz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ensino Jurídico. Direito. Cinema. Abuso sexual do menor. Cyber crimes sexuais.

## ABSTRACT

Its scope is to present the interdisciplinary contribution of the use of cinematographic art in legal education, as well as to make a reading of the cases of sexual abuse practiced through the Internet against children and adolescents. Using as a starting point and working tool the film "Trust", the article aims to think about the problem of such crimes and their implications in the life of the child, under the vision of the country's legislation. However, before beginning the analysis of the work, it briefly approaches the trajectory and development of legal education in the country, as well as dealing with the relation between law and cinema as a way of bringing legal knowledge through the perspective of art. Through the lens of the film, reflect on the cunning ways in which abusers use to approach and make their victims even more vulnerable. Thus, by integrating the family and the State - through existing legislation - fight to prevent the continuity of this vicious circle, making effective the integral

40 Advogada militante na Subseção de Santo Antônio da Platina - Paraná. Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2017- 2018). Especialista em Gestão Pública (2015) pela Faculdade São Braz - Curitiba. Bacharela em Direito (2016) e Licenciada em História (2011), ambos os cursos pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho. Integrou o Grupo de Pesquisa "Memória e Ensino de História" (2010) da UENP, durante a graduação de História, do qual originou o Trabalho de Conclusão de Concurso da referida graduação. Atualmente, é integrante dos Grupos de Pesquisa: "Intervenção do Estado na Vida das Pessoas" e "Direitos Fundamentais e a sistematização Precedentalista vinculante no Brasil", ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde realiza pesquisa sobre violência doméstica, casamento infantil, direito de família, entre outras áreas afins. Possui interesse em Direitos Humanos; Direito Constitucional; Direito Civil - Direito de Família; Direito Penal; Direito das Minorias e áreas diretamente relacionadas aos interesses da Criança e do Adolescente, bem como aos temas relacionados ao Ensino Jurídico Brasileiro.

protection of the child presented as the driving principle of the Statute of the Child and Adolescent.

**KEY WORDS:** Legal Teaching. Law. Movie Theater. Sexual abuse of the minor. Cyber sexual crime.

## **INTRODUÇÃO**

Com a intenção de refletir sobre a lamentável realidade dos abusos sexuais cometidos contra menores, o presente trabalho se utiliza da produção cinematográfica “Confiar”, filme de 2010, com o escopo de trazer o tema à baila.

Entretanto, antes de iniciar a proposta central, eis que se faz necessário introduzir o leitor em relação aos caminhos trilhados pelo ensino jurídico brasileiro, ainda que brevemente, até se chegar à proposta de construção de um currículo interdisciplinar, utilizando do cinema como instrumento em favor do Direito.

Por fim, adentra ao tema principal desta proposta: analisar o filme “Confiar” e a sua relação temática com a legislação vigente no Brasil, bem como servir de alerta à família sobre sua responsabilidade social, moral e jurídica de estar sempre atenta à proteção destinada aos menores sob sua responsabilidade, principalmente no que tange ao uso responsável e seguro de sistemas de informática, os quais já se tornaram uma ferramenta de uso comum no cotidiano de adultos e de muitas crianças.

Quanto à escolha do filme, entende-se crucial pelo fato de que abrange um assunto que, até pouco tempo, era causa suficiente para o reforço de tabus. Hodiernamente, faz-se necessário refletir sobre como ocorre a prática de tal conduta criminosa, a qual sempre coloca em risco a segurança e o bem-estar do menor, prejudicando seu desenvolvimento psicológico e emocional e aumentando a vulnerabilidade da vítima, que por vezes, fica envolta nesse círculo vicioso.

## **ENSINO JURÍDICO: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES NECESSÁRIOS**

Compreender as relações humanas em seus mais variados aspectos tem sido a tarefa de inúmeros estudiosos que se debruçam, incansavelmente, sobre o tema no decorrer dos tempos. Seja em seu aspecto histórico, filosófico, sociológico ou jurídico, tal tarefa tem despertado interesse, ao passo que, por meio de sua compreensão, melhor seriam entendidas e definidas a convivência entre os mais diferentes tipos de personalidade existentes.

Desse modo, a interdisciplinaridade obteve o status de “ponte” entre campos que, outrora, não seriam concebidos em situação de diálogos, mas que, hoje, são melhores

desenvolvidos graças a esse trabalho conjunto. E na área do Direito não seria e nem poderia ser diferente, pois trata-se de uma ciência de cunho social atrelada diretamente às relações humanas.

As primeiras escolas jurídicas do Brasil iniciam-se como a herança de um ensino de Portugal, direcionado ao viés estritamente burocrático e tradicional, dificultando sua aplicação, ao passo que, nem sempre, condizia com a realidade brasileira. Conforme Sola e Foristieri (2011, p. 03):

O Direito no Brasil entrava em constante paradoxo de ideias e de prática, pois o Direito importado de Portugal, muitas vezes, não condizia com a realidade brasileira. O Direito formal importado para o Brasil impunha aspectos legais impróprios àquela realidade social, visto que tinha como objetivo unificar uma grande diversidade cultural impondo uma formalidade que, naquele momento, não caracteriza os anseios sociais e que tinha como único objetivo de atender aos interesses de uma minoria que era a elite detentora do poder.

Contudo, como logo percebido – ainda que a passos lentos – seria necessário que algo a mais fosse feito para que o ensino jurídico brasileiro ganhasse uma nova roupagem, mais adequada e condizente com a realidade a que estava subordinado. Quanto a isso completam Sola e Foristieri (2011, p. 04):

A escola do Recife foi uma grande responsável pelos avanços do pensamento cultural da época, pois buscou a pluralidade temática, a fim de abordar pensamentos jurídicos. Essa pluralidade temática foi responsável por diversos escritos e avanços jurídicos, uma vez que possibilitou a aplicação do Direito na vida cotidiana e na realidade social do nosso país deixando de ser mera cópia do Direito Lusitano.

Compreender o Direito, hoje, e não associá-lo ao grande amálgama cultural, histórico, filosófico e sociológico que existe é o mesmo que retornar ao arcaico ensino de outrora, hoje, tão obsoleto, insuficiente às propostas de compreensão humana. Deve-se, pois, cada vez mais, almejar um ensino que seja capaz de alcançar tal diálogo, de modo a não retroceder a um período em que a técnica era o único fim almejado.

Tal preocupação se deve ao fato de que esse caminho da interdisciplinaridade ainda está em construção. Levar o Direito aos demais campos e trazer as demais áreas do conhecimento ao Direito é o desafio sempre vivo, destinado aos que se dispõem ao Ensino Jurídico. Isso é o que defende Rodrigues (1992, p. 267), quanto à necessidade de tal diálogo: “Constata-se, portanto, a necessidade de um estudo interdisciplinar do Direito, englobando uma análise que leve em consideração, de um lado, as várias disciplinas jurídicas e, de outro, aquelas que lhes são afins e que podem contribuir na sua compreensão. ”

Isso tudo considerando a formação do jurista para atuar em meio aos conflitos sociais, onde certamente encontrará e vivenciará as mais diversas situações, devendo estar minimamente preparado para os desafios que o esperam além das paredes de uma sala de aula. Quanto a isso, ressalta Mossini (2010, p.46):

Portanto, a formação do jurista para estabelecer uma adequada sintonia com os novos

rumos do Direito vai exigir um ethos cultural claramente interdisciplinar, a partir de certa ênfase no ensino e na prática dos Direitos de nova geração, com o estudo também de todas as dimensões sociais, políticas, econômicas e culturais que esses Direitos encerram naturalmente.

Busca-se, pois, por um jurista apto a desempenhar suas funções indo além da perspectiva técnica do Direito. Anseia-se por um profissional aberto a compreender, de modo amplo, os problemas a serem solucionados, usando, sim, do conhecimento técnico intrínseco a sua carreira, mas não restrito somente a ele. Busca-se a formação de um jurista que desenvolva a capacidade de relacionar-se com homens, respeitando suas diversidades, valores, culturas e, principalmente que atenda à função social do Direito. Ideia essa também ressaltada por Sola e Foriestieri (2011, p.08):

Para se atingir, realmente, um ensino de altíssima qualidade necessário se faz que se desenvolva nos alunos a capacidade crítica diante da realidade que lhes é imposta. Dar condições para que o aluno pense juridicamente, desenvolvendo o ensino interdisciplinar, adaptando os futuros profissionais ao mercado de trabalho cada dia mais competitivo.

De modo que, como bem explica Rodrigues (1992, p.269), seja fielmente o Direito compreendido como objeto cultural: “o Direito como objeto cultural só pode ser totalmente compreendido através de uma análise dialética e interdisciplinar. Objeto este a ser utilizado em prol daqueles que o constroem.

Destarte, com o diálogo possibilitado pela interdisciplinaridade, novas perspectivas serão tratadas como meios de se conceber uma mais sólida compreensão das Ciências Jurídicas, aproximando as áreas do conhecimento a um fim comum: desvendar mais profundamente os sujeitos que as constroem e suas necessidades. Quanto a isso, finaliza Mossini (2010, p.196):

Somente um pensamento verdadeiramente interdisciplinar pode constituir a base para a transformação da realidade. Do mesmo modo, é somente esse conhecimento interdisciplinar que, fugindo de uma análise tecnicista do ordenamento jurídico vigente, permite compreender o fenômeno jurídico em suas múltiplas particularidades e permite dar conta de que o Direito é fruto de um modo determinado de apreensão e compreensão do real.

Entre as opções trazidas por tais diálogos, destaca-se o cinema. Por meio de tal arte, e porque não ciência, o Direito tem chegado aos mais variados lares, alcançando as mais diferentes realidades e pessoas. Abrangendo casos fictícios, e, às vezes também reais, o cinema apresenta e discute questões jurídicas a que, na maioria das vezes, a população só teria acesso se fosse parte de alguns dos polos de uma relação jurídica, o que nem sempre é desejado.

## **O DIREITO NO CINEMA E O CINEMA NO DIREITO: UMA NOVA POSSIBILIDADE**

Como uma proposta consistente e inovadora, a arte cinematográfica vem conquistando espaço, quando o assunto é o ensino jurídico. Isso em razão de ser um instrumento forte nas

mãos de quem o sabe manusear. Analisado pela perspectiva de algo capaz de levar a questionamentos, seguidos de análises mais profundas, sobre os variados temas que têm sido discutidos nos telões, o cinema apresenta-se como um grande aliado metodológico das Ciências Jurídicas. Sobre isso explica Almeida (2009, p.38):

O cinema é um produto da cultura humana e, sendo assim, retrata, intencionalmente ou não, a condição do homem, de seu tempo, de seu lugar no mundo. O Direito, como fenômeno histórico que é, expressa-se num contexto humano de poder, de interações, vez que se propõe a estabelecer, dirigir e controlar comportamentos para assegurar um convívio humano conveniente.

Portanto, dentro da ideia interdisciplinar, isso é excelente, visto que certos temas de suma relevância dificilmente saem, em uma análise jurídica mais aberta, das salas das faculdades de Direito ou das de um ambiente forense. Já, quando o assunto pode ser apresentado em uma linguagem mais leve e acessível, o Direito passa a atingir sua função social com maior eficácia. Diante disso, através do cinema, acontece uma aproximação maior entre espectador e o mundo jurídico. Quanto a isso, explicam Dobarro e Villaverde (2006, p. 143):

O cinema proporciona a expressão da realidade; quando se está dentro de uma sala escura de projeção, presencia-se uma realidade, por mais extravagante que ela seja no nível físico, já que, na ocasião da relação íntima do espectador com a tela de cinema, só há aquela história em todas as suas particularidades.

Obviamente, que não se pode aqui deixar de mencionar que os fatos apresentados nos telões não podem ser generalizados como pertencentes a todos os ordenamentos. A concepção primária é de que são produções artísticas as quais estão intimamente ligadas aos modos e culturas do país onde são construídas. Por exemplo, filmes produzidos nos EUA reproduzem, em sua maioria, a realidade e cultura de lá e isso inclui suas leis e modo de viver, juridicamente falando. Já, se forem produzidos no Brasil, certamente, que o olhar será com base na realidade jurídica daqui. No entanto, segundo Modro (2009, p. 37): “Ainda que haja diferenças no sistema jurídico, em sua essência, há possibilidades de leituras pertinentes e que possibilitam não apenas o aproveitamento daquilo que é análogo como ainda possibilita, em muitos casos, uma possível linha de análise comparativa”.

Em razão disso, feito esse alerta, não há razões para que tal instrumento não seja objeto de auxílio no aprendizado e debate de temas direta ou indiretamente relacionados ao mundo jurídico. Já ressalta isso o pensamento de Pereira (2012, p.103): “Nesse sentido, o direito pode se aproveitar da prestação de complexidade que a arte lhe oferece e produzir novas semânticas, ressignificar as já existentes”.

Como visto a junção dessas duas áreas só tende a acrescentar a cada uma delas. Tanto que isso é bem reforçado por Dobarro e Villaverde (2006, p. 144): “O cinema, como o Direito, é um abundante conjunto de conhecimentos deixado à disposição para que seja decifrado por seus

incalculáveis destinatários.”

E no caso do Direito, quanto mais ampliados forem os métodos de ensino, melhor será a formação humana e acadêmica de seus estudiosos. Tal relação é trazida por Modro (2009, p. 26):

O filme pode ser um estímulo para uma aprendizagem mais ampla de determinado assunto, visto que o cinema incorpora diversas linguagens abrindo inúmeras possibilidades semióticas de percepção da realidade circundante. Pode-se trabalhar a linguagem visual dos filmes explorando as possibilidades de interpretação de suas imagens, diálogos, reconstrução de períodos históricos, as marcas enunciativas, as relações pessoais e sociais, os possíveis valores morais, éticos, educacionais e didáticos.

Portanto, como visto, essa parceria Direito - Cinema proporciona um momento de discussão e debate que foge aos métodos tradicionais de ensino jurídico em razão, também, de envolver mais sentidos cognitivos, tais como a fala, audição e visão, as quais transbordam nos telespectadores uma gama de sensibilidade não alcançada nessa dimensão pela leitura de manuais. Quanto a isso, esclarece Lima (2010, p.11):

O cinema mostra-se propício para facilitar a experiência de colocar-se no lugar do outro, devido à fusão quase entusiástica de várias artes numa só. O espectador identifica-se com os personagens, num movimento em que imagina outras vidas possíveis, aquelas dos personagens e que podem atrair ou causar forte repulsa, levando-o a refletir de modo diferente do habitual.

Desse modo, o incentivo a tal diálogo só tende a ser positivo, ao passo que, por meio dele, mais e mais pessoas terão acesso aos debates jurídicos mais relevantes e atuais de seu tempo, colhendo os frutos da proposta trazida pelo método interdisciplinar, bem como vendo efetivar-se a concepção de um ensino voltado a uma formação mais ampla, o que é enfatizado por Almeida (2009, p.38):

O estudo do Direito exige, atualmente, uma formação geral, ampla e articulada com outras áreas do saber e do conhecimento humano, ainda que se expresse em linguagem e textos, que a ele são peculiares. De forma idêntica, o cinema – arte e indústria própria do século XX – para se fazer linguagem combina texto, música, cor, artes cênicas para expressar situações humanas que também podem ser estudadas numa visão jurídica.

Destarte, a combinação e sintonia entre Direito e Cinema contribui com o ensino jurídico quanto a maiores possibilidades metodológicas aplicadas à formação dos profissionais, bem como também consegue ir além chegando a realidades longínquas dos ambientes forenses. Com isso, temas jurídicos de interesse geral saem do círculo partes- operadores conseguindo chegar à sociedade de forma mais democrática.

## **O FILME “CONFIAR”: A QUESTÃO DOS ABUSOS SEXUAIS COMETIDOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

O filme, produzido nos Estados Unidos em 2010 sob direção de David Schwimmer,

gira em torno da história de Annie (Liana Liberato), uma adolescente eufórica que desejava ter mais popularidade entre as meninas mais velhas do colégio. Para tanto, precisava fazer e participar das mesmas coisas que para elas eram consideradas importantes, tais como as festinhas nas casas das amigas, o mesmo estilo de roupa e comportamento, bem como a primeira relação sexual.

Annie tinha 14 anos, uma família aparentemente presente, uma vida tranquila como a da maioria das meninas de sua idade. Entretanto, em razão dessa fase conturbada que é adolescência, não se sentia adequada ao que as demais meninas “populares” consideravam como o “normal”, sendo que por isso sentia-se isolada em algumas situações. Até que, em seu aniversário, foi presenteada por seus pais com um Macbook, o qual lhe deu acesso a uma sala de bate papos. Lá, iludida com a ideia de que encontraria amigos perfeitos, Annie conheceu Charlie, um rapaz que se apresentou a ela como um adolescente de 16 anos.

Com as conversas, Annie acabou por aproximar-se de Charlie, sendo que, aos poucos, acabaram trocando números de telefone e passaram também a conversar com mais frequência. Ele era o “achado” de Annie, ao passo que falava tudo o que ela queria ouvir, era o “menino dos sonhos”, isso é perceptível especialmente na cena em que ele envia uma foto para ela, que fica simplesmente deslumbrada. Contudo, com o tempo, ao conquistar a confiança da menina, eis que ele contou a ela que não tinha somente 16 anos, mas 20. Ela estranhou, mas ele com seu discurso de que não queria assustá-la, conseguiu manter o contato.

Ocorreu que, após mais algum tempo de conversa, ele acaba novamente revelando à garota que a sua verdadeira idade era 25 anos, o que para ela foi um novo susto. Embora considerasse a situação como estranha, Annie já estava envolvida e encantada demais com Charlie para colocar um ponto final na história. Apesar das mentiras de Charlie, ela decide manter o contato devido ao envolvimento e também oculta de seus pais sobre as descobertas a respeito dele. Ela o mantém às escondidas e prossegue em sua primeira aventura amorosa.

Annie tinha um irmão mais velho que iria embora de casa para iniciar a faculdade. No dia da mudança, ela aproveita a ausência de seus pais e marca um encontro – o primeiro e último – com Charlie em um lugar de bastante movimento, pois ele queria absurdamente conhecer Annie além das fotografias que ela enviava. Para a desagradável surpresa da menina, eis que, no lugar e hora marcados, aparece Charlie. Não o menino de rosto angelical, de 25 anos, recém formado, o que já destoava da idade dela, mas um homem aparentando seus 35 anos no mínimo.

A reação da garota, no início, foi de desespero, raiva e decepção. Afinal, ela havia passado mais de dois meses conversando com alguém que ela imaginava ser totalmente

diferente. Em seu rosto não havia a mínima familiaridade, mas seu discurso era docemente encantador, como de costume. Apesar da decepção relatada por ela, Charlie consegue persuadi-la de que o que importava era que ele a amava e que agora eles estavam finalmente juntos. Ele também alega que viajou por horas somente para encontrá-la e entregar o presente que ela havia pedido: uma lingerie.

Embora assustada, Annie decide acompanhar Charlie até o motel. Percebe-se nela uma mistura de sentimentos: descontentamento pelas mentiras, confusão sobre o porquê de ele ter omitido sua idade real e medo de não o acompanhar. Chegando lá, Charlie inicia, contra a vontade da menina, o que se percebe facilmente pelas cenas, atos sexuais que terminam em conjunção carnal, bem como filma o ato com uma câmera escondida.

Após o encontro, a menina não conseguiu mais contato com ele, e seu comportamento passou a ser de uma pessoa desesperada. Ela não sabe ao certo, não compreende a situação, mas foi vítima de um abusador sexual de internet que não queria nada além de obter vantagens sexuais.

Desesperada, conta a sua melhor amiga, Brittany, a qual confidencia o segredo à Direção da escola, momento em que a polícia é acionada e seus pais descobrem os fatos. No início, a menina custa a compreender o que aconteceu, a gravidade da situação, e insiste em defender Charlie dizendo que foi consentido, o que no fundo ela sabe que não foi. Mas com o passar dos dias, com o acompanhamento familiar e psicológico, cai a ficha e ela percebe que era apenas mais uma das vítimas de um cara que sequer sabia o nome.

Por fim, a narrativa termina com o suposto Charlie em uma feira com sua esposa, encontrando um aluno junto com a mãe do menino. Charlie, na verdade um nome falso, era um homem de cerca de 35 anos, com uma profissão, possuía família, um sujeito aparentemente “normal” para os padrões impostos pela sociedade e livre de qualquer suspeita. Nas horas vagas, assumia o personagem Charlie usando das salas de bate papo online a fim de conquistar e abusar de meninas, colocando-as na posição de seu objeto de satisfação sexual.

Como visto, o filme trabalha um tema complexo, que é o abuso sexual de crianças e adolescentes – especificamente a pedofilia – praticada, inicialmente em ambiente virtual e sendo concluída com a prática de estupro. Entretanto, aqui, devido à limitação do trabalho, não há como discutir o termo pedofilia em razão da multiplicidade de conceitos que lhe são atribuídos, o que causa divergência doutrinária.

## **A PROTEÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DO MENOR NO BRASIL**

O menor recebe a proteção jurídica pela legislação pátria em suas mais variadas

formas. Tal atenção inicia-se logo no Texto Constitucional na parte dedicada à família:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Como visto, os direitos do menor são tutelados constitucionalmente, o que os tornam abrangentes a fim de que todas as situações capazes de colocá-los em risco possam ser apreciadas. Dentre todos os direitos, eis que um resume magnificamente os demais: o da dignidade. Ter uma vida digna, uma vida composta de circunstâncias capazes de oferecer uma infância e adolescência cercada de tranquilidade. E quanto a tal direito, ressalta Serrano Júnior (p.199), ao esclarecer a respeito do valor intrínseco da pessoa: “Isto significa que o homem, enquanto pessoa, em si mesmo, possui um valor incondicionado, não suscetível de ser utilizado como meio e, por isso mesmo, instaurador de deveres valores.” Para ele, a dignidade refere-se a essa incondicionalidade de valor que cada pessoa carrega em si.

E falar em dignidade significa relacionar direitos inerentes a todo e qualquer homem, definidos por Abner Silva (2013, p. 173)) como:

Aqueles direitos inerentes à pessoa humana, que visam a resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado, de forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo, assim, o bem-estar social, através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação.

E isso tudo envolve o direito de vir ao mundo e ser acolhido como ser humano detentor de uma dignidade nata, recebendo o respeito em relação a suas peculiaridades e diferenças; sendo assegurada sua saúde física, mental e inclusive suas orientações sexuais e seu momento e modo tão particular de vivê-las.

O filme é um alerta sobre o início e o desenrolar trágico de histórias muito semelhantes à da pequena Annie. Apresenta toda a estrutura utilizada pelo abusador, seu modo de abordagem, seu perfil dócil, sua maneira sutil de fazer com que a vítima acredite estar em um relacionamento sadio e comum. Posteriormente, chega à consumação do fim para o qual o abusador tanto trabalhou: o estupro. Trazendo a ficção para a realidade brasileira, o cenário não se difere muito. Daí a importância em se debater tal assunto.

Como no filme, o abusador chega de mansinho e vai aos poucos ganhando confiança, ao passo que conta com um terreno fértil, tão convidativo e obscuro, que são os ciberespaços, onde se pode navegar anonimamente sem grandes problemas. Quanto a esse terreno tão pouco explorado, alertam Silva e Veronese (2009):

O ciberespaço, caracterizado pela sua porosidade que permite fluxos informacionais e de comunicação além fronteiras, amplia a vulnerabilidade dos adolescentes, que tanto

podem contribuir para sua própria vitimização, pela forma como deliberadamente se expõem, como podem ser enganados, mantendo contatos com adultos que se identificam como pessoas da mesma faixa-etária a partir de perfis falsos, criados com a finalidade deliberada de estabelecer comunicação com crianças e adolescentes e, a partir disso, ter acesso a imagens, informações e dados sobre sua intimidade.

As autoras, acima, descrevem o contato entre vítima e abusador, como mostrado no filme, o que serve de reflexão e alerta aos pais que não costumam acompanhar seus filhos durante o uso da internet. Porém, antes de acontecer a consumação de um ato sexual, eis que o abusador utiliza-se de meios capciosos a fim de encontrar suas “presas”. E o perfil mais buscado é aquele que apresente mais facilidade de abordagem, mais inocência. Aqui entenda-se o termo “inocência” no sentido de vulnerabilidade, o que é explicado por Ribeiro e Ferriani (2004, p.462):

Não é apenas o desejo sexual o fator proeminente na motivação dos agressores sexuais, mas também o gênero, pois crianças e adolescentes fazem parte da categoria dominada e sujeita ao poder exercido pelo mais velho sobre o mais novo e do masculino sobre o feminino.

Isso porque, como visto, o abusador anseia mais do que meramente sua satisfação sexual, busca também pelo sentimento de dominação exercido sobre o outro. Quanto a isso, também esclarecem Libório e Castro (2010, p.24):

A pessoa mais velha é considerada abusadora por ter vantagem sobre a criança ou adolescente, que tem menos poder. Partimos do pressuposto de que o cliente, enquanto explorador sexual, e o abusador sexual, fora de um contexto comercial, têm grandes vantagens sobre crianças e adolescentes. Seu poder sobre elas se assenta nos seguintes pontos: de forma consensual eles se encontram em um estágio de desenvolvimento da personalidade superior ao das crianças e adolescentes menores de 18 anos, que ainda estão em fase de desenvolvimento e construção de sua identidade e personalidade; possuem maior poder aquisitivo que elas, o que, portanto, as coloca em situação desigual de poder; além disso, são, na maioria, do sexo masculino o que os põem em posição privilegiada para impor seu desejo sobre a mulher.

De acordo com as autoras, ainda que discorram sobre os abusos sexuais para fins de comércio, o que também está direta e estreitamente relacionada a tais crimes, a relação de domínio do abusador acontece de modo que a vítima acaba por não compreender a situação como algo abusivo. A exemplo de Annie, a vítima, após descobrir que foi alvo de um criminoso, se recusa a aceitar sua condição. Isso porque a perspicácia do abusador é tamanha que ele sabe, exatamente, o que dizer a fim de conquistar a confiança desejada.

O filme revela os aspectos de tal relação. Iniciando com a mentira trazida por Charlie desde o primeiro contato e também com a omissão de Annie diante da descoberta da verdade. Mesmo sabendo que ele não era o menino de 16 anos, ela continua a dizer aos pais que essa era a idade do menino com qual passava horas conversando. E, posteriormente, ao saber que ele tinha 25 anos, o que também era mais uma mentira, Annie permanece silente, quando seu pai a questiona sobre seu novo amigo. Caso seus pais descubram a realidade sobre Charlie, ela teme

não mais poder manter contato com ele, o que acaba ocorrendo após a descoberta.

Vale ressaltar que os atos de abuso sexual de crianças e adolescentes estão inseridos no universo da pedofilia. Embora o termo aqui escolhido seja o de abusador, a ideia do alerta dado por Felipe é também de grande valia e aplicabilidade. Para ele, a expansão dos abusos ganhou mais espaços com os avanços possibilitados pela tecnologia, Felipe (2006, p. 207):

Tais mudanças se devem também à criação e ao desenvolvimento de novas tecnologias, dentre elas o computador e Internet, gerando a disponibilização de novas práticas e interesses. No campo da sexualidade, surgiram novas modalidades de exercício do prazer e de experimentação do desejo através do mundo informatizado. Dentro desse espectro, a prática da pedofilia encontrou o seu lugar de exercício, divulgação e expansão.

Isso sem falar das divulgações de materiais pornográficos que circulam pela rede. No filme, Charlie pede à Annie que envie fotos e ela o atende. E também na cena em que estão no motel, durante a consumação do ato sexual, visivelmente um estupro, ele aciona o botão de uma câmera escondida a fim de que o ato fosse filmado, o que também, na vida real, constantemente ocorre. Conforme Breier (2011, p. 08):

Os atos de abuso sexual vão desde a carícia ao ato sexual (beijos lascivos, atuação por meio de conversa obscena, utilização de crianças em fotografia, filme e gravações pornográficas, exibicionismo sexual, conjunção carnal e coito anal), repercutindo em mais graves consequências para a vítima em seu desenvolvimento afetivo e social.

E o mais alarmante é que, na maioria das vezes, a vítima sofre todas as consequências calada. Para o abusador quanto mais vulnerável for, menores serão os riscos de ser descoberto, optando, pois, em sua maioria, por crianças. Isso é explicado por Azambuja (2006, p. 14):

A diferença de condições encontradas na criança e no adulto acaba por se refletir na forma como a primeira enfrenta e reage a uma situação de abuso sexual, bem como pela maneira como se manifesta quando é chamada a falar sobre o fato ocorrido; enquanto a criança tem medo de falar, o adulto teme ouvi-la, favorecendo a clandestinidade.

Notoriamente, um problema real que os telões têm denunciado e trazido à discussão como meio de alertar sobre fatos silenciosos capazes de bater à porta de qualquer um, indistintamente. Conforme dados da Fundação Abrinq, tendo como base o ano de 2014, no Brasil foram notificados 14.749 casos de violência sexual vitimando crianças e adolescentes. E, como se sabe, os dados oficiais são apenas uma margem, visto que a maioria das ocorrências jamais chegam às autoridades, fenômeno conhecido como “cifras negras”.

Nota-se que a situação é extremamente alarmante. Por óbvio que os dados da Fundação Abrinq não se restringem apenas a casos de estupro, mas de abusos sexuais em sentido amplo, trazendo também a exploração sexual. Porém, a gravidade é a mesma. Diante disso, eis que o assunto precisa ser debatido e sempre lembrado, especialmente pensando no contexto do ordenamento jurídico pátrio tão dedicado à proteção do menor.

E como não poderia ser diferente, o Texto Constitucional determina a defesa dos direitos da criança e do adolescente, colocando-a num patamar de direito fundamental, ensejando o tratamento de uma cláusula pétrea. Para tanto, regulamenta tais direitos por meio da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde muito pode ser feito na defesa dos interesses e direitos do menor.

Entre o rol de direitos trazidos pelo ECA, meramente exemplificativo, um deles – senão o mais abrangente – fixa-se como o norte aos demais: proteção integral. Isso porque nele estão inseridos tantos outros quanto sejam necessários à efetivação de uma vida digna, direito intrínseco a todo ser humano. Assim determina o ECA:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Tal proteção, que segue ao longo de todo o texto do Estatuto, se reforça inquestionavelmente em seu art. 7º: “Art. 7º- A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”. E não há como conceber o princípio da proteção integral sem que sejam nele atribuídas as questões referentes aos abusos sexuais que vitimam tanto crianças quanto adolescentes pelo país.

Mas não só ao ECA coube o zelo por tal proteção diante dos casos de crimes sexuais que trazem os menores como vítimas. O Código Penal trata do assunto tipificando os delitos que se encaixam na prática de tais crimes. Mas aqui, em razão do espaço, há de se analisar apenas um deles: o estupro. Conforme o Código Penal Brasileiro, no título referente aos crimes contra à dignidade sexual, considera-se crime de estupro:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)  
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)  
§ 1º-Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
§ 2º-Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Como visto, a tipificação criminal não se restringe à conjunção carnal, mas abrange também os atos libidinosos que, no caso, não se classificam como meros atos preparatórios, mas como consumação do crime. Também deixa ressaltada a questão da grave ameaça que deve ser interpretada pelo juiz no caso concreto, pois, em cada vítima a ameaça é mensurada de uma forma muito particular.

Como visto o estupro é um dos crimes mais repugnantes ao passo em que viola o direito que a pessoa possui de usufruir ou não de sua vida sexual. Diante disso, a preocupação do legislador foi além de definir uma tipicidade genérica. Destinou também um artigo a fim de tutelar o direito daqueles que são classificados como vulneráveis.

Conforme o Código Penal:

Art. 217-A - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Com a reforma no Código Penal, em 2009, diversas foram as alterações. O texto delimita a idade de 14 anos. Em razão disso, a prática de conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso praticado com menos de 14 anos é considerado estupro de vulnerável, ainda que haja o consentimento por parte do menor. Quanto a isso esclarece Rogério Greco (2014, p. 541):

O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constringer, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima ou que com ela pratique outro ato libidinoso.

Portanto, pretende o legislador, severamente punir aqueles que se aproveitem da condição de vulnerabilidade da pessoa, a fim de com ela praticar atos configurados como crime de estupro. Vale aqui esclarecer que a questão da vulnerabilidade também alcança aqueles que não têm discernimento suficiente para a prática do ato. E quanto a isso completa Greco (2014, p. 547):

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

Diante de tal proteção, eis que foi necessário adequar o ECA às mudanças legais ocasionadas com a “minirreforma” de 2009 e posteriores, a fim de que melhor pudesse resguardar tais direitos. Para tanto, elencou em parte própria, os dispositivos referentes ao tema. Isso porque trata-se de um assunto de extrema importância, sendo que sua ocorrência tem, inclusive, sido agravada em razão dos mecanismos eletrônicos e meios de comunicação oriundos do mal uso da internet.

Diante disso, o próprio ECA, em seu art. 227, classifica esses tipos de crimes como sendo de ação pública incondicionada, de modo que ao ocorrerem sejam tratados com maior rigor, independente de representação.

Como já mencionado, a maioria dos casos acontece, inicialmente, com a transmissão de vídeos e ou fotografias pela internet, conteúdo esses no qual figuram como protagonistas menores de idade. A exemplo do filme, as vítimas seduzidas pela ideia do envolvimento enviam “espontaneamente” – na verdade, em razão de serem ludibriadas – suas imagens a pessoas mal-intencionadas que as utilizam como forma de garantir a expansão desse círculo vicioso.

Frente a isso, estabelece o ECA:

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

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

Como visto, o dispositivo legal trata não somente dos registros de cenas de sexo, mas também dos casos em que apenas enquadram-se como fotografias. Isso porque há quem torne tal prática ainda mais repugnante ao auferirem lucro por meio deste crime. Devido a esses tipos de ofertas, capazes de gerar altas quantias de dinheiro em razão da conduta de tal crime, o Estatuto também teve a preocupação de estipular um espaço para cuidar especificamente dessa prática como obtenção de lucro, instituindo penas mais severas:

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Destarte, percebe-se, pois, que a intenção do legislador não se restringe apenas a punir o abusador, mas também aquele que se utiliza das imagens objetos do ato criminoso e as transmitem ou disponibilizam:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008).

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

Nota-se, então, que com a violação da integridade sexual do menor – ainda que não chegue a ser consumado o ato de estupro – sua dignidade como pessoa é diretamente afetada. Vai além da violação de um direito sexual, ao passo que as circunstâncias os classificam como verdadeira violação de direitos humanos. Quanto a isso, explicam Ribeiro e Ferriani (2004, p. 463):

Por essas características, a violência sexual abrange o campo da moral e da proteção aos direitos humanos e sexuais, já que ela compromete o crescimento e desenvolvimento de crianças e adolescentes, produzindo sequelas e uma matriz

reprodutora que insere futuros agressores no círculo da violência.

Há, ainda, a preocupação quanto à necessidade do rompimento de um eventual círculo, de modo que, no futuro, os que hoje são vítimas não passem a ocupar a posição de abusadores. Nesse contexto, a família é peça chave, além de possuir a função legal de salvaguardar os direitos do menor, inclusive determinada pela própria Constituição, no já citado Artigo 227.

Prossegue a Constituição Federal no que tange especificamente à proteção contra abusos sexuais, no mesmo artigo, em seu § 4º: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Como visto, a família é a principal guardiã do bem-estar do menor – ao passo em que possui mais proximidade com ele - e, em razão disso, necessita estar cada vez mais atenta ao que ocorre em suas vidas, especialmente no que se refere às mais variadas formas de relacionamento virtual.

No entanto, o que se pode inferir de “proteção integral” envolve não apenas os aspectos jurídicos, mas também, todos os fatores sociais que afetam as pessoas. As inovações tecnológicas trouxeram novas comodidades para as pessoas, porém, trouxeram, também, novas formas de se praticar antigos crimes. Por isso, há que se educar as crianças para que usem correta e seguramente os dispositivos eletrônicos que permitem as comunicações virtuais, conforme salienta Leonardo Góes de Almeida (2015, p.73): “a introdução da internet no cotidiano, além de criar novos direitos e deveres, exige novas normas de etiqueta e relacionamento interpessoal, fazendo cada qual se perceber como outra espécie de sujeito social”.

Qualquer pessoa está sujeita a se tornar vítima de uma infinidade de tipos de crimes. No entanto, existem cuidados básicos que se devem ser adotados por todos, adultos e crianças, seja na vida material, seja no mundo virtual, para que se minimizem as possibilidades de se tornar uma vítima. Esse tipo de educação e orientação cabe a todos, principalmente à família, na condição de entes mais próximos da criança desde o seu nascimento. Há que se estabelecer hábitos e costumes no sentido de evitar ao máximo a vitimização pessoal, pois, segundo José Antônio da Silva (2016, p.29), “a vítima, na maioria das vezes, não tem plena consciência de que está se colocando como potencial objeto de uma ação delituosa, agindo inconscientemente em direção ao crime”.

Desse modo, diante de qualquer suspeita, qualquer comportamento que fuja ao considerado comum, a família deve cumprir seu papel legalmente conferido e buscar a ajuda das autoridades competentes, a fim de que não responda de forma omissiva. Situação em que o Estado deverá, como no filme, assumir o controle promovendo a identificação real dos criminosos e ofertando auxílio à vítima e a todos os prejudicialmente envolvidos, fazendo

efetivar a primazia da proteção integral especialmente em relação ao direito de usufruir de uma dignidade também sexual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido, os abusos sexuais cometidos contra menores ainda acontecem com muita frequência, principalmente através da internet, terreno tão propício à disseminação de tais crimes. Diante disso, eis que surge a necessidade de chamar a atenção das autoridades e da população em geral sobre os cuidados e atenções que são imprescindíveis, quando os principais atores são crianças ou adolescentes utilizando os mecanismos ofertados pelas redes virtuais da internet.

E nada melhor do que usar das variadas possibilidades ofertadas pelas ciências e artes para tratar do assunto. Por meio do cinema é possível levar temas jurídicos – antes discutidos apenas no ambiente acadêmico – a um número muito maior de pessoas. Cumpre salientar que tais assuntos são de interesse geral e não apenas restritos a quem se debruça a pesquisar e estudar sobre as ciências jurídicas.

Ver, no cinema, uma forma de tornar acessível algo que há pouco era discutido somente no âmbito jurídico. Essa foi a intenção do trabalho: demonstrar que a interdisciplinaridade é benéfica ao ensino ao passo que enriquece seus conteúdos ao discutir sobre novas perspectivas.

Algo tão importante ao ensino jurídico que segue cada vez mais rumo a uma completa busca por metodologias capazes de compreender o homem em suas mais variadas formas e vertentes, ou seja, como o ser em constante construção e reformulação, reflexos de seu tempo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Rubens Demoro. **Cinema, direito e prática jurídica: uma introdução**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 7 (2009) – Porto Alegre: (PÁGINA 38-47). Disponível em:

[http://www.faccamp.br/direito/revista/revista\\_faccamp\\_7.pdf#page=38](http://www.faccamp.br/direito/revista/revista_faccamp_7.pdf#page=38)

ALMEIDA, Leonardo Góes de. **A inclusão digital como direito fundamental não expresso**. Dissertação de Mestrado. UENP, Jacarezinho: 2015.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** *Textos & Contextos (Porto Alegre)* 5.1 (2006): 1-19. Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewArticle/1022>. Acesso em 07/01/2017.

BRASIL. **Fundação Abrinq**. Observatório da Criança. Disponível em:

<http://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/violencia/646-casos-notificados-de->

violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes?filters=1,820. Acesso em 19/02/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 05/02/2017.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm) Acesso em 05/02/2017

BREIER, Ricardo. **Direitos Humanos e Pedofilia: Da Violência Real e Virtual**. (2011). Disponível em: <http://laboremiuris.kennedy.edu.ar/Documents/Direitos%20humanos%20e%20pedofilia.pdf>. Acesso em 10/01/2017

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo, VILLAVERDE, André. **Quanto vale ou é por quilo?: o cinema proporcionando a reflexão do trabalho escravo brasileiro no século XVIII e na contemporaneidade a luz da dignidade da pessoa humana**. *Formas contemporâneas de trabalho escravo*: 141- 153. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_se rvicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/e-book-gt1b-final.pdf#page=142](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_se rvicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/e-book-gt1b-final.pdf#page=142). Acesso em 27/12/2016.

FELIPE, Jane. **Afinal, quem é mesmo pedófilo**. *Cadernos Pagu* (2006): 201-223. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/cpa/n26/30391.pdf> . Acesso em 10/01/2017

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 11. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra, and BM de Castro. **Abuso, exploração sexual e pedofilia: as intrincadas relações entre os conceitos e o enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes**. *Criança e Adolescente. Direitos, Sexualidades e Reprodução*. (2010). Disponível em: [http://www.childhood.org.br/conteudo2011/Livro\\_Crianca\\_e\\_Adolescente\\_Direitos\\_Sexualidades\\_Reproducao.pdf#page=19](http://www.childhood.org.br/conteudo2011/Livro_Crianca_e_Adolescente_Direitos_Sexualidades_Reproducao.pdf#page=19). Acesso em 07/01/2017.

LIMA, Alexandre Costa. **Direito e Cinema: a dialética da Ética e da Arte**.(2010). Disponível em [http://asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2010-1/direito\\_e\\_arte.pdf](http://asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2010-1/direito_e_arte.pdf). Acesso em 27/12/2016.

MOLDRO, Nielson Ribeiro. **O mundo jurídico no cinema**. *Joinville: Nova Letra*, 2009. Disponível em [http://www.modro.com.br/cinema/Livros/mundo\\_juridico.pdf](http://www.modro.com.br/cinema/Livros/mundo_juridico.pdf). Acesso em 27/12/2016. Acesso em 27/12/2016.

MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. **Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade**. Biblioteca Digital. PUC, São Paulo. 2010. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9534>. Acesso em 28/12/2016.

PEREIRA, Felipe Chaves. **Luzes! Câmera! Direito! Reflexões sobre uma aproximação Direito e Cinema a partir da matriz teórica de Niklas Luhmann**. *Revista dos Estudantes de*

- Direito da UnB*, Brasília 2012; P. 79-117. Disponível em:  
<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/viewArticle/7097>. Acesso em 27/12/2016.
- RIBEIRO, Márcia Aparecida.FERRIANI, Maria das Graças Carvalho, REIS,Jair Naves dos.  
**Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares.** *Cadernos de Saúde Pública*, 20.2, 2004. P. 456-464. Disponível em  
[http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102311X2004000200013&script=sci\\_abstract&tlng=en](http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102311X2004000200013&script=sci_abstract&tlng=en). Acesso em 07/01/2017.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **A Crise do Ensino Jurídico De Graduação no Brasil Contemporâneo: Indo além do senso comum.** Diss. Universidade Federal De Santa Catarina, 1992. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/76811>. Acesso em 28/12/2016.
- SERRANO JÚNIOR, Odoné. **A dignidade da pessoa humana e os direitos: aspectos filosóficos fundamentais para elaboração da teoria dos direitos humanos.** *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 197-216, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:  
<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/91/91>>. Acesso em: 05 fev. 2017
- SILVA, Abner Pereira da. **Direitos do homem: fundamento e direitos fundamentais em face de sua efetividade.** *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 3, p. 170-187, jan. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/22/23>. Acesso em: 05 fev. 2017.
- SILVA, José Antonio da. **Vitimologia e Vitimodogmática: o comportamento da vítima no crime e sua posição no sistema penal sob a perspectiva da justiça restaurativa.** Trabalho de Conclusão de Curso. UENP, Jacarezinho: 2016.
- SILVA, Rosane Leal, VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente virtual.** Revista online *Âmbito Jurídico*. Disponível em:  
[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6634](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6634). Acesso em 04/01/2017.
- SOLA, Diogo Diniz Lopes, FORISTIERI Vinicius Miranda. **Ensino jurídico no Brasil: críticas e sugestões.** *SOLA* (2012). Disponível em:  
[http://www.fap.com.br/fapciencia/008/edicao\\_2011/010.pdf](http://www.fap.com.br/fapciencia/008/edicao_2011/010.pdf). Acesso em 28/12/2016

# “FIFTEEN MILLION MERITS”: O DIREITO À DESCONEXÃO E A NOVA DINÂMICA DAS JORNADAS DE TRABALHO

Caroline Lovison DORI<sup>41</sup>  
Gustavo Pereira ZAPATERRA<sup>42</sup>

## RESUMO

Este trabalho propõe uma reflexão sobre o direito à desconexão, uma construção jurídico-doutrinária em relação à série *Black Mirror*, especificamente seu episódio “*Fifteen Million Merits*”, que tem por temática abordar as implicações em longo prazo das transformações sociais promovidas pelo advento de novas tecnologias. Usando a obra de ficção como alicerce reflexivo, discute-se como a internet, dispositivos de telefonia móveis e outros recursos da atualidade estão transformando a dinâmica laboral, orientando-a para uma compulsão pela produtividade e disponibilidade constante, em oposição às salvaguardas constitucionais e direitos mínimos garantidos aos trabalhadores. Também expõe os reflexos do teletrabalho para o controle e limitação de jornada e como este interage com o direito à desconexão. Por meio de análise bibliográfica, almeja-se entender como a aplicação e compatibilização destes direitos está sendo efetivada no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Black Mirror. Direito à desconexão. Direitos fundamentais. Jornada de trabalho.

## ABSTRACT

This work proposes a reflection on the right to disconnect, a juridical-doctrinal construction in relation to the *Black Mirror* series, specifically the episode “*Fifteen Million Merits*”, with has in subject the long-term implications of the social transformations promoted by the advent of new technologies. Using the fiction as a reflexive foundation, it discusses how the internet, mobile telephony devices and other resources of nowadays are transforming the work dynamics, guiding it to a compulsion for productivity and constant availability, as opposed to constitutional safeguards and minimum rights guaranteed for workers. It also exposes the reflexes of telecommuting to the control and limitation of the journey and how it interacts with the right to disconnect. Through bibliographic analysis, this article intends to understand how the application and compatibilization of these rights are being caring in Brazil.

**KEYWORDS:** Black Mirror. Right to disconnect. Fundamental rights. Working hours.

## INTRODUÇÃO

A série britânica *Black Mirror*, produzida originalmente pela Zeppotron e posteriormente assumida pelo serviço de *streaming* Netflix, como sugere seu título, busca oferecer um reflexo distópico da sociedade contemporânea, por meio de episódios fechados

---

41 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), cuja área de concentração é Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito. Graduada pela Universidade Estadual do Norte do Paraná em 2015. Professora em estágio docência na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio Educacional e pelo Centro Universitário Internacional.

42 Advogado OAB/SP 391.971, graduado pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru), militante no contencioso e preventivo cível e trabalhista. Com linha de pesquisa voltada para Processo Civil e Direitos Humanos.

sempre ambientados em algum ponto do futuro próximo onde as mazelas psicossociais atuais são agravadas e ultradimensionadas pelas novas tecnologias.

Dentre seus episódios, causa certo estranhamento “*Fifteen Million Merits*”, segundo da primeira temporada. Os roteiristas Charlie Brooker e Konnie Huq aparentam ambientar sua história em época bem mais distante da dos demais contos que compõem *Black Mirror*. As personagens lá inseridas não demonstram recordar do período de tempo no qual vivemos nós, espectadores da série, ou sequer vivem no mesmo tipo de mundo.

Apesar disso, o que mais chocam na narrativa são seus pontos em paralelo com o presente, criando familiaridade dentro da estranheza. Sociedade *hiperconectada*, alienação midiática, vidas vazias buscando algum alívio em entretenimento barato, uma casta semidivina de oligarcas ditando o destino das pessoas com base em critérios absolutamente subjetivos, quando não irracionais. Todos os elementos correntemente presentes.

Entre as várias críticas a diferentes setores da sociedade que o episódio trás, a hipérbole por ele construída também serve como um paralelo para as atuais relações de trabalho.

Os personagens “Bing” e “Abi”, vividos respectivamente por Daniel Kaluuya e Jessica Brown Findlay são submetidos a uma rotina de trabalho extenuante, repetitiva e exaustiva, ao mesmo tempo em que continuamente são bombardeados por mensagens, informações e comandos do “comando central” daquele universo, para o qual trabalham. Em determinado momento, o personagem Bing sequer é permitido fugir das mensagens, pois estas passam a ser ostensivamente projetadas por todas as paredes de seu quarto.

Essa privação ao descanso e sossego, imposta em “*Fifteen Million Merits*” ecoa nas relações empregatícias atuais, que com o advento de meios de comunicação como “*Facebook*” e “*WhatsApp*”, permitem que empregadores estejam em permanente e constante contato com os seus funcionários, cobrando informações, esclarecimentos, providências e, claro, respostas imediatas.

Este contexto abala profundamente o direito ao repouso e lazer, bem como a intimidade do trabalhador, também distorcendo de forma perniciosa sua jornada de trabalho, pois confunde período de trabalho com descanso, quando na verdade todo o tempo do trabalhador acaba alienado em favor do empregador. Trata-se de uma extrapolação do conceito de teletrabalho, que passa a ser exercido sem os devidos cuidados e regulamentações que lhe são próprias.

Diante de tal situação fática, a doutrina construiu o conceito do “Direito à Desconexão”. Tal direito, nada mais é do que a garantia de não ser importunado, de não ter seu espaço pessoal violado. Traduz-se na ideia de que quando um indivíduo contrai um vínculo empregatício ele só está alienando parte de seu tempo em favor do contratante, não a totalidade

do mesmo, de modo que lhe deve ser salvaguardado o devido repouso, nos termos previstos no contrato de trabalho e garantidos pela CLT.

O direito à desconexão reflete a interação das ciências jurídicas com a evolução da sociedade. Não havia como se cogitar esse tipo de preocupação, meros 30 anos atrás. Quando a legislação trabalhista vigente foi consolidada, o mundo de hoje pareceria tão incrível aos indivíduos daquele tempo quanto o mundo da série nos parece hoje.

Desta maneira, o que parece, em primeira análise, uma extrapolação distante da realidade, pode se converter rapidamente em uma previsão precisa, se a aplicação do direito não acompanhar efetivamente as demandas do meio em que se insere.

Nesse sentido, podemos fazer um paralelo entre o atual paradigma de trabalho e a série de ficção científica abordada, que conduz o telespectador à reflexão ao abordar situações extremas envolvendo tecnologias já existentes ou outras que possivelmente estarão à nossa disposição. Por sugerir acontecimentos que, a princípio, possam parecer surreais, ela satiriza a dependência tecnológica, a qual conduz a uma forma de escravidão humana em face dos meios de comunicação, máquinas e outros aparatos modernos.

As formas de expressão artísticas são um importante meio de conexão com as mazelas reais, possibilitando linhas de abordagem profundas, bem como expondo dilemas e conflitos que muitas vezes se colocam de forma sutil na vida real.

Dessa forma, por meio da revisão bibliográfica serão analisadas leis e normas trabalhistas, e de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador, livros e dissertações referentes ao direito à desconexão, utilizando a série “*Black Mirror*” como paralelo reflexivo do tema, bem como o método de abordagem dedutivo como forma de compreender o direito à desconexão e sua aplicação, especificamente no campo jurídico brasileiro.

## **1 A EVOLUÇÃO DA DINÂMICA DE TRABALHO**

Em artigo pioneiro sobre o direito à desconexão, ainda em 2003, Jorge Luiz Souto Maior, logo em seu primeiro parágrafo refere-se ao tema como “*aparentemente surrealista*” (MAIOR, 2003, p. 296).

Pois bem, tal surrealismo se tornou a realidade corriqueira, dando ao texto de 2003 um caráter quase premonitório. O direito à desconexão é uma preocupação real e necessária para as relações de trabalho, refletindo-se em inúmeros julgamentos nas cortes regionais e inquietando os estudiosos do direito do trabalho e dos direitos humanos.

Tal transformação faz parte de um processo contínuo e antigo. As relações de trabalho estão a continuamente mudar e evoluir, sempre se aperfeiçoando em uma dicotomia delicada: a

necessidade de aumento de produtividade e corte de gastos do empregador opondo-se às reivindicações por melhores condições de labuta por parte do trabalhador.

Na idade média, quando imperava o sistema de produção feudal, os servos não tinham praticamente nenhuma autonomia ou direito, submetendo-se a um regime pouco melhor do que a escravidão. Por outro lado, as próprias limitações tecnológicas do período impediam que a jornada se estendesse por períodos demasiadamente absurdos, visto que esta estava diretamente vinculada com as horas de sol de cada dia.

Com o advento de novas tecnologias, este panorama mudou. A energia elétrica e a transferência do foco da produção da zona rural para a zona urbana possibilitaram uma nova sorte de desafios e oportunidades para aqueles que necessitavam alienar sua força de trabalho aos detentores dos meios de produção.

Assim, ao final do século XVIII e início do século XIX, a Revolução Industrial, ao passo que trouxe avanços nos moldes de produção, ampliou a jornada de trabalho, alcançando períodos que ultrapassavam a capacidade humana de produção.

Segundo Mauricio Godinho Delgado foi neste período que surgiram alguns dos pontos originários da conscientização para necessidade em proteger condições minimamente dignas de trabalho, como o “Manifesto Comunista” de *Marx e Engels* de 1848 e a Encíclica Católica *Rerum Novarum*, de 1891 (DELGADO, 2016, p. 97).

Destes marcos históricos que versavam sobre as condições de trabalho do proletariado industrial da virada do século XX, surgiram as primeiras sistematizações normativas com o intuito de garantir a qualidade de vida do trabalhador.

Após, com o fim da 1ª Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes garantiu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. A primeira grande mudança trazida com a OIT foi justamente a limitação do trabalho a 8 horas diárias e 48 semanais. Posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, corroborou a limitação das horas de trabalho, bem como estabeleceu o direito ao repouso e lazer em seu artigo 28.

Todavia, este período de gradual regulamentação e sistematização das relações trabalhistas foi interrompido no final do século XX em decorrência de uma série de fatores socioeconômicos. Como aponta Delgado, as profundas crises econômicas enfrentadas no Ocidente após 1970 e o avanço desenfreado dos novos meios de tecnologia forçavam uma tendência pela flexibilização das relações de trabalho (DELGADO, 2016, p. 103).

Em outros termos, o novo discurso dominante passou a ser de que uma livre e irrestrita negociação entre empregado e empregador, na qual as partes poderiam dispor livremente de seus direitos e deveres, seria a forma mais moderna e eficiente de organização do trabalho,

como versava Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 75). Em verdade, este modelo nada mais era do que uma tentativa de retomar a sistemática do início da Revolução Industrial, quando não havia qualquer limitação negocial além do poder exacerbado de barganha do detentor dos meios de produção.

A movimentação social e sindical se mostrou imprescindível para refrear a ânsia neoliberal que tomava conta do cenário geopolítico daquela época. Assim, a limitação da jornada de trabalho se destaca como um dos principais pontos de reivindicação dos movimentos sindicais e operários ainda hoje.

O processo de dinamização e aceleração do desenvolvimento tecnoindustrial foi se aprofundando, como também apontava Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 75):

A competitividade entre empresas de diferentes países intensificou-se com as maiores facilidades proporcionadas pela velocidade e agilidade das comunicações e comércio, provocando uma concorrência maior que as levou a iniciativas com a finalidade de reduzir custos da produção, entre os quais o número de empregador, os salários, as formas de contratação e a jornada de trabalho, o que se refletiu sobre o direito do trabalho!

E neste contexto de maior flexibilidade, surgiu também o conceito de teletrabalho. Segundo Luciano Martinez, trata-se de um conceito novo de organização laboral, pelo qual o prestador de serviço encontra-se fisicamente em sua casa, mas virtualmente presente por meios telemáticos (MARTINEZ, 2016, p. 403).

Alice Monteiro de Barros observa que esta modalidade de trabalho proporciona uma série de vantagens ao empregador, como redução do espaço imobiliário da empresa, custos de manutenção, transportes, dentre outras (DE BARROS, 2016, p. 214). Por outro lado, também aponta as desvantagens que esta dinâmica submete o trabalhador, com deterioração das condições de trabalho, aumento dos obstáculos de ascensão profissional, privação da troca de experiências com outros trabalhadores e dificuldade de associação sindical e exercício do direito de greve (DE BARROS, 2016, p. 215).

Mas, sem dúvida, as maiores mazelas percebidas pelo trabalhador nesta situação estão relacionadas ao desrespeito à jornada de trabalho, por colocar o empregado continuamente à disposição do empregador.

Antes, deve-se frisar que a invasão do espaço pessoal do trabalhador pelo seu contratante é possível tanto para o teletrabalhador quanto para o trabalhador tradicional. Apenas torna-se mais corriqueira para aquele que trabalha à distância em decorrência da já natural necessidade do empregador travar contato com seu colaborador por meios virtuais de comunicação.

Assim se deu, pois antes do teletrabalho propriamente dito já existia a figura do

trabalho em domicílio. Com a maior flexibilidade e eficiência dos meios de comunicação instantâneos foi natural que em muitos casos, o empregador, na ânsia de exercer maior controle sobre seu subordinado alocado em lugar diverso, utilizasse dessas tecnologias para exercer seu controle.

O empregador, sempre objetivando aumento de produtividade e lucros, e receoso de que o trabalhador à distância não apresentasse o mesmo comprometimento daquele sedado nas dependências da empresa, passou a travar contato constante com o colaborador. Esta nova relação metamorfoseou-se no teletrabalho conforme conhecemos, quando o trabalhador, mesmo que fisicamente distante, está tão integrado e em constante relação com a sede operacional da empresa que se pode dizer que está virtualmente presente.

Com o tempo, natural foi que as constantes mensagens e contatos realizados à distância fossem se estendendo até além do horário de trabalho. Isso se deu com maior vigor na medida da progressão contínua da globalização, com trabalhadores alocados muitas vezes em fusos diferentes, empresas em atividade vinte e quatro horas por dia ao redor do mundo e relações comerciais sendo travadas e fechadas em tempo real, sem descanso.

Em que pese esta ultra-atividade do empreendimento comercial ser normal, e até mesmo esperada, na dinâmica socioeconômica moderna, ela não se adequa às possibilidades físicas e de saúde do indivíduo. Como versa Christina D’Arc Damasceno Oliveira (2010, p. 1181):

Oblitera, ou mesmo prejudica, o revigoramento físico e mental a manutenção de constantes contatos por parte do tomador de serviços, no exercício de poder diretivo, nos períodos de descanso do trabalhador. Além disso, ainda que os contatos não cheguem a se efetivar concretamente, também produz efeitos deletérios similares a exigibilidade de que o trabalhador esteja ininterruptamente para tanto disponível, passível de ser localizado e acionado por meio das modernas tecnologias existentes, nos períodos que deveriam ser destinados ao seu repouso e recuperação da jornada.

Como apontado por Christina Oliveira, sequer é necessário que o trabalhador efetivamente responda o contato, bastando o fato de ser reiteradamente acionado pelo empregador, como medida que perturba seu repouso, o colocando sob constante estado de alerta.

Revela-se clara a problemática desta relação com as limitações de jornada de trabalho, tão importante e batalhada conquista social. Igor Antônio da Silva Tavares, em artigo sobre o tema, aponta como a atual conjectura tem criado um paradoxo: de um lado, índices cada vez mais elevados de desemprego, do outro, cada vez mais aqueles que permanecem empregados são submetidos a jornadas excessivas e exaustivas (TAVARES, 2016, p. 715).

Até onde este ânimo de flexibilizar as normas trabalhistas e os direitos do trabalhador pode chegar é uma incógnita. Se por um lado pode soar apenas como especulativo ou delirante imaginar um mundo como o de “*Fifteen Million Merits*”, todos os elementos nele presentes já se

encontram em nossa sociedade. Se não como projeção realista para o futuro, no mínimo como alerta a narrativa tem valor.

Na mesma medida em que a economia dentro da sistemática capitalista alterna períodos de crise e prosperidade, o espectro político dominante também não é perene. Se em determinadas épocas, o conservadorismo tradicional parece absolutamente superado e suplantado pelo progressismo, noutra momento, o cenário se reverte para a marginalização da doutrina liberal, em favor de novos sopros conservadores.

E tais pressões políticas também refletem no universo jurídico, com a pressão atual sendo no sentido de retomar às relações “desregulamentadas” do século XIX como se fossem a mais moderna forma de organização social possível.

Ainda assim, é impossível prever a extensão do impacto que as novas tecnologias podem gerar neste impasse e até onde podem distorcer o tecido social em prol dos detentores dos meios de produção. Alerta o professor Salomão Resedá (2011, p. 16):

Em contrapartida, a suposta flexibilização da relação de trabalho pode acarretar em abuso dos direitos e garantias do empregado. A mesma tecnologia que possibilita uma maior viabilidade para o funcionário, também o submeterá a uma vigília maior do empregador. Ao permitir o trabalho em casa ou em qualquer outro lugar, desde que haja um computador conectado à rede de informações, também será possibilitado o controle do superior hierárquico da mesma forma, ou seja, em qualquer lugar que ele se encontre.

Portanto, em que pese os atuais meios de teletrabalho se apresentem como uma vantagem ao empregado, dando-lhe maior comodidade e flexibilidade para exercer suas funções, as implicações desta modalidade devem ser analisadas com extremo cuidado, para que não se subvertam valores já consagrados e valorizados, como a dignidade da pessoa humana, direito ao repouso, ao lazer e à desconexão.

## **2 O DIREITO À DESCONEXÃO**

As alterações trazidas nas formas de trabalho pelos novos modelos de produção e pelos avanços tecnológicos sugerem a necessidade de adaptar o ordenamento jurídico e a tutela jurídica dos direitos já reconhecidos, de forma a suprir as necessidades do mundo moderno, porém, protegendo os direitos fundamentais estabelecidos.

Quanto à legislação trabalhista e à proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, não há diferença. Dispõe Paulo Mazzante de Paula ao tratar sobre os direitos trabalhistas na sociedade globalizada: “a legislação trabalhista deverá ser adaptada ao novo sistema globalizado, necessitando de atualização, evidentemente sem suprir os direitos constitucionais alcançados pelo trabalhador” (PAULA, 2013, p. 155).

Nesse ínterim, faz-se necessário tratar sobre o direito à desconexão na sociedade

eminentemente globalizada, conectada, em constante ampliação das tecnologias e consequente modificação de sua estrutura, inclusive no que se refere às relações de trabalho.

Conforme pontua Márcia Vieira Maffra, as fontes materiais do direito de se desconectar relacionam-se às modificações que ocorreram na forma de produzir e trabalhar (MAFFRA, 2015, p. 506). Afirma que no contexto pós-fordista de produção surgiram inovações no âmbito das telecomunicações e informática, que ocasionaram referidas mudanças.

Smartphones, notebooks, laptops, bips, tablets. Incontáveis são os meios trazidos pela revolução tecnológica que possibilitam nos manter atualizados e, principalmente, conectados a todo instante. No âmbito do trabalho, os aparatos modernos viabilizam o exercício das atividades laborais em qualquer lugar, a todo instante, facilitando por meio de e-mails, ligações de voz, teleconferências. Contudo, as técnicas que colocam o trabalhador à disposição do trabalho durante todo o tempo, também devem possibilitá-lo de descansar, de se desconectar.

No que tange ao direito à desconexão, Souto Maior assevera que o direito ao não-trabalho deve ser visto no sentido de trabalhar menos, visando, assim, resguardar a vida privada e a saúde do trabalhador (MAIOR, 2003, p. 03). O autor sustenta que é necessário se preocupar com essa situação, em razão das características do mundo do trabalho marcado pela evolução tecnológica, pela deificação do Mercado e pelo atendimento às exigências de consumo.

Destaca Maffra que “a desconexão ao trabalho consiste no direito a labutar menos, a manter o equilíbrio entre a vida profissional e, a pessoal, protegendo a saúde e a vida privada do trabalhador.” (MAFFRA, 2015, p. 508). Continua no sentido de que não se está incentivando o ócio, mas a redução da carga laboral a níveis aceitáveis sob o ponto de vista social e individual.

Ainda, dispõe Salomão Resedá (2011, p. 12):

Ora, se a subordinação e fiscalização do empregador ultrapassaram os horizontes da empresa e atingiram o âmbito privado do empregado, nada mais justo do que este possuir o direito de se desvincular virtualmente da empresa. É, portanto, neste sentido, que se direciona o direito à desconexão, ou seja, é o direito do assalariado de não permanecer “lincado” com o empregador fora dos horários de trabalho, nos finais de semana, férias ou quaisquer outros períodos que sejam destinados ao seu descanso.

Nesse contexto, o direito ao não-trabalho, ou direito à desconexão, visa proteger direitos fundamentais conferidos ao trabalhador, garantindo-lhe uma vida digna.

Nas palavras de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013, p. 26):

Não se pode olvidar de que o trabalhador não deixa de ser pessoa quando entrega parte de seu tempo de vida ao empregador, para que seja possível a prestação dos serviços pactuados no contrato de trabalho. É dizer, o trabalhador vende sua força de trabalho, física e/ou intelectual, porém não perde sua condição humana. Por isso, o tempo de trabalho não pode impedir à pessoa o exercício de seus direitos, tampouco lhe impedir o desenvolvimento de sua personalidade, de modo que o trabalho deve propiciar que a dignidade da pessoa humana do trabalhador seja protegida.

Em que pese o direito brasileiro não tenha legislado expressamente quanto ao direito à

desconexão, é necessário destacar o exemplo francês. Após uma série de discussões em torno de sua legislação trabalhista, a França aprovou uma lei que obriga as empresas com mais de cinquenta funcionários a detalhar quais os horários fora da jornada de trabalho em que os trabalhadores poderão se desconectar de smartphones, laptops e outros aparelhos eletrônicos que possam ser usados para trabalhar depois do fim do expediente (BBC, 2017).

Em vigor desde o início de 2017, a lei admite o direito à desconexão aos trabalhadores franceses, possibilitando que funcionários não respondam a e-mails ou atendam ligações no horário de folga. Outros países seguem a tendência de discutir sobre o tema, como Portugal e Espanha, contudo, não foram realizadas modificações legislativas nesse sentido.

No Brasil, em atenção à proteção que é assegurada ao trabalhador, a desconexão pode ser relacionada com uma série de direitos fundamentais expressos no ordenamento jurídico pátrio, como o direito à saúde, ao lazer, à intimidade, à vida privada, devendo ser resguardados como garantia da dignidade humana. Além disso, já em seu artigo 1º, no inciso IV, a Constituição Federal estabelece os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

É necessário destacar que diversos são os direitos fundamentais garantidos ao trabalhador que se relacionam ao direito à desconexão. A Constituição Federal, no artigo 7º, em seus incisos XIII, XV, XVII e XXII, assegura uma série de condições aos trabalhadores urbanos e rurais, próprios da limitação da jornada de trabalho, que podem ser alusivos ao direito à desconexão: a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; gozo de férias anuais remunerada; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Sob o ponto de vista de Souto Maior (2003, p. 17), os períodos de descanso, os quais incluem os períodos durante a jornada, entre jornadas, férias, descanso semanal remunerado, são a expressão do direito à desconexão do trabalho.

Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no trabalho e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando haja a desvinculação plena do trabalho. Fazer refeição ou tirar férias com uma linha direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, no entanto, sob a ameaça de sê-lo a qualquer instante, representa a negação plena do descanso. (MAIOR, 2003, p. 17).

O direito à desconexão busca garantir não somente o intervalo intrajornada, mas também o interjornada (RESEDÁ, 2011, p. 15). Quando não respeitado o intervalo interjornada, ou seja, o período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas de descanso entre duas jornadas de trabalho (previsto no artigo 66 da CLT), haverá, segundo Salomão Resedá (2011, p. 15), duplo

prejuízo ao empregador: “uma, porque trabalhou em jornada superior à devida e, duas, porque não pôde gozar do descanso mínimo necessário para recompor suas energias.”

Ademais, Taise e Sandro Trentin (2013, p. 11) alegam que a limitação das horas de trabalho, a obrigatoriedade do repouso semanal remunerado e a oneração sobre a remuneração de serviço extraordinário, dispostas no artigo 7º da Constituição, incisos XIII, XV e XVI, visam à proteção ao lazer do trabalhador.

Dessa forma, é preciso enfatizar que os direitos fundamentais do trabalhador, assim como diversos direitos fundamentais expressos na Constituição, estão intrinsecamente relacionados ao direito à desconexão do trabalhador. Sua observância visa não só a garantia de todos esses direitos, mas à proteção da vida digna.

Ainda que os dispositivos mencionados apenas disponham sobre os direitos do indivíduo que desempenha as atividades laborais, certo é que o direito à desconexão deve ser compreendido de maneira mais ampla, protegendo não somente o trabalhador.

O direito à desconexão não se refere unicamente àquele que exerce o trabalho remunerado em jornadas tão longas que venham a afetar a sua dignidade, mas aos que estão fora do mercado de trabalho em razão do excessivo labor dos que estão inseridos no contexto laboral (MAFFRA, 2015, p. 509). Do mesmo modo, os próprios familiares e amigos daqueles que trabalham em excesso, privados de seu convívio em razão do demasiado trabalho, são alcançados pelo direito de se desconectar.

No mesmo sentido, Souto Maior (2003, p. 02):

Um direito, aliás, cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente, e os que dependem da presença humana do que lhes abandonam na fuga ao trabalho...

Assim, a princípio, aquele que está durante todo o tempo conectado ao seu trabalho sofreria um maior impacto, seja na sua saúde física ou mental. Contudo, deve-se considerar que outras pessoas podem sofrer de maneira reflexa, e que elas também devem ser tuteladas pelo direito à desconexão.

Márcia Vieira Maffra (2015, p. 518) ainda trata da necessidade de aplicação imediata das normas que estabelecem direitos fundamentais, como as relativas à jornada, à proteção da personalidade, intimidade, vida privada, diante do disposto no artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal. Visando garantir a efetividade dos direitos fundamentais, expõe a necessidade de atuação conjunta do Ministério do Trabalho e Emprego, do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário (MAFFRA, 2015, p. 518).

Ressaltada a relevância do direito à desconexão, mostra-se necessário tratar acerca de sua efetivação no âmbito jurídico. A apreciação do direito à desconexão no que tange à proteção

jurídica é de suma importância, especialmente no atual contexto vivido nas economias mundiais, em que se busca o ideal de produção a todo custo, ainda que haja violação à dignidade dos trabalhadores.

### **3 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À DESCONEXÃO**

Embora os meios de trabalho tenham se modificado ao longo dos anos, e que seja cada vez mais comum o teletrabalho ou o trabalho à distância, certo é que devem ser preservados os direitos do trabalhador, inclusive no que se refere ao direito à desconexão, garantindo limite à carga horária, o efetivo descanso e, por conseguinte, à dignidade do trabalhador.

O excesso de trabalho provocado pelo desrespeito aos limites intrajornada e interjornada pode provocar graves danos à saúde do trabalhador, aumentando o risco de estresse, causando Síndrome de Burnout, dificuldade para dormir e diversos outros problemas, que podem, inclusive, acarretar acidentes de trabalho.

Nesse sentido, Bald e Tessmann (2016, p. 166) afirmam que a concessão do direito à desconexão objetiva preservar a saúde física e mental do trabalhador, bem como sua segurança, prevenindo infortúnios laborais. Ainda: “ressalta-se que é muito importante o empregado obter esse direito, pois garante a redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho.” (BALD; TESSMANN, 2016, p. 166).

Diante da gravidade do excesso de labor, provocado pela constante conexão do trabalhador, necessário tratar sobre a tutela judicial do direito à desconexão.

Assim, como decorrência lógica da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à limitação da jornada, ao intervalo para repouso e alimentação, ao descanso semanal remunerado, às férias, bem como dos direito ao lazer, à intimidade e à vida privada, é delineado o direito à desconexão do trabalho, consubstanciado em um bem jurídico, o descanso, suscetível de defesa e proteção mediante tutela judicial. (MAFFRA, 2015, p. 519).

Destaca-se que o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Com efeito, a Constituição assegura a indenização pelos danos materiais e morais causados ao trabalhador. Nesse contexto, a violação a direitos fundamentais decorrentes da inobservância ao direito à desconexão gera a possibilidade de indenização ao trabalhador.

O desrespeito aos limites da jornada de trabalho, provocado pela constante disponibilidade de empregados por meio de instrumentos tecnológicos merece ser indenizável.

Necessário salientar que a legislação trabalhista estabelece que não se distinguem os trabalhos realizados dentro do estabelecimento do empregador daqueles executados no

domicílio do empregado ou à distância, desde que presentes os indicativos que caracterizam a relação de emprego, conforme prevê o artigo 6º, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho. Ainda, o parágrafo único do referido dispositivo equipara os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos, no que tange aos efeitos de subordinação jurídica.

Assim, ainda que a atividade laboral seja exercida dentro do domicílio do empregado ou à distância, sua constante sujeição aos meios de controle e supervisão acarretam a possibilidade de indenização pelos danos causados pela violação aos limites de jornada de trabalho impostos na legislação.

O direito à desconexão está atrelado ao limite da jornada de trabalho. Portanto, é direito fundamental do teletrabalhador se desconectar de seu trabalho, visto que é uma forma de assegurar a ele sua dignidade, integridade física e psíquica. É imprescindível a todo trabalhador a fruição do seu direito ao descanso para repouso, desvinculando-se do seu labor. (BALD; TESSMANN, 2016, p. 169).

Conforme anteriormente exposto, a Constituição assegura em seu artigo 7º, inciso XIII, a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais”, facultando a compensação e a redução da jornada, por acordo ou convenção coletiva. Dentro da mencionada jornada devem ser realizadas pausas para descanso e alimentação, o chamado intervalo intrajornada, previsto no artigo 71 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Assim, “em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação”, de no mínimo 1 (uma) hora. Ainda, o parágrafo 1º do mencionado dispositivo prevê que: “não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.”

Com efeito, será cabível o pagamento de horas extras quando não for concedido o repouso intrajornada previsto no artigo 71 da CLT, conforme parágrafo 4º do mencionado dispositivo:

Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho

O jurista Souto Maior afirma que a empresa que exige horas extras sem realizar o seu pagamento gera danos aos direitos individuais dos empregados, cuja satisfação deve ser buscada por meio de ação individual (MAIOR, 2013, p. 14). Porém, destaca que, no que tange à repercussão do custo da produção e à concorrência desleal quanto a outras empresas, a prática dessa situação revela agressão à ordem jurídica, havendo, portanto, interesse social em inibi-la. Assim, tal inibição poderá ser realizada por intervenção do Ministério Público do Trabalho ou

por interposição de ação indenizatória movida pelos empregados.

O autor ainda destaca:

Importante explicar que a limitação ao adicional de 50%, para o pagamento das horas extras, somente tem sentido quando as horas extras são, efetivamente, horas extras, isto é, horas além da jornada normal, prestadas de forma extraordinária. Quando as horas extras se tornam ordinárias, deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade e, neste sentido, apenas o pagamento do adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica. (MAIOR, 2003, p. 15).

Dessa forma, segue afirmando que o empregador que exige a prestação de horas extras de forma habitual agride o interesse social e econômico, cometendo ato ilícito, “cuja correção, evidentemente, não se dará pelo mero pagamento do adicional de horas extras” (MAIOR, 2003, p. 16).

No mesmo sentido, Maffra ressalta que o simples pagamento é aceitável apenas quando a extrapolação da jornada de trabalho for excepcional, sendo insuficiente para reparar o trabalhador quando houver a inobservância sistemática aos limites de jornada estabelecidos na Constituição (MAFFRA, 2015, p. 516). Ainda, trata acerca da necessidade de acionar o Judiciário por meio de ações coletivas ou individuais como forma de garantir os direitos do trabalhador, inclusive no que tange à desconexão (MAFFRA, 2015, p. 517).

Importante destacar que a 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo decidiu no sentido de que o simples pagamento de horas extras não é suficiente para substituir o intervalo intrajornada, que deve ser gozado com vistas a garantir o direito à desconexão, necessário à preservação da saúde, da segurança e da dignidade do trabalhador:

DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO. INTERVALO INTRAJORNADA SUBSTITUÍDO POR PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. [...] Os períodos de descanso intrajornada previstos em lei devem ser gozados pelo trabalhador com total desvinculação de suas atividades laborais. Trata-se do denominado “direito à desconexão do trabalho”, expressão cunhada pelo doutrinador Jorge Luiz Souto Maior. O “direito ao não trabalho”, durante o intervalo dentro da jornada, tem por escopo a preservação da saúde, física e mental, e a própria segurança do empregado, como forma mínima de assegurar a dignidade da pessoa humana. O mero pagamento de horas extras, em substituição à fruição do intervalo intrajornada, desvirtua a finalidade do instituto jurídico de proteção ao trabalho. (TRT-4, Recurso Ordinário 1199000320095040332 RS, Órgão Julgador: 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo, Julgamento: 04/08/2011, Relator Denise Pacheco).

A jurisprudência também vem reconhecendo que o trabalho em jornadas tão extensivas, a ponto de impedir o trabalhador de se desconectar, leva ao dano existencial na vida do empregado, sendo insuficiente o pagamento de horas extras.

O dano existencial é provocado por jornadas exaustivas, trabalho análogo à condição de escravo, por acidentes de trabalho, dentre outras situações, restringindo a existência do trabalhador ao limitar a liberdade de se autodeterminar socialmente (OLIVEIRA; RENAULT, 2014, p. 98-99). Há uma interferência direta do empregador nas relações sociais do empregado,

desrespeitando a dignidade do trabalhador e causando o dano existencial.

Destaca-se que a reparação decorrente do dano existencial não abrange a indenização pelos danos morais: “com efeito, o dano existencial é autônomo em relação dano moral, que afeta a subjetividade da pessoa humana, e assim, deve ser reparado de forma distinta.” (OLIVEIRA; RENAULT, 2014, p. 98-99).

Assim, o dano existencial, ou dano à existência do trabalhador, é causado pela conduta do empregador, que impossibilita ao empregado conviver socialmente, sendo sua indenização distinta da indenização por danos morais.

Nesse contexto, o dano existencial viola o direito à desconexão e à dignidade humana do trabalhador, conforme decidido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

RECURSOS DAS RECLAMADAS. DANO EXISTENCIAL. CONFIGURAÇÃO. O dano existencial, espécie de dano imaterial, fica caracterizado quando o trabalhador é submetido habitualmente a jornadas exaustivas, de forma a comprometer seus planos pessoais e suas relações, como o convívio familiar, social, recreativo e cultural, o que viola seu direito à desconexão e sua dignidade. [...] (TRT-1, Recurso Ordinário 00115008620145010077 RJ, Órgão Julgador: Quinta Turma, Publicação: 31/08/2015, Julgamento: 24/08/2015, Relator Enoque Ribeiro dos Santos).

No mesmo contexto, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. O direito fundamental do trabalhador à saúde, perpassa, necessariamente, pelo respeito à limitação da jornada, como corolário da dignidade humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa. O trabalhador, enquanto ser que aliena a sua força de trabalho, tem direito à desconexão. [...] (TRT-3, Recurso Ordinário 00991201403403005 0000991-74.2014.5.03.0034, Órgão Julgador: Quarta Turma, Publicação: 21/11/2016, Relator Paula Oliveira Cantelli).

Os explicitados julgados constituem parte da jurisprudência trabalhista brasileira, que vem admitindo, cada vez mais, a necessidade de tutela do direito à desconexão do trabalhador. Em que pese a inexistência de legislação específica quanto ao direito à desconexão, os tribunais vêm adotando o entendimento, já fundamentado na doutrina, que garante o direito à desconexão como forma de preservar a saúde (física e mental), a segurança, as relações sociais, afetivas, os planos e projetos pessoais do trabalhador.

Assim, admite-se que os aparatos tecnológicos não podem impedir que o empregado tenha violado seu período de descanso, lazer, excedendo sobremaneira o limite da jornada de trabalho já estabelecida na Constituição e na legislação trabalhista, sob pena de ter violada a sua própria dignidade.

Por fim, verifica-se que o desrespeito ao direito à desconexão pode acarretar tão somente a necessária indenização pelas horas extras trabalhadas quanto à indenização decorrente das atitudes do empregador, que impedem o trabalhador de realizar seus projetos pessoais, de se relacionar socialmente e culturalmente. Tais danos afetam a dignidade do

trabalhador, ocasionando a possibilidade de reparação pelos danos causados, inclusive pelos danos causados à sua existência.

## CONCLUSÃO

A realidade passa por um processo de contínua transformação. Isto aplica-se tanto aos meios de tecnologia quanto às interações sociais, e naturalmente é refletido no ordenamento jurídico.

Pela própria natureza da ciência jurídica, não é possível que esta acompanhe no mesmo passo o ritmo cada vez mais célere do mundo cotidiano, afinal, o direito tem naturalmente um espírito de conservar o *statuos quo*, não de transgredi-lo. Todavia, esta característica intrínseca deve ser balanceada com a constante preocupação de dar efetividade à tutela jurisdicional.

Aplicar o direito não se resume a uma tentativa vazia de transpor a letra da lei ao caso prático, mas adaptá-la às necessidades da realidade fática. Com o advento das novas tecnologias, faz-se necessário que os operadores tomem a devida cautela para que a miríade de novos recursos não seja ferramenta para desvios de conduta que solavanque direitos adquiridos de escopo constitucional.

Em paralelo, o Brasil passa por um delicado período de convulsão social. Pressões externas, bem como anseio dos grupos dominantes da economia nacional, tentam a todo custo forçar uma ruptura estrutural com as proteções ao trabalhador, previstas na legislação. Uma nova legislação sobre a terceirização, propostas em estado avançado de deliberação sobre uma reforma no sistema previdenciário e o começo de um esboço de uma reforma trabalhista abrangente. Todas mudanças profundas sendo levadas a cabo sem o devido diálogo com a sociedade. Um ambiente como este reforça a necessidade de interpretações jurídicas que preservem direitos, em sintonia com o ânimo original da Constituição da República.

O direito à desconexão, neste sentido, em que pese ser relativamente novo do ponto de vista doutrinário, nada mais é do que um reflexo da necessidade de garantir condições dignas ao trabalhador, com jornada de trabalho adequada e que não viole seu período de repouso.

Não podem ser toleradas relativizações irresponsáveis do texto de lei vigente em prol de um suposto “aumento de produtividade” ou “incremento de competitividade”. O artigo 5º, assim como o artigo 7º da Constituição, não são letras mortas. Permitir a “flexibilização” de tais normas abre um precedente perigoso.

Como já dito, se há menos de 15 anos um mundo como o de hoje era reputado como “surrealista”, nossa incredibilidade com as previsões catastróficas de obras como “*Fifteen Million Merits*” deve ser questionada. O referido capítulo de “*Black Mirror*” possui todos os

elementos que habitam o mundo corrente. As violações ao direito ao lazer, à intimidade e à vida privada, à desconexão do trabalho, já estão presentes.

Não se deve olvidar que, há poucas décadas, todo o conjunto de garantias atual não existia, de modo que acreditar que este seja eterno ou resiliente, por si, é deveras ingênuo.

Portanto, a observância ao Direito à Desconexão é medida salutar em prol da manutenção de um conjunto muito maior de direitos, os quais atualmente são objeto de profundas pressões políticas e sociais. É um exemplo perfeito de que a verdadeira evolução jurídica não consiste em abrir mão das garantias individuais, mas sim buscar sua efetivação no mundo moderno.

## REFERÊNCIAS

BALD, Aline Graziela; TESSMANN, Cláudia. *Direito à desconexão frente aos direitos e deveres do empregado no contrato de trabalho especificamente no teletrabalho*. Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado, v. 8, n. 2, 2016. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1019-1028-1-pb.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso do Direito do Trabalho*. 2016.

BBC Portuguese. *Franceses ganham direito a 'folga de e-mail' fora do horário de trabalho*. 2 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38471356>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

BRAGA, Eduardo Souza. *Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca: 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil:

promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

Acesso em: 04 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>.

Acesso em: 20 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário nº 00115008620145010077* - RJ, 5ª Turma, Relator: Enoque Ribeiro dos Santos, julgado em 24 de agosto de 2015, publicado em 31 de agosto de 2015. Disponível

em: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nº 00991201403403005 0000991-74.2014.5.03.0034*, 4ª Turma, Relator: Paula Oliveira Cantelli,

publicado em 21 de novembro de 2016. Disponível em:

<<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nº 0119900-03.2009.5.04.0332* - RS, 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo, Relator: Desembargadora Denise Pacheco, julgado em 04 de agosto de 2011. Disponível em:

<<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT. Legislação complementar/ Jurisprudencia*. 39ª ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 de dezembro de 1948.

Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2016.

GARCIA, Gustavo Barbosa. *Manual do Direito do Trabalho*. 2015.

GRANDA, Ivis. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 2016.

MAFFRA, Márcia Vieira. *Direito à desconexão no universo do trabalho*. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). *Direito do Trabalho*. FUMARC, Belo Horizonte, v. 2, p. 505-520, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do Direito à Desconexão do trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Direção e Coordenação da Escola da Magistratura, Campinas – SP, n. 23, p. 296- 313, 2003.

MARTINEZ, Luciano. *Curso do Direito do Trabalho*. 7ª ed. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24ª ed. 2011.

OLIVEIRA, Ariete Pontes de; e RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O dever de reparar o dano existencial no plano do direito do trabalho*. In: *Direitos do trabalhador: teoria e prática: homenagem à Professora Alice Monteiro de Barros*. RTM, Belo Horizonte, p. 98-99, 2014.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. *Direito à desconexão do trabalhador – repercussões no atual contexto trabalhista*. Revista Legislação do trabalho. Direção Armando Casemiro Costa. LTR, São Paulo, n.10, p.1180-1188, 2010.

PAULA, Paulo Mazzante de. *A globalização econômica: perspectivas constitucionais contemporâneas*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 147-156, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/116/116>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão, uma realidade no teletrabalho*. Revista Legislação

do trabalho. Direção Armando Casemiro Costa. LTR, São Paulo, n.7, p. 820-829, 2007.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013.

TAVARES, Igor Antônio da Silva. *Jornada de trabalho, direito à desconexão e dano existencial*. Revista Legislação do trabalho. Direção Armando Casemiro Costa Filho. LTR, São Paulo, n.6, p. 714-725, 2016.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. *Direito ao lazer e a desconexão do trabalho como meio de garantir os direitos fundamentais do trabalhador*. Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA, v. 3, n. 5, 2013. Disponível em:  
<<http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/56>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

# INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL AOS PORTADORES DE DIPLOMA UNIVERSITÁRIO

Dyennyfer Moreira LINO<sup>43</sup>

## RESUMO

O objetivo desse trabalho é demonstrar as razões que embasam a inconstitucionalidade da prisão especial àqueles que possuem diploma universitário, por afrontar diretamente a Constituição Federal, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, os quais vedam que indivíduos em situação semelhante sejam tratados pelo Estado de modo desigual, sem qualquer justificativa que embase o discrimine, ao considerar que cada indivíduo é merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade em que vive. Portanto, torna-se inaceitável a permanência do inciso VII, do artigo 295 do Código de Processo Penal no ordenamento pátrio, por dividir os presos pelo grau de instrução que possuem. Deve-se restringir a finalidade da prisão especial a preservar a vida e integridade física de sujeitos que se colocados em celas comuns correrão sério risco de morte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão Especial. Inconstitucionalidade. Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Igualdade.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate the reasons that underlie the unconstitutionality of special arrest to those who have a university degree, for directly facing the Federal Constitution, in particular, the principles of human dignity and isonomy, which prohibit individuals in a similar situation are treated by the State in an unequal manner, without any justification for encroaching on the discrimination, considering that each individual deserves the same respect and consideration on the part of the State and the society in which he lives. Therefore, it is unacceptable to stay in section VII, article 295 of the Code of Criminal Procedure in the country, by dividing the prisoners by the level of education they have. The purpose of special arrest should be restricted to preserving the life and physical integrity of subjects who if placed in ordinary cells will be seriously at risk of death.

**KEY WORDS:** Special Arrest. Unconstitutionality. Dignity of the Human Person. Principle of Equality.

## I – INTRODUÇÃO

Não é segredo que a sociedade brasileira sofreu e ainda sofre, constantes episódios de discriminação, podendo atualmente afirmar com segurança, que essa distinção decorre da desigualdade social existente no país desde seu primórdio.

As lutas foram constantes, visando diminuir o discrimine, tanto é, que a promulgação da Constituição de 1988, alicerçada pelos princípios fundamentais foi uma grandiosa conquista em prol da igualdade de tratamento a todos os brasileiros.

O Princípio da isonomia surgiu para estruturar o sistema normativo ao conjugar

---

<sup>43</sup> Dyennyfer Moreira Lino, Estudante do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. E-mail: dyenny\_moreira18@hotmail.com

dimensões liberais, democráticas e sociais inerente do conceito de República Federativa do Brasil, disciplinando que seja dado tratamento igual aos que encontram em situação semelhante e que sejam tratados desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhece em cada ser humano o que lhe faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado, estruturando assim, todo o ordenamento jurídico de modo deontológico e axiológico.

Desta forma, a prisão especial foi criada como espécie de prisão cautelar, definindo o local em que determinados indivíduos, pela profissão que exercem ou outra condição específica, serão colocados quando presos provisoriamente, por não poderem ser inseridos em celas comuns, por sério risco à vida ou integridade física.

O propósito inicial da criação da prisão especial, em análise fática, condiz com o princípio da igualdade, ao ensejar tratamento diferenciado a determinados segregados provisórios, que ostentam condição específica que os tornam diferentes e por isso, justifica serem colocados em celas separadas dos demais presos.

Com a inclusão do inciso VII, no artigo 295 do Código de Processo Penal, acrescentou ao rol dos beneficiários da prisão especial todos àqueles que possuem diploma universitário, ocasionando, uma distorção na finalidade do instituto, ao passo que não buscou preservar à vida, mas tão somente ampliar o seu alcance embasado em títulos aderidos por pouco indivíduos, quando comparado pelo total de habitante do país.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a inconstitucionalidade da prisão especial aos portadores de diploma de curso superior, por ferir claramente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ao atribuí-la em razão do status do sujeito, criando por conseguinte, mais uma categoria diferenciada de brasileiros, fugindo assim, do intuito originário do instituto, qual seja, preservar a vida ou integridade física de determinados indivíduos, que pela profissão que exercem ou outra condição específica que detêm, não devem ser colocados em cela comum, quando do cumprimento da prisão cautelar.

## **II – DA PRISÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA**

Como o tema do presente estudo é relacionado a uma determinada modalidade de prisão, qual seja, prisão especial, antes de tecer maiores comentários nesse sentido, se faz necessário buscar o conceito de prisão e suas modalidades.

Sabe-se que a Constituição atribui valor significativo a liberdade pessoal, estabelecendo requisitos para a decretação da prisão em qualquer de suas espécies, bem como para sua manutenção, conforme se depreende dos art. 5º, incisos LXI a LXVI da Constituição

Federal.

Sendo assim, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Prisão origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione*, que significa prender. (...) De fato, o termo prisão é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado (2017, p. 863).

Nesse norte, com base no art. 283 do Código de Processo Penal, extrai-se que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

As espécies de prisão são assim compreendidas: prisão extrapenal, prisão penal ou prisão pena e prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena.

A prisão extrapenal, como o próprio nome já diz, relaciona-se às situações fora do âmbito do processo criminal, tendo como subespécies a prisão civil e a prisão militar, decorrente de transgressão disciplinar.

Após o trânsito em julgado, se decretada a condenação do réu, tem-se firmado sua culpabilidade na prática de ilícito penal, não havendo outros meios a não ser, o início do cumprimento da pena imposta. Se esta pena corresponder à privativa de liberdade, com posterior recolhimento do sentenciado ao cárcere, está-se diante da prisão pena.

No entanto, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2016, por meio do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, do Estado de São Paulo, prescindível trânsito em julgado para início do cumprimento da pena, ao admitir a execução penal após confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição.

Durante a persecução penal, poderá o magistrado, amparado pelos dispositivos legais e situação fática favorável, decretar a prisão cautelar do investigado, objetivando assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.

Renato Brasileiro de Lima, ao se referir à finalidade da prisão cautelar, direciona-a obrigatoriamente ao comprometimento ao caráter instrumental do processo penal:

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. Tendo como função cautelar que lhe é inerente – atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal – a prisão cautelar também não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental (2017, p. 875).

A prisão cautelar, cuja utilidade está-se vinculada à garantia da eficácia das investigações ou até mesmo do processo criminal, segundo a doutrina majoritária, apresenta-se em três modalidades, quais sejam: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva e c) prisão temporária.

Para melhor compreensão da definição de prisão em flagrante, se faz necessária abordar o significado de flagrante delito, eis que o cerceamento à liberdade de locomoção, aqui mencionado, origina-se da flagrância do delito pelo autor.

A expressão ‘flagrante’ deriva do latim ‘*flagrare*’ (queimar), e ‘*flagrans*’, ‘*flagrantis*’ (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade (LIMA, 2017, p. 926).

Sendo assim, na prisão em flagrante, a privação da liberdade de locomoção se dará quando o autor é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial.

A prisão em flagrante, nos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, possui duas funções básicas:

A primeira é a de interceptar o evento criminoso, impedindo a consumação do crime ou o exaurimento de seu *iter criminis*. Por isso o Código de Processo Penal permite que a prisão em flagrante seja realizada por “qualquer do povo”, tendo em vista que o Estado não pode estar presente em todos os lugares, em todos os momentos.

A segunda função é a de possibilitar a colheita imediata de provas contundentes sobre o fato delituoso, especialmente no que se refere à autoria (2015, p. 577).

Portanto, a prisão em flagrante independe de prévia autorização judicial, necessitando por conseguinte, estar presente uma das situações descritas no art. 302 do Código de Processo Penal para sua decretação.

Paulo Rangel de modo sucinto explica as hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal:

Tem início com o fogo ardendo (está cometendo a infração penal – inciso I), passa para uma diminuição da chama (acaba de cometê-la – inciso II), depois para a perseguição direcionada pela fumaça deixada pela infração penal (inciso III) e, por último, termina com o encontro das cinzas ocasionadas pela infração penal (é encontrado logo depois – inciso V) (2005, p. 620).

Após decretada a prisão em flagrante proveniente de estado de flagrância analisar-se-á se é caso de manter o cerceamento ao autor do delito ou conceder-lhe liberdade mediante condições legais.

Última modalidade de prisão cautelar denomina-se prisão temporária, a qual foi editada pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, posteriormente substituída pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Visando pôr fim à prisão para averiguações, a qual consistia no cerceamento de liberdade de qualquer pessoa, justificado pela necessidade de investigações, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autoridade judicial, que surge a prisão temporária.

Desta forma, a prisão temporária está disciplinada pela Lei. 8072/90 e denomina-se como espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade competente, com prazo preestabelecido de duração, se tornando indispensável para obtenção de elementos quanto a autoria e materialidade dos delitos tipificados no art. 1º, do diploma supra.

Por derradeiro, diante das modalidades de encarceramento existentes no ordenamento pátrio, passa-se a análise da prisão especial, buscando enfatizar a finalidade pelo qual foi criada: a preservação à vida ou integridade física de presos provisórios.

### **III – DA PRISÃO ESPECIAL**

A prisão especial identifica-se à possibilidade de determinados indivíduos, em razão da função que desempenham ou de uma condição específica que ostentam, possuírem direito ao recolhimento em local distinto da prisão comum durante o processo ou inquérito policial e, não havendo estabelecimento específico, serão recolhidos em cela distinta do mesmo estabelecimento, até que sobrevenha sentença condenatória transitada em julgado.

Veja-se, como mencionada em capítulo anterior, a prisão cautelar é uma espécie de encarceramento. A prisão especial é onde este encarceramento é realizado. Como regra, as prisões cautelares são cumpridas nas cadeias públicas, conforme previsto na Lei de Execução Penal. Entretanto, no caso das pessoas referidas no art. 295 do CPP, ao invés de cumprir a prisão cautelar nas cadeias públicas, cumprirão em cela especial ou em quartéis.

*A prisão especial não pode ser considerada modalidade de prisão cautelar. Cuida-se, na verdade, de especial forma de cumprimento da prisão cautelar. Com efeito, segundo o disposto no art. 295 do Código de Processo Penal, só há falar em direito à prisão especial quando o agente estiver sujeito à prisão antes de condenação definitiva. Logo, com trânsito em julgado, cessa o direito à prisão especial (LIMA, 2017, p. 900).*

Com base no artigo 295 do Código de Processo Penal, as pessoas que têm direito à prisão especial correspondem aos ministros de Estado, os governadores e seus secretários, os prefeitos e seus secretários, os membros do Poder Legislativo de qualquer das esferas federativas, os chefes de polícia, os cidadãos inscritos no Livro de Mérito, os oficiais, os magistrados e membros do Ministério Público, os ministros de confissão religiosa, os ministros do Tribunal de Contas, os delegados de polícia, os policiais militares, os oficiais da Marinha Mercante Nacional, os dirigentes e administradores sindicais, os servidores públicos, os pilotos de aeronaves mercantes nacionais, os funcionários da polícia civil, os portadores de diploma universitário, os professores de 1º e 2º graus e os juízes de paz.

Embora o rol dos beneficiários da prisão especial seja extenso, deve-se restringi-la àqueles que em virtude da função exercida antes de ser preso, poderão sofrer ameaças à vida e integridade física se forem colocados junto aos outros segregados, como os magistrados e policiais, por exemplo.

Desta forma, é preciso limitar a aplicabilidade da prisão especial a preservar a vida e integridade física de sujeitos que diante da profissão que exercem ou outra especificidade, correm sério risco de morte, quando colocados em celas comuns.

A eles sim, deve-se reservar o direito à prisão especial. Nesse caso, há razão razoável para o discrimine. Mantê-las presas em celas comuns equivaleria a instituir, do ponto de vista prático, verdadeira pena de morte (LIMA, 2017, p. 900).

Por certo, buscar o resguardo à vida ou a integridade física é motivo plausível para a concessão da prisão especial, eis que não é crível deduzir que colocar um policial militar na mesma cela em que os autores de infrações penais, cuja prisão em flagrante foi por ele efetuada, não acarretaria qualquer risco ao agente.

Não é só, caso necessário transportar o preso especial, dispõe o artigo 295, caput, §4º do Código de Processo Penal, que o seu deslocamento não poderá ser efetuado juntamente com presos que não detenham o mesmo privilégio.

#### **IV – PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O presente capítulo é crucial para o desenvolvimento de todo o presente trabalho por relacionar-se o tema aludido aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, alicerces essenciais à estrutura da legislação pátria.

Fundamentos estes que respondem aos crescentes questionamentos oriundos de fatos concretos em que o legislador, pela limitação que lhe é inerente, deixou de disciplinar para as resoluções dos casos concretos que hodiernamente surgem.

Inicia-se o estudo pelo princípio da igualdade ou isonomia, o qual Rosseau analisando-o, concluiu pela existência de “duas espécies de desigualdade entre os homens: a natural ou física e a moral ou política. Aquela, estabelecida pela natureza, consiste na diferença de idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma. Esta – a desigualdade moral ou política – decorre das convenções estabelecidas, ou convertidas, pelos homens” (1999, p. 159).

Em complementação ao acima mencionado, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade não se limita a nivelar os cidadãos diante da norma legal, mas proíbe que a própria lei seja editada em desconformidade com a isonomia. Ele é dirigido tanto ao aplicador da lei quanto ao próprio legislador. Em outras palavras, não

só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas (2007, p. 09).

Nos dizeres do artigo 5º, caput, da Constituição Federal “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sendo assim, o princípio da isonomia determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em semelhante situação e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Pode ser compreendido em duas vertentes, quais sejam, igualdade na lei e igualdade perante a lei. O primeiro obsta que o legislador estabeleça tratamento discricionário entre pessoas que mereçam tratamento igual. Já o segundo, restringe-se a atuação dos intérpretes e aplicadores da norma jurídica, impedindo-os que ao concretizarem uma norma, conferem tratamento diferente a quem a lei considerou iguais (ALEXANDRINO E PAULO, 2015).

O princípio da igualdade tem a ver fundamentalmente com igual posição em matéria de direitos e deveres [...]. Essencialmente, ele consiste em duas coisas: proibição de privilégios ou benefícios no gozo de qualquer direito ou na isenção de qualquer dever; proibição de prejuízo ou detrimento na privação de qualquer direito ou na imposição de deveres (CANOTILHO, 2007, p. 338).

O princípio da isonomia não proibi que a lei estabeleça tratamento distinto entre pessoas que possuem diferenciações de grupo social, idade, sexo, idade ou até mesmo condição econômica, o que não se admite é que essa distinção seja arbitrária, sem qualquer razoabilidade.

Portanto, “o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório entre indivíduos, quando há razoabilidade para a discriminação” (ALEXANDRINO E PAULO, 2015, p. 123).

Veja-se que a igualdade, não raras vezes, é tomada como sinônimo de justiça. Nesse sentido, nas lições de Chaïm Perelman, ela pode significar dar a cada um a mesma coisa; dar a cada um segundo seus méritos, dar a cada um segundo suas obras; dar a cada um segundo sua posição; dar a cada um segundo o que a lei lhe atribui; dar a cada um segundo suas necessidades (1996, p. 9-14).

Princípio basilar do ornamento constitucional, ao ramificar todos os demais princípios, a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, norteia toda a estrutura deontológica e axiológica da sociedade brasileira ao disciplinar direitos e deveres à convivência humana.

Na conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a

rede da vida. (2010, p. 70).

A dignidade é uma qualidade inerente de todo indivíduo, ou seja, decorre da própria condição de ser humano e por isso constitui valor universal, que merece integral respeito e aplicabilidade.

Para Luiz Edson Fachin, a dignidade humana é:

Princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata (2011, p. 291).

O princípio em análise, não é uma simples criação do legislador, pelo contrário, trata-se de um valor transcendental:

O princípio da dignidade da pessoa humana não é simples criação legislativa, porquanto apenas se reconhece no texto constitucional iminência da dignidade como valor (ou princípio básico), cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriores, aferidos de modo prévio à normação jurídica. Como postulado fundamental, peculiar ao Estado de Direito democrático, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica. Trata-se, portanto, de um princípio de justiça substancial, de validade *a priori*, positivado jurídico-constitucional (PRADO, 2003).

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, na condição de valor que lhe é inerente, exige o reconhecimento e proteção de todos os direitos fundamentais, expressos ou não, no Texto Magno. Em outras palavras, embora nem todos os direitos essenciais estejam diretamente fundamentados na dignidade da pessoa, a todos deve-se estender o conteúdo e interpretar em consonância com o princípio aludido.

Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direito (e/ou ser sujeitos de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade (SARLET, 2010).

Para que os direitos fundamentais sejam efetivados, é de suma importância a interpretação e aplicabilidade certa do princípio orientador de todo sistema legal pátrio: a dignidade da pessoa humana.

Para efetivação dos direitos fundamentais, além do respeito indeclinável e irrestrito aos pressupostos, premissas, regras e princípios fundamentais que compõem toda a ordem legal, faz-se modernamente necessário que haja atenção, compreensão, interpretação adequada e completa, visando ao respeito e à efetivação daquele princípio que é e deve ser a grande diretriz orientadora da interpretação jurídica: a dignidade da pessoa humana, cujo núcleo primacial parece estar ligado à autonomia e ao direito de autodeterminação de cada ser humano. Está relacionado, certamente, à possibilidade de uma existência que permita a integral fruição dos direitos fundamentais e o pleno

desenvolvimento da personalidade (CAMARGO, 2010).

Veja-se que o princípio aludido denota-se íntima relação com a realização dos direitos fundamentais:

Por derradeiro, há que tecer algumas considerações sobre a íntima vinculação entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, importa salientar, de início, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo, considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados. Entre nós, sustentou-se recentemente que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência. Não se pode desconsiderar, neste contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando – como já visto – o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. Que o direito à vida e à integridade física e corporal garante, em última análise, o substrato indispensável à expressão da dignidade também já ficou evidenciado e pode ser tido como incontroverso. O mesmo, relembre-se, ocorre relativamente à proteção da intimidade e da esfera privada dos indivíduos. Neste sentido, há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento. Em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de *lex generalis*, já que, quando suficiente o recurso a determinada direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistente razão para invocar-se autonomamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode ser considerado de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente pode constituir ofensa ao seu conteúdo de dignidade (SARLET, 2005, p. 126).

O Estado deve-se guiar orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana em cada ato que realize, visando garantir a cada sujeito o pleno exercício da dignidade aqui mencionada e o mínimo para viver.

(...) a violação desse princípio ocorre sempre que a pessoa humana for rebaixada a objeto, a mero instrumento, coisificada; sempre que restar descaracterizada como sujeito de direitos. Por isso que o princípio engloba, por exemplo, a proteção à integridade física, a liberdade de pensamento e expressão, a autodeterminação. Na dimensão social envolve a garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, abrangendo alguns direitos sociais e direitos a prestações materiais por parte do Estado (GEBRAN NETO, 2002, p. 35).

Por isso que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada por todo particular, pelo Estado, pelos entes coletivos e principalmente pelos que operam o direito.

Nesta toada, “a partir do momento em que o ser humano é respeitado, os seus direitos e garantias verdadeiramente implementados, é que passa a ter sentido e importância a dignidade das pessoas” (CAMARGO, 2010).

Ante o exposto, com respaldo nos princípios aludidos, denota-se a relevância em questionar a constitucionalidade da prisão especial aos portadores de diploma de curso superior, tendo em vista que a norma que a expressa não foi devidamente fundamentada em alicerces constitucionais.

## V – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL ÀQUELES QUE POSSUEM DIPLOMA UNIVERSITÁRIO

A ilógica atribuição da prisão especial aos que possuem diploma superior repercute na leitura da Constituição, a qual determina em seu artigo 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Se é a igualdade que deve-se implantar na sociedade brasileira, não se encontra respaldo jurídico e fático que permeia essa diferenciação, tornando-a desobediente à Carta Magna Nacional.

Se é o respeito à dignidade da pessoa humana que se busca, qual justificativa aderir quando se depara às hipóteses de um carpinteiro preso provisoriamente e um advogado também preso cautelarmente, pelo mesmo crime, sendo os dois primários e possuindo bons antecedentes, mas somente o último tem direito a ser recolhido em local distinto daqueles que foram condenados.

Veja-se, o legislador não se preocupou em aumentar a igualdade, acrescentando mais uma classe no art. 295 do Código de Processo Penal, quis somente calar a minoria ao passo que acentuou ainda mais a desigualdade existente na sociedade brasileira, já tão abalada pelos rumos da discriminação.

Cria-se, por meio da prisão especial, tratamento diferenciado entre um cidadão diplomado e outro analfabeto, violando-se o princípio da isonomia sem qualquer critério lógico e razoável a justificá-lo. Na verdade, se o próprio Estado reconhece que não consegue fornecer condições carcerárias dignas, deveria reservar a todo e qualquer preso provisório, primário e com bons antecedentes, recolhimento em separado daqueles que foram condenados, e, por conseguinte, já possuem mais tempo de vivência no cárcere (LIMA, 2017).

A prisão especial deve-se restringir-se à necessidade de preservação da integridade física e a vida de determinados indivíduos, os quais, pela função ou outro fator específico, torna-o vulnerável quando colocados juntos com presos comuns, como exemplo, um policial militar ou um juiz, que ao ser inserido em uma cela com demais presos, poderão ter suas vidas eivadas.

Porém, colocar em lugares distintos o médico, por ter diploma de curso superior, e o carpinteiro, por ser iletrado, ambos tendo cometido o crime de homicídio, por exemplo, além de serem primários e sem antecedentes, é uma demonstração inequívoca de desigualdade condenável. Inexiste razão plausível para que o médico não possa dividir uma cela com o carpinteiro. A periculosidade de ambos é semelhante, logo, não se pode alegar qualquer risco (NUCCI, 2010).

Portanto, é necessário aferir em análise a cada caso concreto, se há motivo plausível para atribuir ao preso provisório o benefício da prisão especial, justificando-se assim, o tratamento diferenciado.

Argumenta-se que essa modalidade de prisão representa uma cultura preconceituosa e discriminatória, onde são conferidos privilégios para alguns e negados ao comum do

povo. Entretanto, há casos em que a prisão especial ainda se justifica. Colocar um policial junto com outros detentos será submetê-lo à vingança daqueles que foram presos por ação sua; o mesmo ocorreria a um juiz ou um membro do MP. O verdadeiro sentido, constitucionalmente assegurado, de isonomia, consiste em tratar diferentemente os desiguais, buscando compensar juridicamente a desigualdade de fato e igualá-los em oportunidades. No que diz respeito aos agentes da repressão criminal, o verdadeiro princípio da igualdade consiste em conferir-lhes proteção jurídica adequada, para que cumpram a prisão como os demais indivíduos, mas o façam sem que sua integridade física, saúde ou vida sejam desnecessariamente expostas (MAZZILLI, 2009).

Ao aderir essa concepção, estará realizando medida de justiça coincidente dos valores e princípios que norteiam a sociedade brasileira e em cujo nome o Poder Estatal é exercido. “O ato justo é aquele conforme à regra de justiça, que não pode ser arbitrária. Há de se verificar uma justificação racional para a consecução da justiça” (CAMARGO, 2010, p.44).

Logo, a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 295 do Código de Processo Penal é verificada desde sua publicação, oportunidade em que mesmo contrária à norma constitucional foi implantada na sociedade brasileira, restando-se assim, ser declarado inconstitucional.

## **VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como já exposto em capítulo antecedente, a prisão especial é o local em que indivíduos presos provisoriamente serão recolhidos durante o inquérito policial ou processo, em razão da função que desempenham ou de uma condição específica que ostentam, não poderem ser colocados em celas comuns, diante de ameaças à vida ou integridade física evidentes.

Em um estudo por mais singelo sobre os temas tratados no presente trabalho, sob a ótica dos princípios constitucionais também mencionados, outra conclusão não surge, a não ser a definição de inconstitucionalidade da prisão especial àqueles que possuem curso superior, isto porque, não há, ao menos, um argumento plausível a ser considerado para sua manutenção no sistema brasileiro, visto contrariar os propósitos mais defendidos na era da Constituição de 1988.

A norma que trata do tema aludido, se preocupou tão somente em consagrar o direito a prisão especial àqueles portadores de diploma superior pelo “status” da pessoa, do que como meio de igualá-los aos demais privilegiados. Criando mais uma vez, uma categoria diferenciada de brasileiros.

A atribuição da prisão especial aos portadores de diploma superior, representa um extravio da finalidade originária do instituto, ao passo que distanciou-se de seu objetivo de preservar à vida e integridade física humana, sem qualquer motivo admissível para tanto.

Criou-se, por meio da prisão especial, uma distinção entre àqueles que possuem diploma em curso superior e os que não possui, por beneficiar parcela da sociedade brasileira,

sem qualquer critério lógico e justo que justifique o discrimine, representando assim, uma cultura discriminatória.

Pela interpretação conjunta do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, denota-se que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção realizado por parte do Estado ou do particular, sendo que a desigualdade somente é admissível em casos que possa justificá-la.

Desta forma, utilizar o diploma universitário como critério para a prisão especial corresponde séria afronta a Carta Magna, em especial, aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, tornando-se inaceitável tratamento diverso entre sujeitos pelo nível de escolaridade que possuem.

Portanto, para a prerrogativa da prisão especial, o indispensável é verificar àquele preso provisório que, em razão de uma situação concreta, há razoável justificativa para não colocá-lo em cadeia pública, visto que o traço desigualador escolhido confere o específico tratamento diferenciado, em função da desigualdade proclamada. Sendo vedado por completo sua definição por meio de títulos aderidos aos indivíduos, que na maioria das vezes torna-se mais palpável àqueles detentores de boas condições socioeconômicas.

Por todo o exposto, o inciso VII do artigo 295 do Código de Processo Penal não deveria sequer ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, por afronta direta aos seus princípios fundamentais, ao passo que, uma vez aderido ao sistema normativo pátrio, não resta outra alternativa, a não ser declará-lo inconstitucional e por conseguinte, extingui-lo da legislação brasileira.

## **REFERÊNCIAS**

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Núria Fabris Ed, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: RT, 2007, v. 1, p.338.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. ver. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: RT, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 5. ed. ver., ampla. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Prisão Especial para Magistrados e Membros do Ministério Público**. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 30 - Jun/Jul de 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 15. Tir. São Paulo, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco**. – 10. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, - (Série IDP).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Fim da Prisão Especial: posição favorável**. Jornal Carta Forense. 5 de outubro de 2010. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/fim-da-prisao-especial-posicao-favoravel/6061>>. Acesso em: 28 de março de 2017.

PAULO Vicente; ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 199, p.159.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE ESTUPRO: POR QUE NÃO?

Renan Cauê Miranda PUGLIESI<sup>44</sup>

## RESUMO

O presente trabalho estuda a violência sexual, mais especificamente o estupro, e a viabilidade de se aplicar a Justiça Restaurativa em tais casos, à luz de dois seriados: “House” e “Os Treze Porquês”. Dentro da problemática levantada, busca-se evidenciar o grande número de estupros que acontecem rotineiramente no Brasil, bem como suas consequências, a fim de vislumbrar, na Justiça Restaurativa, uma alternativa possível e mais vantajosa para as vítimas dos mencionados crimes. Objetiva-se, dessa forma, demonstrar os benefícios da Justiça Restaurativa e evidenciar que o fato do estupro ser um dos mais graves crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, atingindo profundamente a dignidade humana da vítima, não inviabiliza sua aplicação, mas a justifica, em razão de ser um modelo inclusivo de justiça e que leva em consideração os sentimentos daquele que foi violentado. Para isso, torna-se fundamental o levantamento de dados e trazer alguns elementos da Justiça Restaurativa, conjugando-os com as séries já mencionadas, para dar concretude às propostas levantadas. Para atingir esta finalidade, o trabalho está delimitado seguindo o método dedutivo, além da técnica de pesquisa bibliográfica indireta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Restaurativa. Estupro. “House”. “Os Treze Porquês”.

## ABSTRACT

The present paper studies sexual violence, more specifically rape, and the feasibility of applying Restorative Justice in such cases, in the light of two series: "House, M.D." and "13 Reasons Why". Within the problematic raised, it is tried to evidence the large number of rapes that occur routinely in Brazil, as well as its consequences, in order to envisage, in the Restorative Justice, a possible and more advantageous alternative for the victims of the mentioned crimes. The purpose of this study is to demonstrate the benefits of restorative justice and to show that despite rape to be one of the worst crimes predicted in Brazilian legal order, deeply affecting the human dignity of the victim, does not prevent their application, but justifies it, because it is an inclusive model of justice and takes into account the feelings of the one who was violated. For this, it is fundamental to collect data and bring some elements of Restorative Justice, combining them with the series already mentioned, to give concreteness to the proposals raised. To achieve this, the work is delimited following the deductive method, in addition to the technique of indirect bibliographic research.

**KEY WORDS:** Restorative Justice. Rape. “House, M.D.”. “13 Reasons Why”.

## INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto enfocou a temática do estupro e a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa quando da sua ocorrência, tendo em vista os benefícios que esse modelo de justiça pode proporcionar à vítima. Para dar tons de concretude à temática, fez-se uso de dois seriados que, de alguma forma, abordaram a temática do estupro.

---

44 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2014). Atualmente é conciliador da Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, 1ª Vara Federal de Jacarezinho, atuando principalmente nos seguintes temas: poder judiciário, religião, Justiça Restaurativa, repercussão geral e democracia.

A justificativa e a relevância social de se abordar tal temática está na necessidade de quebrar certos paradigmas a fim de encontrar modelos de aplicação de justiça mais condizentes com os interesses e necessidades da vítima e, conseqüentemente, com a dignidade da pessoa humana. Conforme corroboram os dados estatísticos angariados, o crime de estupro é algo presente e rotineiro na sociedade brasileira, trazendo consigo terríveis sequelas para a vítima, o que justifica a busca por novos paradigmas.

A problematização central levantada reside no fato de que, não obstante a frequência com que os estupros ocorrem e suas devastadoras conseqüências, as vítimas continuam sendo deixadas de lado, ocasionando, assim, uma segunda vitimização à pessoa, oriunda do próprio sistema. A Justiça Restaurativa recoloca a vítima no centro do processo, almejando a restauração não só em termos patrimoniais, mas também – e sobretudo – no que diz respeito às conseqüências psicológicas advindas da violação à sua dignidade sexual.

Nessa linha de raciocínio, o objetivo posto em foco foi apontar a Justiça Restaurativa como um modelo aplicável em casos de estupro. Embora seja de utilização mais comum em casos de infração patrimonial e “menor potencial ofensivo”, nada obsta a aplicação dos modelos restaurativos para crimes mais graves, tal qual abordado na presente pesquisa. O fato do estupro ser um dos crimes mais graves previsto no ordenamento jurídico, violando profundamente a dignidade da pessoa humana, não constitui argumento contra a aplicação de medidas restaurativas; ao contrário, é ainda mais justificável que estas sejam aplicadas, em razão da intensidade dos sentimentos da vítima que certamente estarão em jogo.

Para alcançar as respostas à problemática levantada foi utilizado, como método principal de abordagem, o método dedutivo, uma vez que foram apontados conceitos e elementos acerca da Justiça Restaurativa, da violência sexual e do estupro para, posteriormente, vislumbrar a aplicação concreta dos modelos restaurativos no tocante a crimes de estupro, tendo por liame os seriados *House* e *Os Treze Porquês*. Além disso, fez-se uso da técnica de pesquisa bibliográfica indireta, angariando material por meio de doutrinas, produções científicas e dados estatísticos.

## **1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA**

A convivência humana sempre foi objeto de estudos; há muita complexidade envolvida quando se vai tratar de pessoas se relacionando num ambiente social. Por isso, muitas regras são previstas e impostas, notadamente através do Direito, a fim de regular, da forma mais justas possível, todas as intempéries que possam surgir dos imprevisíveis laços inter-relacionais que permeiam a vida em comunidade.

Nota-se, ainda, que existem, em todo ordenamento jurídico, normas de natureza penal que preveem condutas e sanções para o caso de violação do ideal de comportamento que a sociedade espera. Visam, assim, atribuir maior proteção à determinados bem jurídicos, diante da ameaça de punição, em penas que podem chegar a restringir a liberdade.

O modelo tradicional de justiça criminal apresenta muitos defeitos e omissões que não podem mais ser aceitos num Estado Democrático e Social de Direito – como se autodeclara o Brasil através da Constituição Federal. Ainda que o modelo criminal brasileiro, em tese, também almeje a ressocialização dos presos, isso não acontece de fato, sendo o fim ressocializador algo completamente ignorado não só pelos operadores do Direito e aqueles diretamente envolvidos com o sistema prisional, como também pela própria sociedade, chegando ao ponto de tal finalidade adquirir conotação de banalidade e ser pronunciada sob tom jocoso. O cenário apresenta superlotação prisional, exclusão, marginalização e estigmatização, relegando o infrator à invisibilidade social.

Não apenas o infrator ou réu, mas a própria vítima é constantemente ignorada pelo modelo retributivo, havendo pouca participação, inclusive processual, e quase inexistente preocupação com as consequências que o crime ocasionou a ela. Há verdadeira situação de abandono e omissão, consistente em ampla violação aos direitos humanos e fundamentais.

Assim, a Justiça Restaurativa vem despontando como verdadeira alternativa a esse modelo que vem se mostrando ultrapassado – ao menos, se adotado isoladamente.

Para melhor compreender o que se entende por Justiça Restaurativa, basta analisar a própria expressão, a qual possibilita inferir que o principal objetivo se encontra em restaurar algo, ou seja, o que se busca é o restabelecimento, não apenas patrimonial – que também deve ser almejado –, mas, igual e principalmente, o restabelecimento das partes enquanto seres humanos detentores de direitos, dignidade e sentimentos.

A Justiça Restaurativa pode ser concretizada através de várias fórmulas diferentes, a dizer: apoio à vítima (*victim support*), mediação vítima-ofensor, conferência restaurativa, círculos de sentença e cura (*healing and sentencing circles*), comitês de paz (*peace committes*), conselhos de cidadania (*citizen boards*), serviço comunitário (*community service*), dentre outros (ACHUTTI, 2012, p. 104-108). Contudo, os pontos em comum se destacam, constituindo-se sempre num processo voluntário, inclusivo e de busca pelo consenso.

Aliás, o processo restaurativo só tem lugar quando o acusado houver assumido a autoria e houver um consenso entre as partes sobre como se deram os fatos, sendo imprescindível o livre consentimento de ambas as partes, podendo qualquer um desistir quando quiser (PINTO, 2007, p. 24). Embora devam ser encorajados a participar, trabalhando-os com

cautela, não se pode olvidar a necessária presença de voluntariedade tanto pelo ofensor quanto pela vítima (VITTO, 2007, p. 44).

Além disso, a doutrina alerta que:

No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado (PINTO, 2005, p. 20).

Como se pode notar, os modelos restaurativos acarretam muitos benefícios de várias ordens, resguardando os direitos constitucionais fundamentais dos envolvidos no ato delituoso, havendo maior atenção às necessidades da vítima e à busca pela ressocialização do ofensor, para quem o sistema retributivo normalmente guarda, apenas, a previsão de uma punição pelo mal cometido.

A Justiça Restaurativa surge, nas palavras de Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 21) como uma “luz no fim do túnel da angústia de nosso tempo, tanto diante da ineficácia do sistema de justiça criminal como a ameaça de modelos de desconstrução dos direitos humanos, como a tolerância zero e representa, também, a renovação da esperança”.

No mesmo sentido, evidenciando a necessidade de quebra dos paradigmas atuais, face ao verdadeiro drama que se instaura pelo modelo tradicional de justiça, Reyley Rodriguez Chávez (2016, p. 29, tradução nossa):

Frente a este sombrio panorama, onde a vítima, infrator e comunidade não veem satisfeitas suas expectativas e ainda têm que sofrer as consequências negativas do sistema jurídico, vem se desenvolvendo e consolidando a “justiça restaurativa”, mediante determinado mecanismos que de maneira alternativa complementar o sistema retributivo de justiça, buscando reverter suas tendências negativas e prejudiciais, bem como o fortalecimento de suas instituições e procedimentos.

Assim, o modelo restaurativo traz novos contornos ao sistema de justiça nacional, pois se apresenta como alternativa ao modelo atual, podendo complementá-lo a ponto de impedir que as partes envolvidas no processo sofram não somente com tudo o que gira em torno da prática delituosa, bem como arque com as consequências do processo penal excludente e insensível às suas necessidades.

É justamente nesse sentido que o autor fala em fortalecimento das instituições e procedimentos, que ganharão crédito com a população, conquistando sua confiança, uma vez que passará a acreditar que o processo penal trará suporte para um novo começo.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa preocupa-se não com o trinômio “repressão-medo-prevenção”, como se dá com o sistema retributivo, mas com a ideia de “dano-reparação-prevenção”, tendo, assim, como prioridades os interesses, necessidades e expectativas da vítima no que tange à efetiva reparação dos danos, a honesta e voluntária reabilitação do ofensor frente

àquela, bem como a busca do bem-estar geral da comunidade (CHÁVEZ, 2016, p. 30).

Assim, os modelos restaurativos apresentam grandes vantagens às partes. Para a vítima, há preocupação com seus interesses e participação no processo que determinará a culpa daquele que violou seus direitos. Segundo Vitto (2005, p. 43-44), o modelo restaurativo apresenta claros benefícios à vítima, na medida em que lhe confere papel importante na formulação da repressão do Estado ao crime, bem como se preocupa em garantir a efetiva reparação do dano e a minimização das consequências do ocorrido, o que evita a vitimização secundária, ou seja, a pessoa tornando-se vítima pela segunda vez, quando o sistema a abandona.

A propósito, Ana Sofia Schmidt de Oliveira (1999), citada por Mazzutti (2011, p. 65-66), menciona três espécies de vitimização, a dizer, “vitimização primária, aquela causada pelo cometimento do delito; a secundária, causada pelas instâncias formais de controle e, finalmente, a vitimização terciária, como aquela resultante do desamparo de assistência pública e social”. Nessa toada, a justiça restaurativa, através da participação e do processo de superação, pode auxiliar no tratamento da primeira, evitar que ocorra a segunda e suprir, ainda que parcialmente, a omissão ocasionada pela terceira.

Não se pode mais pensar na vítima como mero acessório do processo penal, um instrumento para a busca da punição do ofensor, mas nela como detentora de direitos que foram violados, carecendo de reparação não só financeira, mas no que diz respeito ao seu estado psicológico e noção de empoderamento que certamente foram maculados.

Nesse sentido, busca-se vislumbrar na vítima um sujeito de direito:

[...] em um Estado Democrático de Direito, o respeito aos direitos e garantias individuais, bem como, os limites impostos pela Constituição, despontam como indispensáveis à satisfação dos direitos fundamentais do homem, especificamente protegendo-o contra as arbitrariedades do Estado. [...] Desta feita, uma tutela jurisdicional condizente com esses valores já não pode conviver com uma posição da vítima no processo penal que não seja a de sujeito de direitos, sem que com isso se abandone os direitos e garantias do acusado. [...] O desafio que se apresenta reside na reformulação do sistema processual, viabilizando seu ajustamento às disposições constitucionais, de maneira que os direitos das vítimas sejam reforçados e compreendidos como uma questão de direitos humanos (MAZZUTTI, 2011, p. 47-49).

Além disso, os modelos restaurativos são benéficos também para o infrator, tendo em vista a forma como este vem sendo tratado na estrutura do modelo tradicional, sob visão distante de propósitos humanitários e direitos fundamentais, havendo enfoque excludente e voltado à punição e segregação.

A Justiça Restaurativa se vale, portanto, de recursos outros que não a mera responsabilização do causador do dano, através da punição e estigmatização. Antes, almeja, através do encontro com a vítima, achar algumas respostas acerca, por exemplo, dos motivos que teriam levado o infrator aos seus atos, assim como busca, a partir desse ponto, o

encaminhamento de possibilidades de superação ou transfiguração (MELO, 2010, p. 53).

De fato, numa sociedade imersa em profundas desigualdades sociais e escassez de oportunidades, não se deve encarar aqueles que cometem crimes como meros inimigos da sociedade, como se todos escolhessem esse estilo de vida para si diante da possibilidade de viver conforme as leis e regras morais que se impõem.

Conforme lembra Chávez (2016, p. 25-26), um dos êxitos da Justiça Restaurativa está na possibilidade que oferece ao ofensor de conscientizar-se do dano que causou. Ao colocá-lo frente às consequências de seus atos, este tem maiores possibilidades de se sensibilizar com o sofrimento da vítima, gerando um forte sentimento de culpa. Assim, possui a grande importância de inculcar no ofensor maior predisposição em assumir compromissos não só perante à vítima, como à sociedade.

Por trás do crime – aliás, de toda ação humana -, sempre haverá uma história a ser contada, uma carga de valores adquiridos com o tempo e que evidencia as vivências do autor dos atos. Como se pode imaginar, e tendo em vista o alto índice de criminalidade em periferias e dentre aqueles que vivem em classes sociais à margem do resto da sociedade, as experiências pessoais envolvem traumas e um mundo paralelo que destoa dos “padrões” da classe dominante brasileira.

O autor do delito deve ser encarado como verdadeiro sujeito de direitos, pois:

O sistema não se legitima sem a efetiva manifestação da vítima e também não encontra legitimidade sem oportunizar ao autor da conduta criminosa uma regra de respeito e preservação do ser humano, ante a dignidade da pessoa humana. Ao autor, seletivamente escolhido pelo sistema penal para sofrer seus dissabores, etiquetado e estigmatizado, morto socialmente, deve, ao menos, ser-lhe dada a oportunidade de reinserção social que não pelo doloroso caminho da pena. Ser tratado de forma digna é condição umbilical para que o delincente não deixe sua condição humana. O Direito penal há de agir em respeito a todos os princípios fundamentais que gizam seus contornos, rompendo com os falsos pilares propalados pela modernidade (SALIBA, 2007, p. 105-106).

Por outro lado, nota-se que, para determinados modelos de restauração, como os Círculos de Construção de Paz, por exemplo, há importância na participação não só das partes – ofensor e vítima -, mas também das pessoas que diretamente podem ter sido afetadas, como familiares e amigos, e, por fim, da comunidade em que estão inseridas. Todo e qualquer ato que viole certos padrões sociais e morais, assim como a lei, está apto a atingir grande número de pessoas de determinados círculos e grupos sociais, em maior ou menor escala. Quando tal atentado se manifesta através de um crime, o potencial ofensivo é ampliado, afetando a alma da comunidade estruturada e organizada chamada sociedade.

Explica Howard Zehr (2012, p. 28) que os membros da comunidade detêm necessidades advindas do crime, bem como possuem papéis a serem desempenhados nesses

processos. Afinal, as comunidades sofrem o impacto do crime e, em razão disso, deveriam ser consideradas partes interessadas, por serem vítimas secundárias; seus membros também têm grande importância – inclusive responsabilidades – em relação às vítimas, aos ofensores e a si mesmos.

Definitivamente, nada melhor que a própria comunidade para acolher aqueles que foram afetados pelo crime e sofrem com os estigmas impostos pelos membros da sociedade, tornando-se importante componente de transição da sensação de exclusão e isolamento causada pelo crime para o retorno ao convívio social, algo que, por sinal, interessa à própria comunidade.

Por isso, os métodos restaurativos trazem novos tons à resolução dos conflitos, através de processo inclusivo e que, de fato, deixar transparecer a preocupação não com a punição do infrator, mas, num viés mais humanitário, com o consenso e a restauração das relações sociais atingidas pela perpetração do ato delituoso.

Embora não seja possível um estudo mais aprofundado acerca da Justiça Restaurativa nesse momento do estudo, é preciso notar o grande diferencial dessa modalidade de resolução de conflito: participação e consenso. A vítima e o ofensor serão colocados frente a frente, para que se conheçam e discutam o ocorrido, expondo seus pontos de vista e experiências, sob olhares de um facilitador – que orientará a dinâmica do encontro, além do envolvimento de familiares e membros da comunidade, que poderão ajudar na construção do acordo.

## **2 APONTAMENTOS ACERCA DO ESTUPRO**

Alguns crimes previstos no ordenamento jurídico visam proteger bens jurídicos mais caros à sociedade. A dignidade sexual é, sem dúvida, um dos mais importantes direitos a serem tutelados pelo ordenamento jurídico; poucas coisas são tão ofensivas à natureza humana e à sua dignidade que o crime que atenta contra a integridade sexual da pessoa.

Antes de mais nada, é preciso vislumbrar o que se entende por violência sexual. Segundo a OMS, este tipo de violência pode ser definido como:

[...] qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, comentários ou investidas sexuais indesejados, ou atos direcionados ao tráfico sexual ou, de alguma forma, voltados contra a sexualidade de uma pessoa usando a coação, praticados por qualquer pessoa independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer cenário, inclusive em casa e no trabalho, mas não limitado a eles (KRUG et al, 2002, p. 147).

A OMS ainda explica que a coação, acima mencionada, abrange diversos graus de força. Assim, além da força física, pode se manifestar através da intimidação psicológica, chantagem ou pelas mais diversas ameaças – por exemplo, ameaça de dano ou de demissão do emprego. A coação também pode se dar quando a vítima agredida é incapaz de dar o seu

consentimento, como nos casos em que está embriagada, drogada, adormecida ou mentalmente incapaz de compreender a situação (KRUG et al, 2002, p. 147).

O ordenamento jurídico brasileiro traz um conceito de violência sexual na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), diploma este que trata, entre outros temas, das várias formas de violência que podem ser cometidas contra a mulher. A lei é bem descritiva acerca dessa modalidade, pois, nos termos do art. 7º, inciso III, violência sexual é:

[...] entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Com efeito, várias são as condutas descritas nos incisos do artigo que trata das formas de violência, sendo a lei clara ao informar que se trata de rol meramente exemplificativo, tendo em vista que muitas outras formas de violência podem surgir na sociedade, e que deverão ser abrangidas por essa lei (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 254). É o que se depreende do *caput* do artigo do art. 7º da referida lei, ao pregar que, “são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, *entre outras*” (grifo nosso).

Diante dessa premissa, tem-se que violência sexual pode, ainda, materializar-se quando o homem “forçar a mulher à prática de atos que lhe causem desconforto ou repulsa, bem como, quando se obriga a mulher a ver imagens pornográficas que ela não queira ou a praticar ato sexual com terceiros quando não seja esta a sua vontade” (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 291).

A violência sexual é universal, ocorrendo – lamentavelmente – em todas as partes do mundo, alcançando prevalentemente as mulheres, abrangendo todas as etnias, crenças, culturas e classes sociais, desde as mais pobres às mais abastadas, ocorrendo em ambientes públicos ou privados, e atingindo todas as faixas etárias. Essa forma de violência acarreta sequelas biopsicossociais de difícil mensuração, produzindo efeitos intensos, devastadores e, por vezes, irreparáveis. A saúde física e mental é abalada de forma intensa, podendo levar, por exemplo, à gravidez, o que reavivará sentimentos antigos e criará novos, trazendo angústia e desespero (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 291).

O ordenamento jurídico buscou tutelar os direitos relacionados à sexualidade, prevendo o Título VI do Código Penal, que dispõe acerca *dos crimes contra a dignidade sexual*. Dentre eles, está aquele mais comum, prontamente lembrado quando se fala em violência sexual: o estupro, um dos crimes mais atrozos previstos no ordenamento jurídico, colacionado no art. 213 do CP, que reza: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Além disso, o art.

217-A, *caput* e §1º, traz o estupro de vulnerável, imputado àquele que tem conjunção carnal ou pratica ato libidinoso com menor de 14 anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato ou que não possa, por qualquer causa, oferecer resistência.

É preciso não olvidar, contudo, que a definição de estupro é recente, conforme alerta Rogério Greco (2015, p. 465):

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, caminhando de acordo com as reivindicações doutrinárias, unificou, no art. 213 do Código Penal, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, evitando, dessa forma, inúmeras controvérsias relativas a esses tipos penais, a exemplo do que ocorria com relação à possibilidade de continuidade delitiva, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente os Superiores, não era segura.

A definição como *estupro* aparenta ter se dado em razão da mídia e da população em geral, que costumavam chamar de estupro aquilo que, na vigência da lei anterior, era concebido por atentado violento ao pudor, como quando, por exemplo, um homem era violentado sexualmente (GRECO, 2015, p. 465).

O estupro, embora seja um dos crimes mais atentatórios à dignidade humana, é muito recorrente na sociedade brasileira. Para se ter uma ideia, foram 45.460 estupros registrados em ocorrência policial no Brasil em 2015, algo em torno de 125 por dia, além de 6.988 casos de tentativa (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 37). Entretanto, em 2013, O Ipea realizou pesquisa com base num questionário sobre vitimização, no âmbito do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), contendo algumas questões sobre violência sexual, o que permitiu estimar que, a cada ano no Brasil, 0,26% da população sofre violência sexual, indicando cerca de 527 mil tentativas ou caso de estupros consumados no país, dos quais, portanto, somente cerca de 10% são reportados à polícia (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p. 6).

No que atine às características pessoais das vítimas, é preciso notar que, dentre as notificações realizadas em 2011, 88,5% eram do sexo feminino, percentual que chega a 97,5% quando se trata de adultos. Na análise da faixa etária, tem-se que 50,7% possuem até 13 anos de idade, 19,4% entre 14 e 17, tendo o restante, 29,9%, mais de 18 anos (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p. 8).

Já quanto ao agressor, tem-se que mais de 92% são do sexo masculino, independentemente da faixa etária da vítima. Além disso, no geral, 90% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, indicando que o foco de violência vem dos lares (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p. 9).

Nota-se, assim, ser um crime muito relacionado ao sexo, pois perpetrados, em grande

maioria, pelos homens, tendo como vítimas, em números muito expressivos, as mulheres. Além disso, nota-se número preocupante envolvendo crianças – vulneráveis, nos termos da lei penal -, o que diminui não só sua capacidade de compreensão, mas também a possibilidade de defesa – ainda mais se considerado que muitas vítimas são jovens meninas, em regra, fisicamente mais fracas.

Convém atentar-se, ainda, para as consequências da violência sexual, notadamente do estupro, que estão muito além das consequências físicas. Afinal, muitas vezes as marcas que ficam são psicológicas, pela forma como a integridade emocional da vítima é atingida. Conforme lembra a OMS, embora aconteçam muitas mortes associadas ao estupro, entre as consequências mais comuns da violência sexual, há aquelas relacionadas à natureza reprodutiva, como gravidez, complicações ginecológicas – como tumores fibróides e dor pélvica crônica – e doenças sexualmente transmissíveis, com o aumento do risco de transmissão de HIV; mental, com comportamento suicida, por exemplo; e bem-estar social, com um eventual ostracismo por parte dos membros da sociedade (KRUG et al, 2002, p. 160-162). Nesse sentido:

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina *cifra negra* (GRECO, 2015, p. 467).

De fato, em situação de estupro, por exemplo, a violação é tamanha que se torna difícil mencionar as consequências do crime e como a vítima prosseguirá com sua vida após o trágico ocorrido. Nota-se que “Agressões como essas provocam nas vítimas, não raras vezes, culpa, vergonha e medo, o que as faz decidir, quase sempre, por ocultar o evento” (CUNHA; PINTO, 2014, p. 69).

Aliás, o fato de o crime ter sido cometido por alguém próximo à vítima, com quem tem alguma relação de parentesco ou de afeto – que, conforme se viu, acontece em 90% dos casos -, converge para que haja a chamada *invisibilidade* do crime, uma vez que, além do medo, a dependência financeira e/ou emocional contribui para que a vítima não denuncie o autor da agressão (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 292), fazendo com que a vítima jamais consiga a ajuda para lidar com as sequelas do crime, além de perpetuar a situação de violência, deixando a vítima cada vez mais próxima da morte.

### **3 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE ESTUPRO**

Ser sujeito passivo de um crime, qualquer que seja, acarreta uma série de danos que vão muito além do objeto do delito em si. As consequências psicológicas para a pessoa podem

ser, por vezes, mais gravosas que o mal sofrido pela ação criminosa, vez que a reparação deste pode ser instantâneo, enquanto que as sequelas podem perdurar por toda a vida, se não tratadas corretamente.

Howard Zehr (2008, p. 19-20), ao trazer um caso para exemplificar suas exposições acerca dos sentimentos e sensações vivenciadas pela vítima do crime, explana um fenômeno corriqueiro que os psicólogos denominam como *aceitação por pavor paralisante*, acompanhado de choque e intensa negação: “isso não pode estar acontecendo comigo”. Diante de situação apavorante e que não podem impedir, as vítimas de crimes violentos aparentam cooperar com o agressor, em que essa reação psicológica natural pode ser interpretada – erroneamente – como colaboração voluntária, sendo que nada mais era que paralisia por medo. É o que se dá, por exemplo, em muitos casos de estupro, em que a vítima de forma alguma consente; apenas não consegue reagir ao intento criminoso em razão do pavor que a consome.

Utilizando-se do mesmo caso acima mencionado, o referido autor também expõe, de forma detalhada, o que a vítima vivenciou logo em seguida ao crime:

Durante a fase do ‘impacto’ inicial, portanto, as reações dela foram iguais à da maioria das vítimas: viu-se tomada por sentimento de confusão, impotência, pavor e vulnerabilidade. Estas emoções a acompanharam por algumas semanas, embora com menor intensidade. Contudo, novas e intensas emoções surgiram: raiva, culpa, suspeita, depressão, ausência de sentido, dúvidas e arrependimento. Durante essa fase de ‘retração’ ela lutou para se ajustar e passou por violentas variações de humor. Havia dias que parecia ter recobrado sua animação costumeira, seu otimismo, que em seguida eram substituídos por depressão profunda e/ou raiva. Ela passou a suspeitar dos outros, especialmente estranhos, e a se assustar facilmente. [...] Como a maioria das vítimas de crimes, ela lutou com sentimentos de vergonha e culpa. Repetidamente se perguntava por que aquilo tinha ocorrido com ela, por que tinha reagido daquele modo e se poderia ter agido de outra forma, sentindo-se tentada a concluir que tudo aquilo era de algum modo culpa sua (ZEHR, 2008, p. 20).

Apesar de estar tratando de um caso específico, as experiências vivenciadas pelas vítimas, independentemente do crime, costumam ser semelhantes. Não bastasse o crime em si, com a conseqüente dificuldade em se conseguir ajuda e atenção, as barreiras sociais que as impedem de serem ouvidas fazem com que criem elaborações das mais variadas, oscilando psicologicamente entre raiva, culpa, tristeza e depressão; a violência, em verdade, nunca cessa.

Assim, nota-se que a experiência do crime é complexa, passa por diversas fases e deixa inúmeras sequelas que não podem ser olvidadas.

Nesse diapasão, a Justiça Restaurativa pode contribuir para o restabelecimento da vítima. Embora os modelos restaurativos tenham começado num esforço para lidar com assaltos e crimes patrimoniais, atualmente, também estão sendo usados, em certas comunidades, para modalidades mais violentas de crime, como na morte por embriaguez ao volante, agressão, homicídio e estupro (ZEHR, 2012, p. 14). Isso se dá porque a Justiça Restaurativa, como o próprio nome já diz, almeja a restauração, inclusive psicológica, da vítima de crime, não

havendo motivos para excluir do seu âmbito de aplicação justamente os crimes que mais deixam sequelas psicológicas.

Ao tratar dos Círculos restaurativos, modelo que contém rito específico marcado pela ampla participação, Kay Pranis (2010, p. 28) leciona que o caminho para a restauração é alcançado através de histórias pessoais; conselhos não são tão valiosos quanto a própria experiência vivida. Assim, os integrantes partilham entre si experiências pessoais de luta e conquista, de alegria e dor, de vulnerabilidade e força, a fim de que os ouvintes formulem novas maneiras de compreender as questões apresentadas. Isso porque, quando alguém conta uma história, acaba mobilizando aqueles a sua volta em nível emocional, físico, mental e espiritual, fazendo com que absorvam as histórias de formas diferentes, mais eficazes do que se estivessem simplesmente ouvindo conselhos (PRANIS, 2010, p. 28).

Quando há essa integração, forma-se um vínculo entre a vítima e os demais participantes do Círculo, podendo aquela não apenas se abrir com os demais, mas ouvir histórias de quem passou por situações semelhantes, ou tão traumáticas quanto a sua, mas se restabeleceram, superaram a profunda tristeza que os afligiam, algo que certamente oferece alguma perspectiva e esperança para a vítima do delito.

No caso dos crimes sexuais, notadamente do estupro, a situação não é diferente, podendo ocorrer, em verdade, uma intensificação. A violação da dignidade sexual, como visto, traz inúmeras consequências físicas, sociais e, principalmente, psicológicas, levando muitas das vítimas à depressão, ao transtorno de estresse pós-traumático, ocasionando, por vezes, o suicídio. Isso se dá porque as noções de liberdade e humanidade que a pessoa tem de si mesma são profundamente violentadas, retirando da vítima o que ela tem de mais pessoal e íntimo. O medo, sem dúvida, torna-se uma constante na rotina da vítima de estupro, pois perdeu a perspectiva que tinha sobre a vida e o controle que tinha sobre a mesma.

A Justiça Restaurativa vem para trabalhar esses sentimentos e responder algumas perguntas que as vítimas sempre buscam responder após a ocorrência do crime. Charles Finley, em 1983, trouxe seis perguntas nas quais normalmente as vítimas se fixam: o que aconteceu? Por que aconteceu comigo? Por que agi da forma como agi na ocasião? Por que tenho agido da forma como tenho desde aquela ocasião? E se acontecer de novo? Que isso significa para mim e para minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)? (ZEHR, 2008, p. 26). Encontrar tais respostas é essencial para que a vítima não sinta que a experiência se perpetua, que o “pesadelo” ainda não acabou.

Para corroborar tais afirmações e buscar certa dose de concretude à exposição, dois seriados podem ser utilizados: *House, M.D* (*Dr. House*, ou apenas *House*, no Brasil) e *13*

*Reasons Why (Os Treze Porquês).*

*House* é uma série de televisão já finalizada, com oito temporadas, marcada pela história de um verdadeiro anti-herói: o médico, Dr. Gregory House, interpretado por Hugh Laurie. O médico, centro da história, é uma figura antissocial, rabugenta, sarcástica e de difícil trato, possuindo singularidades em razão da bengala que usa por motivo de uma laceração na perna direita, do vício em medicamentos para controlar a dor e da genialidade com que conduz o departamento de diagnósticos do hospital onde trabalha, achando respostas para casos que só ele consegue resolver.

Para os fins deste trabalho, importa o episódio doze da 3ª temporada, intitulado *One Day, One Room* (numa tradução livre, algo aproximada a “um dia, um quarto/cômodo”). Referido episódio traz House trabalhando na clínica do hospital – algo que odeia fazer -, quando este se depara com o caso de uma adolescente com DST (doença sexualmente transmissível). A garota, ao descobrir, começa a chorar, havendo tentativas sucessivas do médico de, ao seu jeito, acalmá-la. Informando que era clamídia, uma doença não só tratável como curável, o médico aproxima-se da paciente com os remédios que esta deveria tomar, momento em que ela se inflama e grita “não me toque”, batendo na mão de House. Da expressão de raiva, a adolescente lentamente assume uma de tristeza, olhando para baixo, encolhendo-se em si mesma, entre os ombros; House logo percebe tratar-se de caso de estupro.

A série consegue demonstrar, de forma precisa, como o trauma aflige a garota, que está com emoções à flor da pele e em constante conflito. A raiva e a fúria, em apenas um instante, transforma-se em tristeza e vergonha, fazendo com que a adolescente se encolha, como se estivesse se protegendo de um mundo perverso que, a qualquer momento, pode violentá-la novamente.

Ao conversar com a dra. Cuddy, diretora do hospital, a adolescente manifesta seu desejo de continuar sendo tratada por House – única pessoa para quem contou que fora estuprada há menos de uma semana -, que “está bem” e não precisa ser encaminhada a um psiquiatra. Quando a dra. Cuddy insiste no tratamento psiquiátrico, novamente tomada pela raiva, a jovem questiona à médica: “Você sabe com o que estou lidando? Você sabe pelo que estou passando?”.

A trama se desenvolve com House intrigado, querendo saber a razão pela qual a adolescente o quer como seu médico, algo que a própria garota, inicialmente, não sabe explicar. Apesar do médico constantemente afirmar que não tem interesse em tratá-la, por ela estar fisicamente bem, a garota insiste em sua escolha; diz que confia nele e quer conversar com ele.

Em pequena passagem que se segue, no seu ímpeto de constante busca por

racionalidade, House tenta explicar a escolha da adolescente: como foi estuprada, perdeu todo o controle que tinha sobre a própria vida e estava tentando recupera-lo. Segundo ele, a jovem somente o queria porque ele não a queria.

Interessante notar a rejeição por parte da jovem em relação não só à psiquiatra, como em relação à dra. Cuddy, que estava indo em sentido oposto às vontades da adolescente. Afinal, ela não queria ser tratada pela psiquiatra, pessoa que rejeitou desde o início, mas por House, única pessoa em quem, até então, estava confiando.

Zehr (2008, p. 21) traz lição que explica perfeitamente as atitudes antes mencionadas:

Ela sempre lutará com o medo e com a sensação de vulnerabilidade e impotência. Alguém assumiu o controle deixando-a impotente e vulnerável e será difícil reconquistar a confiança de sentir-se segura e no controle da situação. Junto com essa luta interior ela estará tentando recobrar a confiança nos outros, no mundo. Ela e seu mundo foram violados por alguém, e a sensação de estar à vontade com as pessoas, com sua casa, sua vizinhança e com seu mundo será difícil de resgatar.

Na linha do autor, é extremamente difícil para a vítima sentir confiança nas pessoas novamente; estar com outras pessoas dificilmente lhe deixará à vontade. Assim, quando, por qualquer motivo que seja – e que será, posteriormente, revelado –, a garota sentiu-se à vontade com House, confiando nele, tirar-lhe a única pessoa em quem confia é algo que lhe gera revolta e tristeza.

Ao mesmo passo, a explicação encontrada por House é embasada, pois houve, por parte da vítima, a perda do senso de controle e poder de decisão sobre a própria vida. Quando ela escolhe quem a ouvirá e em qual momento isso se dará, há uma tentativa natural de sentir que ainda tem poder de decisão, que tem algum controle sobre sua sorte.

Cena que chama atenção se dá quando a garota tem uma overdose no pátio do hospital. Enquanto a jovem se encontra deitada no chão, correndo risco de morte, a psiquiatra explica a House que conversou com a jovem por mais de uma hora, mas esta nada falou; que, após isso, deu alguns sedativos a ela e, num momento de desatenção, a garota pegou o frasco com os medicamentos e tentou o suicídio.

Em cena seguinte, após acordar em um dos quartos do hospital, a jovem continua insistindo em ser tratada por House, não sabendo explicar o porquê, afirmando que apenas quer conversar, não sobre o estupro, nem sobre os remédios para a DST, mas sobre qualquer coisa, até mesmo acerca de uma banalidade, como o tempo.

Contudo, agravando o caso, descobre-se que a garota está grávida em razão do estupro, algo que inicia uma série de discussões, entre a jovem e House, com relação ao aborto, religião e Deus, com este defendendo que a jovem realize o aborto, enquanto aquela se recusa a fazê-lo.

O episódio chega ao seu ápice já no fim, quando a garota começa a tentar entender o

porquê do estupro, bem como o motivo pelo qual Deus teria permitido que a violência tivesse ocorrido. Então, na linha de melhor compreender o que havia ocorrido consigo, a jovem pergunta a House: “Você acha que o cara que fez isso comigo se sente mal?” O médico, em contraponto, diz que a resposta a esta pergunta não lhe interessa, que não se importa com o que o estuprador estaria sentindo, mas como ela se sente.

Nesta cena, dois pontos se destacam. Primeiro, os questionamentos e as afirmações sobre as vontades de Deus são bem comuns. Conforme lembra Zehr (2008, p. 22):

Sugeriram que os fatos foram de certa forma a vontade de Deus. Talvez ela estivesse precisando ser punida por alguma coisa. Talvez Deus tenha feito isso para o bem dela. Talvez Deus estivesse tentando ensinar-lhe algo. Tais sugestões aumentaram sua tendência de culpar a si mesma e questionar sua fé.

Curioso notar que muitas das hipóteses acima mencionadas pelo autor fizeram parte da discussão entre o médico e sua paciente, tendo sido, muitas delas, suscitadas pela própria jovem, como se tentasse se convencer de suas próprias convicções religiosas.

O segundo ponto levanta-se diante da possibilidade de adoção da Justiça Restaurativa, pois nenhuma pessoa no mundo é capaz de responder se o ofensor está arrependido, ou se sente mal pelo o que fez, a não ser o próprio ofensor. Como o processo tradicional não possibilita o encontro e, quando o faz, se dá na presença de autoridades, em ambiente de desconforto não só para o ofensor, como para a vítima, o encontro promovido pelos modelos restaurativos, num cenário de consenso, é o mais adequado para que o ofensor tenha a oportunidade de reconhecer, de forma sincera, sua responsabilidade e demonstrar arrependimento.

Aliás, em casos de estupro, mais que consenso, há que se falar em liberdade, autonomia, empoderamento, na necessidade que a vítima eventualmente tenha de se encontrar e fazer perguntas para seu agressor. Há que se respeitar aquelas que não desejam encontrar aquele que lhe perpetrou um mal tão grande. Entretanto, é preciso dar oportunidade àquelas que sentem a necessidade de realizar o encontro para fecharem um ciclo e finalmente seguirem em frente – e que tal se dê, é claro, em ambiente adequado, preparado e com profissionais específicos para promover o encontro da melhor forma possível.

Encaminhando-se para as últimas cenas, diante da sinceridade de House ao dizer que se importa com ela, a jovem finalmente revela o porquê de tê-lo escolhido: “tem algo em você, como se estivesse ferido também”. Com isso, House revela que seu pai o maltratava, que este gostava das coisas do jeito dele, acreditava em disciplina e, por isso, vivia sob constante medo das atitudes do genitor. Frente à revelação, a garota finalmente sentiu-se pronta para contar o que havia lhe acontecido. A jovem realiza o aborto, recebendo alta.

Esta última cena corrobora com a defesa realizada por Pranis, acima exposta, de que, por vezes, não será a opinião do profissional da saúde especializado que irá ajudar, mas a

identificação com pessoas que também tiveram seus traumas e que sobrevivem a eles. A adolescente chegou a arriscar a vida, causando uma overdose a si mesma, para que pudesse continuar a ser atendida pelo médico com quem se identificou por vislumbrar nele alguma espécie de dor, por imaginar que ele saberia como ela se sentia.

O episódio do seriado teve, de fato, uma fiel representação do que uma vítima de estupro vivencia, com mudanças repentinas de humor, falta de confiança nas pessoas, necessidade de tentar reassumir o controle sobre sua própria vida, além da necessidade de se identificar com alguém, de encontrar alguém que tenha vivenciado e superado traumas tão grandes quanto os seus, para que compartilhem experiências e possa, a partir disso, começar uma nova jornada.

A outra série a ser analisada, *Os Treze Porquês (13 Reasons Why)*, de produção da Netflix, tornou-se uma das séries mais assistidas e polêmicas da atualidade. A história, baseada no livro de Jay Asher, conta a história de Clay Jensen, um estudante de ensino médio que encontra uma caixa com fitas gravadas por sua colega, Hannah Baker, que havia cometido suicídio recentemente. Nas fitas, ela coloca treze razões para o seu suicídio – distribuídas nos treze episódios da série -, vinculando tais motivos a determinadas pessoas, por exemplo, o motivo quatro, presente na fita 2, lado B, foi atribuído a Tyler Down, que perseguia Hannah e espalhou fotos de seu beijo com Courtney pela escola.

Dentre todos os motivos, dois carecem de maior atenção para fins desse trabalho. No episódio doze – consequentemente, relacionado ao motivo doze -, Hannah, já muito abalada com os acontecimentos de sua vida, vai a uma festa na casa de Bryce. Inicialmente, ela estava com mais dois casais em uma pequena piscina. Contudo, as pessoas deixaram a festa com o tempo, inclusive os casais que estavam com Hannah, ficando somente ela, na piscina, e o dono da casa, Bryce, que, então, a estupra. As imagens são fortes, muito por conta de, embora haver uma relutância inicial, passados alguns momentos, Hannah já parece “sem vida”, estando num estado emocional tão abalado que mal consegue oferecer resistência.

Já no derradeiro episódio, Hannah decide dar uma última chance à vida, decidindo que iria buscar ajuda com o conselheiro da escola, Sr. Porter. Já no começo da conversa, Hannah diz que se sentia só e vazia, afirmando que não se importava mais com nada: escola, demais estudantes, ou com ela mesma. Ainda, fala que se importa com seus pais, mas que não é quem eles precisam que ela seja, pois acredita ser um problema para eles. Diz, por fim, não ter amigos.

Ao ser questionada sobre o que ela queria quando saísse daquela sala, em lágrimas, ela responde: “Preciso que tudo pare, as pessoas, a vida”. O conselheiro, percebendo a gravidade da

situação, insiste em ajuda-la, pedindo que Hannah seja mais específica no que fala. A conversa, então, começa a se encaminhar para a festa em que Hannah foi estuprada. O conselheiro foi fazendo várias perguntas para entender o que tinha ocorrido, tendo, inclusive, questionado se algum garoto tinha feito algo ilegal com ela, se ela tinha pedido para ele parar, se tinha dito “não” a ele. Diante das respostas negativas quanto a estas duas últimas questões, o conselheiro indagou se ela teria consentido e voltado atrás, bem como se deveriam contar à polícia e seus pais, obtendo respostas negativas para ambas, num tom de indignação.

Quando arguida sobre quem haveria cometido os atos descritos, Hannah indaga: “se eu te contar, você promete que ele vai para a cadeia? Que eu nunca mais terei que olhar para ele ou encará-lo?”. O conselheiro responde que não pode prometer isso, mas se compromete a mantê-la segura e a protegê-la durante todo o processo. Mas, para isso, precisaria saber exatamente o que se passou, com um nome. Não tendo obtido êxito em conseguir algo mais detalhado, o conselheiro prossegue, dizendo que se ela não quiser falar o nome, nem prestar queixa, só há uma opção, qual seja, “seguir em frente”, o que ocasionou ainda mais indignação em Hannah.

Pouco depois, Hannah sai da sala e espera do lado de fora, na esperança que o conselheiro fosse atrás dela, algo que não se deu. Ela, então, começa a fazer os preparativos para sua morte; entrega a caixa de fitas para um amigo, vai para casa, entra na banheira, corta seus pulsos e sangra até morrer.

Dentre todos os motivos de Hannah, o mais grave é, certamente, o estupro. É o que se depreende quando Hannah enuncia, após terminar as fitas, o que as pessoas tiraram dela com seus atos, mencionando que Bryce roubara a sua alma. A violência sexual sofrida a levou ao extremo, o que foi, de certa forma, potencializado ao sentir que não seria amparada por ninguém, mesmo sendo vítima de tamanha violência.

As histórias das duas séries possuem desfechos completamente opostos: enquanto que, em *House*, a adolescente estuprada encontra em alguém a confiança e a segurança de poder se abrir e expor tudo o que sentia, Hannah sentiu-se desamparada, não tendo confiado ou se sentido à vontade para contar tudo o que precisava para o conselheiro da escola. Se este errou, omitiu-se no atendimento ou não a tratou da forma que era adequada é discutível, algo que não cabe ao presente trabalho. Contudo, o fato de ter sido estuprada e não ter encontrado em ninguém a segurança para expor todos os sentimentos terríveis que guardava certamente foi a gota d’água, o último suspiro da esperança que não mais se fez presente.

A ideia de usar essas séries está em, justamente, demonstrar que a Justiça Restaurativa pode proporcionar o espaço onde as pessoas envolvidas no evento delituoso possam trocar experiências, compartilhar sentimentos e dar os primeiros passos na restauração e reestruturação

da vida, algo que foi proporcionado à adolescente de *House* e que faltou à adolescente de *Os Treze Porquês*.

Voltar a confiar em alguém é um processo difícil, que precisa ser trabalhado, construído, havendo que se considerar que muitas vezes amigos e a família não conseguirão contribuir para isso – ao menos, não sozinhos. A respeito disso, Zehr (2008, p. 20-21) comenta a dificuldade de ser vítima quanto à necessidade de expor seus sentimentos. Ainda que a pessoa tenha amigos, aos poucos eles vão se cansando de ouvir sempre as mesmas histórias, passando a aconselhar a vítima a “simplesmente superar” o mal ocorrido, “seguir em frente” – tal qual se deu com Hannah, além de, por vezes, das mais diversas maneiras, sugerirem que ela teve alguma parcela de culpa, ainda que tal não seja verdade. Tais reações pelos amigos e conhecidos seria o que os psicólogos chamam de *vitimização secundária*, agravando ainda mais a situação psicológica da vítima.

A Justiça Restaurativa não se trata de simplesmente colocar ofensor e vítima frente a frente. Conforme Kay Pranis (2010, p. 33-37) traz em sua obra, tratando da aplicação dos Círculos de Construção de Paz a um caso concreto, há toda uma metodologia de abordagem para trabalhar a restauração, podendo ocorrer em mais de um encontro, com a finalidade de, antes de mais nada, construir uma base sólida pautada na confiança e na honestidade, a fim de possibilitar que todos possam participar da melhor forma possível. Os valores que são buscados pelos integrantes do Círculo são proclamados, reafirmados e sedimentados, antes de tratar do crime objeto da restauração. Cria-se, em verdade, um ambiente de troca de experiências e histórias, com o fito de incutir, tanto na vítima quanto no ofensor, o ímpeto de buscar honestidade, perdão, superação e recomeço.

Vale ressaltar que não se pretende abolir o modelo de justiça tradicional, principalmente diante de crimes atrozos como aqueles contra a dignidade sexual. É preciso que o responsável seja processado e cumpra a pena respectiva, não podendo sair impune. A Justiça Restaurativa, assim, surge como complementar ao modelo retributivo, a fim de oferecer à vítima, especialmente, a possibilidade participar do processo e buscar as respostas que necessita para seguir em frente com sua vida.

Embora não seja possível maiores aprofundamentos neste trabalho, há que se destacar o programa americano *RESTORE*, que se utiliza de métodos específicos de preparação do encontro, com conversas com a vítima, orientação, formulação de lista de pessoas que poderão participar do encontro (KOSS et al, 2005, p. 362-365), enfim, diversas medidas para que o encontro restaurativo atinja os melhores resultados possíveis e a vítima possa obter as respostas e tirar o máximo proveito do confronto com seu ofensor

Diante disso, nota-se que a ajuda, a possibilidade de exposição dos sentimentos, traumas e medos pode ser a diferença entre a vida e o suicídio, podendo, a Justiça Restaurativa, contribuir, proporcionando um procedimento em que a vítima será o centro das atenções, buscando-se, sempre, a restauração.

## CONCLUSÃO

O modelo tradicional de justiça criminal, dito retributivo, não mais atende aos anseios sociais, principalmente pela constante violação dos direitos fundamentais, não apenas do ofensor, mas da própria vítima, insistentemente olvidada pelo processo penal atual.

A Justiça Restaurativa surge como um modelo a ser implementado, a fim de tornar o processo inclusivo e consensual, com plena participação da vítima, ofensor e comunidade – sem, contudo, inviabilizar o processo penal tradicional, podendo atuar em paralelo a este. Trata-se de um processo mais respeitoso à dignidade da pessoa humana, principalmente para vítima, que pode participar ativamente, buscando não apenas a reparação material do dano causado, como sua restauração em termos psicológicos.

Inicialmente com aplicação mais restrita, a Justiça Restaurativa é passível de ser aplicado a crimes mais graves, como, por exemplo, o estupro. Este, aliás, ocorre lamentavelmente de forma corriqueira no Brasil, atingindo muito mais as mulheres, ocasionando diversas consequências físicas, psicológicas e sociais, algo que não pode ser ignorado.

O fato do crime de estupro ser demasiadamente violento, vulnerando arduamente a dignidade humana, não inviabiliza a aplicação de modelos restaurativos, mas a justifica, uma vez que a Justiça Restaurativa busca justamente levar em consideração os sentimentos e o sofrimento da vítima, algo potencializado diante de crime tão brutal. Ao possibilitar o encontro entre as partes, familiares e alguns membros da comunidade, viabiliza-se à vítima que troque experiências, exponha sentimentos e encontre respostas a perguntas que somente o ofensor pode responder.

As séries *House* e *Os Treze Porquês* trouxeram contornos concretos à problemática, mostrando como tratamentos distintos podem levar a desfechos díspares. As histórias apresentadas evidenciam como fornecer atenção e auxílio à vítima de estupro, possibilitando a criação de novos vínculos de confiança e o compartilhamento de experiências – elementos típicos da Justiça Restaurativa -, pode ser um divisor de águas entre a vida e a morte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um

novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Porto Alegre: PUCRS, 2012. 279 p. Originalmente apresentado como Tese de Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres:** doutrina, prática, jurisprudência, modelos, direito comparado, estatísticas, estudo de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional e coletânea de normas. Curitiba: Juruá, 2009.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil:** uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Nota técnica nº 11. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/estupros-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude>>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

CHÁVEZ, Reyley Rodríguez. **Justicia restaurativa:** bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención 'Justicia, Paz y Seguridad'. 1ªed. Lima: Essentia Iuris, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** lei maria da penha comentada artigo por artigo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública 2016.** Ano 10. São Paulo: [s.n.], 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial, volume III. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015

KOSS, Mary P. et al. **Resposta da comunidade** - ampliação da resposta da justiça de uma comunidade a crimes sexuais pela colaboração da advocacia, promotoria, e da saúde pública: apresentação do programa *RESTORE*. In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 349-384.

KRUG, Etienne G. *et al.* **Relatório mundial sobre violência e saúde.** Genebra: OMS, 2002.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Processo penal sob a perspectiva da vítima:** uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos. Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2011. 177 p. Originalmente apresentado como Dissertação Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da

Universidade Estadual do Norte do Paraná.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 53-78.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 19-40.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo**. Jacarezinho/PR: FUNDINOPI, 2007. 170 p. Originalmente apresentado como Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, pertencente à Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI.

VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; et al. Justiça restaurativa: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 41-52.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: teoria e prática – série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

\_\_\_\_\_. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# “SOMBRAS DO PASSADO”: O PERDÃO EM BUSCA PELA VERDADE E RECONCILIAÇÃO

Alessandro GALETTI<sup>45</sup>  
Ricardo Vilariço Ferreira PINTO<sup>46</sup>

## RESUMO

O presente trabalho compreende a análise do filme Sombras do Passado (Red Dust), cuja essência concentra-se no período de transição da ditadura para um regime democrático, na África, tendo as Comissões de Verdade e Reconciliação como marco nesse novo período. A obra cinematográfica relata os trabalhos da Comissão Reconciliação, ao analisar a possibilidade de conceder anistia com relação aos crimes cometidos durante o período, mas sob a condição do agente expor a verdade sobre o ocorrido para obter tal perdão. A ideia da comissão era contar os fatos para que a nação tivesse conhecimento da gravidade e unisse para evitar outro banho de sangue e de sofrimento. Diante das cicatrizes contraídas nesse tempo, o instituto do perdão através da anistia, propor uma possível cura ao expor à verdade sobre os fatos, como uma reconciliação no tempo entre o presente e o passado para livra-se desta passagem e recomeçar. O perdão mostra-se como mecanismo que concilia a lembrança e o esquecimento de forma a possibilitar que o passado seja desligado e que a promessa de um novo futuro se torne a saída dessas feridas.

**PALAVRA-CHAVE:** Anistia. Comissão de Verdade e Reconciliação (CVR). Perdão.

## ABSTRACT

The present work includes the analysis of the film Red Dust, whose essence focuses on the period of transition from dictatorship to a democratic regime in Africa, with the Truth Commissions of Reconciliation as a milestone in this new period. The cinematographic work reports on the work of the Reconciliation Commission, when analyzing the possibility of granting amnesty in relation to the crimes committed during the period, but under the condition of the agent exposing the truth about what happened to obtain such forgiveness. The commission's idea was to tell the facts so that the nation would have knowledge of gravity and unite to avoid another bloodbath and suffering. Before the scars contracted at that time, the institute of forgiveness through amnesty, propose a possible cure by exposing the truth about the facts, as a reconciliation in the time between the present and the past to get rid of this passage and start over. Forgiveness shows itself as a mechanism that reconciles remembrance and forgetfulness so that the past is turned off and the promise of a new future becomes the way out of these wounds.

**KEY WORDS:** Amnesty. Truth and Reconciliation Commission (TRC). Forgiveness.

## INTRODUÇÃO

Em princípio, todo Estado tem a prerrogativa, normalmente definida em sua

---

45 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil (UNIVEM - Marília/SP). Professor do Instituto Superior de Tecnologia do UNIVEM – Marília/SP. Advogado. E-mail: galletti@univem.edu.br

46 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Especialista em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos/SP-FIO. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos/SP-FIO. Advogado. E-mail: ricardo.ferreira@adv.oabsp.org.br.

constituição, de perdoar aquele que ofende suas leis. Na Constituição Federal brasileira de 1988, a anistia consta como competência da União<sup>47</sup> e do Congresso<sup>48</sup>. Quando é proclamado para todo um segmento social, o perdão se denomina anistia, palavra que geralmente vem associada aos direitos humanos.

Perdão e anistia têm sido utilizados há muito tempo na história da humanidade, às vezes, por benevolência (aplicada àqueles que já sofreram alguma punição por seus crimes), por motivos políticos (para pôr fim às guerras civis ou insurreições), por legalidade (absolvendo pessoas que apelam por sua inocência) e em eventos festivos (para celebrar alguma data importante). As constituições de cada Estado procuram determinar quais são as condições ou limites para a aplicação do perdão individual ou coletivo. Novamente citamos o exemplo da Constituição Federal brasileira, em seu art.5.º, XLIII, que dispõe sobre os limites da anistia, vedar que os crimes de tortura, tráfico e terrorismo não poderão ser anistiados.

O uso mais frequente da anistia no Ocidente tem sido para pôr fim aos conflitos civis ou revoluções, como uma medida militar de interrupção de hostilidades (caso da Guerra Civil americana). Mas também tem sido usada para conter conflitos políticos e restaurar a ‘tranquilidade’ da vida social e política de uma nação.

A aplicação da anistia para tornar inimputáveis membros de governos acusados de corrupção ou de violação aos direitos humanos tem sido um lugar-comum. Há que se notar que a anistia concedida a perseguidos políticos de regimes de exceção visa exatamente o contrário, ou seja, encerrar uma injustiça cometida no passado, em geral pelo Estado, e restituir a cidadania ao indivíduo atingido.

O perdão pode ser útil para as transições políticas, mas deixam muito a desejar no que diz respeito à obrigação de processar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos. Uma comissão de verdade pode servir ao valioso propósito de justiça desde que seja organizada de forma independente do governo e das instituições políticas, coletando evidências para subsequentes julgamentos mostrando a verdade dos fatos apurados.

A reconciliação política sob o ângulo da anistia é analisada para os riscos deste instituto que visa recobrar a paz civil, na transição para um regime em geral democrático, após graves acontecimentos de desestabilização social. A reconciliação política com estas finalidades pragmáticas, todavia, tem seus próprios fundamentos e pressupostos, mas anistiar crimes e criminosos leva certamente às indagações sobre o imperdoável e a ocasião para o perdão propriamente dito.

---

47 Art. 21. Compete à União: [...]; XVII - conceder anistia.

48 Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] VIII - concessão de anistia.

Assinala o filme “Sobras do Passado”, a história de uma advogada (Hilary Swank), que retorna à África do Sul, seu país de origem, para acompanhar um processo de anistia envolvendo um amigo, ativista dos direitos humanos, Alex Mpondo (Chiwetel Ejiofor) que durante o apartheid foi duramente torturado sob as ordens de um oficial da polícia, Dirk Hendricks (Jamie Bartlett).

A história concentra-se na audiência da Comissão de Reconciliação e Verdade sobre o pedido de anistia do oficial Dirk Hendricks. Destaca-se que, no filme a lei de anistia baseava-se exclusivamente na apuração sobre a verdade dos fatos, conforme os depoimentos e eventuais provas apresentadas, ou seja, o perdão estava condicionado em troca da verdade, como um tribunal penal inverso, cujo autor dos fatos não era punido, desde que, apresenta-se cabalmente a verdade sobre os crimes praticados.

O aludido conjunto normativo procurou trazer a verdade a tona e amenizar as vítimas dos conflitos. A intenção do governo africano era buscar a verdade dos crimes praticados nesse período, sob a condição de anistiar os crimes praticados, como mecanismo de reconciliação e restauração civil.

Como se depreende, a anistia dá ensejo a muitas críticas, no seu uso, especialmente para fatos graves. Assim, pode-se falar numa verdadeira anistia institucional, em determinadas situações, sob o peso de que o evento não tivesse ocorrido.

O preço pelo esquecimento das ações lesivas cometidas, pelo não-saber, pelo fingir não saber, é pesado. Todas as más ações estão contidas nesta pretensão inacreditável de apagar os traços das discórdias públicas.

Para perdoar é preciso ter inteiro conhecimento dos fatos. O perdão tem vínculo com a verdade, independentemente da circunstância ou eventual punição (judicial ou extrajudicial), como apurado pelas Comissões de Verdade e Reconciliação, através da narrativa em que a memória é trazida à linguagem, a possibilidade da história ser contada de outra maneira, do ponto de vista dos participantes diretos e indiretos. A verdade passa por um crivo de reconhecimento do que se passou.

## **1. O PERDÃO COMO FORMA DE BUSCAR A VERDADE**

O engajamento cultural e político na luta contra apartheid na África do Sul, evocou em grandes linhas, a experiência da Comissão Verdade e Reconciliação (CVR), sob um modelo de troca (anistia individual condicionada à confissão dos crimes e à revelação detalhada da verdade) e de reescrever a história. Denominou o trabalho da Comissão, em favor de toda uma população ferida, como as irrupções de bondade e de inocência no tempo (2004).

Diante do excesso do mal, da proporção dos crimes contra a humanidade, da introdução da criminalidade no domínio público, com os Estados criminosos, a própria atuação do direito encontra limites para a retribuição penal e civil, pois é difícil imaginar qual a medida para punir proporcionalmente estes crimes ou saldar esta dívida irreparável.

Assim, questionam-se os crimes aos quais não se pode punir adequadamente e nem perdoar, por transcenderem todas as categorias morais e explodirem todos os padrões de jurisdição – e que impuseram aprender e rediscutir as lições aprendidas na tradição, e que seriam ensinadas de novo, tanto dentro como fora dos tribunais. É diante deste imperdoável, que se coloca então a prova central do perdão (RICOEUR, 2007).

Nesse contexto, a anistia opera como elemento de prescrição seletiva e pontual que deixa fora de seu campo certas categorias de delinquentes, quer dizer, um esquecimento institucional. Posto isso, a figura da amnésia pode se confundir com a anistia, quando imposto sobre uma condição ou uma recusa da memória.

Na verdade, a anistia tem por finalidade a reconciliação entre cidadãos inimigos, ou seja, propõe a paz civil. Trata-se de um esquecimento jurídico limitado, mas de vasto porte, na medida em que os encerramentos dos processos judiciais se equivalem a apagar a memória na sua expressão como testemunha e, finalmente, dizer que nada se passou.

Se uma forma de esquecimento poderá então ser evocada isto não será um dever de calar o mal, mas de dizê-lo de um modo apaziguado, sem cólera. Isto não será nem um comando, nem uma ordem, mas um voto de vontade.

Entretanto, a única forma que possuímos para tornar a memória presente é buscando o passado, rememorando a verdade dos acontecimentos. No momento do esquecimento dos rastros, dos vestígios, do testemunho, não há passado, este não existe, foi transposto, esquecido, é o indizível. Não se está aqui chegando ao momento do perdão, mas do esquecimento puro e vazio. Na medida em que há a recordação, a reiteração do passado, visando o perdão futuro e o possível esquecimento. Para esquecer o trauma é também necessário lembrar os acontecimentos.

Será a partir da narrativa que ocorrerá a reconstrução da memória da ditadura e também da memória da Lei da Anistia, narrativa esta essencialmente crítica, que desvela as verdades impostas e abre espaço para as verdades construídas, denunciando uma amnésia vestida de esquecimento. Esta amnésia consiste no simples exercício de fechar os olhos para o passado e tampá-lo em um local onde este não possa ser mais discutido e desmascarado, diferente do esquecimento, que se alcança com o perdão.

É exatamente por essa razão que anistia e perdão no Brasil sempre foram conceitos tão distintos, para não dizer antitéticos. A anistia consistiu num apagamento que foi bem além da

execução das penas. Incluiu, outrossim, a proibição de ações em juízo, ou seja, proibição de todo e qualquer processo movido a criminosos e também a proibição de mencionar os próprios fatos com sua qualificação criminal.

Dessa forma, Ricoeur (2007), tratar a anistia como uma verdadeira amnésia institucional que nos faz agir como se o fato não tivesse ocorrido. Para o autor, todos os delitos do esquecimento estão contidos nessa incrível, para não dizer 'mágica', pretensão, de apagar os vestígios das discórdias públicas e, é nesse sentido que a anistia é o contrário do perdão, pois este exige memória.

Enquanto amnésia comandada, a anistia dissimula um passado declarado proibido, entretanto, não tem o condão de provocar o seu total esquecimento. Se assim o fosse, a memória individual e coletiva seria privada da fundamental crise de identidade que possibilita uma volta ao passado e de sua carga traumática. Inclusive o que ocorre é justamente o oposto: cada vez que o sujeito ou o Estado tentam submeter as lembranças a um processo de amnésia forçada, estas voltam com mais força, uma vez que elas passam a se constituírem como trauma para o indivíduo ou para a sociedade (TELES, 2005).

O problema que emerge é que justamente uma lembrança mal resolvida pode acarretar o risco da repetição também na esfera pública. A ditadura se insere aqui, no sentido em que quanto mais se resiste ao exercício de transbordar nossa memória compartilhada, mais a ferida aumenta.

Portanto, não lembrar não significa esquecer a dívida, a dor, o trauma e caminhar diante de um futuro que se abre aos cidadãos. Mas permanecer religado a um passado que atormenta e que pode vir a se repetir na história.

Quanto a questão do filme, pode-se trazer os ensinamentos de Ricoeur sobre o perdão como uma questão polêmica e divergente, a exemplo de sua posição a respeito do mal, que veio reelaborando constantemente. Para o filósofo, a problemática específica do perdão é a culpabilidade e da reconciliação é o passado (MIGLIORI, 2009). Nessa guisa, faz a convergência entre a origem do mal. O mal não é apenas um problema teórico, mas sim:

[...] exige convergência de pensamento, ação e uma transformação espiritual de sentimentos através do que denomina imaginação ética, este poder de abrir novas possibilidades, de olhar as coisas de outro modo. Nesta matéria, propõe uma mudança de interpelação que leve a pensar mais e de forma diferente, pois, segundo ele, não se trata de procurar a origem do mal, que é inescrutável, um dos maiores desafios reconhecidos da filosofia e da teologia, mas, tornando esta aporia produtiva, no plano das exigências da ação, e sob o ângulo do futuro, considerá-lo como aquilo que deve ser combatido (MIGLIORI, 2009, p. 249).

Acentuando-se a luta prática contra o mal, a vantagem é não se perder de vista o sofrimento. Ao contrário, todo mal cometido por um ser humano, é um mal sofrido por outro.

Fazer mal é fazer alguém sofrer. A violência não para de refazer a unidade entre mal moral e sofrimento. A partir disso, toda ação política ou ética que diminua a quantidade de violência exercida pelos homens uns contra os outros diminui a taxa de sofrimento no mundo.

A capacidade de um ser que age e sofre, na sua fragilidade e vulnerabilidade, é necessariamente uma capacidade reencontrada ou reconquistada. A tensão entre a espessura do mal e a potência de si atravessa todo o filme. É, depois de uma situação efetiva de culpabilidade ou de sofrimento que o sujeito pode esperar reconquistar a capacidade de agir. Trata-se da passagem de uma vontade culpada a uma vontade regenerada.

No epílogo, enfrenta-se o que denomina o “enigma do perdão”. Indaga-se, se o perdão existe e se tem um sentido. É neste contexto que se baseia o trabalho. Ensina então que o perdão constitui o horizonte comum dos três temas desenvolvidos na obra: a memória, a história e o esquecimento. Os seus efeitos se entrelaçam com todas as operações constitutivas destes três campos.

Existe, pois, uma espécie de dívida para designar uma relação de crédito e débito, que vincula vítimas e ofensores – a ser saldada nos campos jurídico, político, ético, religioso, em especial na tradição judaico-cristã, no caso do perdão, mediante às condições da confissão, arrependimento, expiação e novas promessas. Essa dívida é, no entanto, ambígua. Por um lado, em geral, uma impossibilidade de se restituir as coisas ao estado anterior às perdas e ofensas, como a dívida das vítimas, dos mortos, ou seja, poderá ocorrer uma desproporção na reparação em face do perdão.

Ademais, no caso do perdão, este deve sempre ser individual (vítima e ofensor), segundo Ricoeur (2009). Assim, no primeiro plano o perdão enfrenta não somente os pecados privados, mas o mal na esfera global e pública, o que obrigou, após a Segunda Guerra, a se repensar sobre questões políticas, jurídicas e principalmente éticas ante os crimes massivos praticados.

Estes acontecimentos motivaram a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, com tipificação de crimes contra a humanidade e Tribunais competentes para julgar esses casos, como forma de resposta, como paralelamente, as convenções e as recomendações para ampliar os direitos do homem e sua proteção universal.

Ressalte-se que, para grande maioria poderia servir como alento as atrocidades cometidas por estes sujeitos. No entanto, para Ricoeur (2009), somente a vítima pode perdoar, em termos jurídicos, perdão personalíssimo. Ou seja, o instituto do perdão é pessoal e excepcional.

Esses pedidos de desculpa podem ser considerados uma espécie de reparação

simbólica, através do reconhecimento do erro cometido ao longo da história, ao lado das penas e das indenizações materiais. A reconciliação política sob o ângulo da anistia visa recobrar a paz civil, na transição do regime militar para o democrático, após graves acontecimentos de desestabilização social.

A reconciliação política com estas finalidades pragmáticas, todavia, tem seus próprios fundamentos e pressupostos, mas anistiar crimes e criminosos leva certamente às indagações sobre o imperdoável e a ocasião para o perdão propriamente dito.

Apesar das aparências, a anistia não conduz, de modo nenhum, à justa compreensão da ideia do perdão e em alguns aspectos constitui sua antítese, como a interdição de toda perseguição, julgamento e punição dos criminosos. A anistia de fato, dá ensejo a muitas críticas, no seu uso e abuso para fatos graves (MIGLIORI, 2011).

Segundo a definição utilizada por Ricoeur, dar é “abandonar” alguma coisa a alguém sem nada a receber de volta. O perdão representaria mais uma parada, um estancamento, um ponto final, para poder partir do zero (2007).

As questões que se apresentam na temática interdisciplinar e transversal do perdão atravessam o campo vizinho do direito e interpelam. Aclama-se uma apuração de como é aplicada a justiça, de quais são as suas propostas diante dos crimes e de sua irradiação na sociedade.

Toda essa crise do direito nos leva a repensar as formas de justiça: menos violentas. Para Ricoeur, a sanção deve ter um futuro. Este futuro é dado, segundo o filósofo, sob as formas da reabilitação e perdão, e neste par o reconhecimento é fundamental (2007). A reabilitação, na verdade, operando como uma medida que acompanha a execução da pena, visando restaurar a capacidade da pessoa, ou seja, a reinserção como cidadão de corpo inteiro, no fim de sua pena.

Com efeito, a ideia que a preside é o restabelecimento de direitos da ser humano, da sua capacidade, do estado jurídico que tinha perdido. Apagar as incapacidades, restabelecer os direitos. Este restabelecimento da capacidade do sujeito é uma das ideias-chave da equação do perdão.

Na verdade, a concepção da reconciliação e restauração supera-se a questão punitiva corporal ou patrimonial de reparação, o processo restaurativo não se cerca somente dessas reparações material como único objetivo, mas em busca de respostas e verdades sobre os fatos ocorridos. As partes (autor e vítima) devem estar prontos para o diálogo para encerrar aquela mancha do passado e definir os novos rumos de suas vidas, sem que a impunidade e inverdade reine à sociedade o que contraria todo o senso de justiça e verdade. Nesse sentido:

o diálogo entre as partes não se estabelece para atribuir culpa e mensurar danos, mas, para expor as razões que levaram cada participante ao processo e compreender o

significado individual de cada ser humano que ali se encontra; uma exposição da vida, das dificuldades, das problemáticas e da forma como se enfrenta; uma oportunidade de falar sobre o crime e como ele afetou o cotidiano da vítima, com sua sensação de dano e insegurança; o arrependimento e a conscientização da ofensa. (SALIBA, 2009, p. 179).

A reconciliação não se torna um ato esquecimento do ocorrido, mas sim uma verdadeira solução para tal problemática. As partes devem estar cientes e conscientes da participação ativa para consecução do problema, estando disposto a reconciliar-se e perdoar.

No paradigma de justiça contido no que se denomina atualmente, justiça restaurativa. O objetivo desta justiça é o de restabelecer os laços sociais do autor e da vítima, por meio da responsabilização e da reparação do dano, mas tendo as partes uma participação ativa, na busca pela reconciliação.

Nesta linha, o perdão pode ser colocado como horizonte (punição, reabilitação e perdão) e, segundo o filósofo, constitui uma lembrança permanente de que a justiça é apenas a justiça dos homens e não poderá erigir-se em juízo último.

Reconhece como nascidas do perdão para a justiça, todas as manifestações de compaixão e benevolência, no interior da própria administração da justiça, como se ela, tocada pela graça ou dádiva, visasse, na sua esfera própria, a este extremo, um meio termo, seguindo os legados de Aristóteles (2001).

A punição restabelece, talvez, a ordem, ela não dá a vida (MIGLIORI, 2011). A possibilidade de desligar o agente do seu ato é a proposta na qual desemboca o ensaio do perdão. O culpado capaz de recomeçar será a figura do desligamento que comanda todas as outras. Este desligamento ou separação seria possível, provável.

A resposta ao arrependimento, esta sim, chega no tempo, quer ela seja repentina, ou progressiva, à prova de uma vida inteira. Com fundamento em Kant, entende então o pensador que o mal, por mais radical que seja não é originário. Diante disso, sob o signo do perdão, o culpado teria restituído a sua capacidade de agir, e com isso, aquela de continuar, de começar. É desta capacidade restaurada que decorreria a promessa que projeta a ação em direção ao futuro (MIGLIORI, 2011).

Em sequência, entra-se na questão do perdão interno, ou seja, o qual ninguém pode perdoar a si próprio. O perdão necessita que o outro veja os defeitos e os perdoe, visto que, o homem jamais conseguiria enxergar dentro do seu narcisismo, seus erros. Dentro desse contexto, Arendt também distingue o perdão da compreensão. Afirma-se que a compressão é interminável, não podendo produzir efeitos e por um fim ao ciclo, já que existe uma constante evolução e a lidar com essa realidade, isto é, compreender e aceitar a nossa vida.

Quanto ao perdão, eleva-se como uma das grandes capacidades humanas, uma das mais

ousadas ações do homem “[...] desfazer o que já foi feito – e tem êxito em instaurar um novo começo onde tudo parece ter chegado ao fim” (2009,p.118), finalizando-se, consumindo em uma ação unissubsistente.

Nesse contexto, pode se afirmar que: “o perdão significa que embora, ferio você opta por se magoar e sofrer menos. O perdão significa que se torne ponte da solução. O perdão é para você e mais ninguém” (FREDERIC, 2007, p. 95).

Destaca-se que, o filme é audacioso ao passar o perdão como uma forma de atingir a paz interior, que emerge quando assume o sofrimento ocorrido, bem como da responsabilidade sentir e encarar, sob outra perspectiva, não mais como vítima.

Desta forma, o perdão mostra-se não sendo fácil, necessitando de meditação e reflexão a todo o momento e principalmente, força e atitude para tal. Assim, o perdão a outro ser humano é uma dádiva do próprio homem, como um ser supremo aos olhos de Deus, podendo minimizar indesejáveis sofrimentos.

Assim, o filme deixa um legado ao questionar a busca pela verdade como elemento ético, moral e principalmente como mecanismo de transformação do ser humano.

## **2. A LEI DE ANISTIA É O VERDADEIRO PERDÃO?**

A Comissão de Verdade e Reconciliação (CRV) da África do Sul surgiu com a intenção de investigar os atos cometidos de março de 1960 até maio de 1994. Seu objetivo era investigar e divulgar os atos criminosos praticados contra a população no regime apartheid.

Criada pela Lei de Promoção da Unidade e Reconciliação Nacional de 1995 tinha como função estabelecer e registrar os casos mais graves de violação de direitos humanos ocorridos entre 1960-1994. Instituída pelo Presidente Nelson Mandela, prisioneiro político de 1963/64 a 1990, e presidido pelo arcebispo anglicano da Cidade do Cabo, Desmond Tutu, o qual o ganhou o Prêmio da Paz em 1984.

Foram três anos de trabalhos (1995-1998), no qual foram examinados e narrados os relatos das vítimas e dos criminosos, para tornar públicos os crimes praticados durante o período apartheid. A Comissão Verdade e Reconciliação, além de ser um acontecimento político representou uma reflexão não somente filosófica, mas também política, antropológica, jurídica e ética:

[...] foi um acontecimento cujas dimensões excedem as duas justificativas políticas (ruptura com o regime apartheid respeitando os termos do acordo que não objetivava “caça às bruxas”, técnicas (encerrar o antigo regime e organizar a sucessão), psicológicas (as vítimas pediam para serem publicamente reconhecidas) e que, ainda hoje, assados anos do encerramento dos trabalhos e da entrega de seu relatório (1998), tem sido objeto de reiteradas e renovadas análises, sob diferentes ângulos, tal a riqueza dos sentidos e tensões de sua experiência sem precedentes e de seus efeitos

(MIGLIORI, 2009, p. 223).

Utilizaram-se quatro conceitos de verdade na Comissão: a verdade forense (anistia); verdade pessoal (as audiências e os relatos das vítimas, dos criminosos); verdade social (ligada ao processo de partilha entre ofensores e as vítimas) e a verdade que cura (justiça restaurativa), na busca de uma verdade eficaz:

Assim, na perspectiva da verdade dos fatos (ou forense), apresentam-se as questões da anistia e suas relações com a problemática do perdão; na da verdade pessoal e narrativa e na da verdade social (temas tratados em parte no Capítulo 4, Terceira Parte, no tocante ao trabalho de luto e lembrança); na verdade que cura (bealing) apresentam-se os princípios da justiça restaurativa empregada pela nova unidade africana (MIGLIORI, 2009, p. 226)

A Comissão era norteadora não pela justiça criminal, mas sim pela justiça restauradora. Foi a primeira e a única Comissão com a prerrogativa de anistiar os criminosos da época. Buscava-se uma justiça social com bases no ouvir, no reparar e restabelecer a dignidade as vítimas.

Foram mais de 22 (vinte e dois mil) vítimas e 07 (sete mil) perpetradores do apartheid ouvidos e que deram seus testemunhos perante a CVR. As audiências eram públicas e com ampla transmissão nos meios sociais:

O primeiro e segundo parágrafos do Epílogo constituem uma retomada em perspectiva do processo de democrático. O segundo parágrafo evoca, pela primeira vez, a ideia de reconciliação e reconstrução da sociedade. As referências a esses objetivos são apenas declaratórios. Nada se diz sobre no que consistem a reconciliação e reconstrução. O terceiro parágrafo é o coração da matéria, explicando o papel assinalado à Constituição nesse processo. [...] Esse parágrafo refere-se, de maneira mais direta, a critérios jurídicos precisos; a violação dos direitos do homem e os princípios de direito humanitário. [...] O quarto parágrafo contempla a filosofia do mecanismo que será utilizado. [...] O parágrafo quinto do Epílogo, que trata da anistia, reconhece que a promoção da reconciliação e da reconstrução passa por uma concessão da anistia para os atos, ações, abstenções e infrações cometidas com a finalidade política durante os anos de conflito. [...] O parágrafo sexto, por fim, aparece como uma conclusão do conjunto do processo constitucional. Declarando que, com essa Constituição e seus compromissos, um novo capítulo da história da África do Sul se abre, os constituintes o reconhecem como um conjunto (2009, p. 229-231).

Pretendeu-se assim com o reconhecimento dos crimes praticados e a devida reparação das vítimas e que os excessos o período sangrento não seja esquecido pela concessão da anistia.

Evidencia-se que impôs ao legislador a obrigação da promoção da reconciliação através. A constitucionalização visava o conhecimento e o reconhecimento e não o esquecimento. Assim, a principal função da CVR baseava-se em: “reconciliar um país inteiro, realizar, a todo custo, o sonho de uma nação unificada” (2009, p. 232).

O filme discute o processo de reconciliação a partir do diálogo, fazendo com que houvesse uma transição pacífica do regime do apartheid para a democracia. Ressalte-se que para que houvesse a anistia, haveria um preço: a confissão. Portanto, a anistia era individual e

condicionada. Assim, os agentes deveriam se submeter a todas as exigências e critérios para então o Comitê pudesse avaliar o pedido de anistia. A referida normativa pretendia-se com isto, a verdade como cura e a reparação. A anistia era somente um meio para que se concretizasse.

Indiretamente a concessão da anistia estava ligada na reconciliação e reconstrução da harmonia entre os homens, da capacidade do homem de compreender e aceitar o outro, dos desafios do novo regime político e da união entre a população.

Assim, o perdão mascarado pela anistia, configura-se pela generosidade, solidariedade, fraternidade, amor, união, e o bem comum. Isto demonstra que para alcançar a paz era preciso a manifestação do amor e não de represálias, ódio e mais vingança.

Composta por 29 membros a Comissão contava ainda com a ajuda de trezentos pesquisadores, juristas, arquivistas, secretárias, entre outros. A Comissão dividia-se em três comitês: o Comitê de Violação dos Direitos do Homem, o Comitê de Reparação e de Indenização, o Comitê de Anistia. Cada um com funções autônomas, mas com um objetivo: alcançar a reconciliação e a reconstrução da unidade nacional.

Os perpetradores relatavam com a confiança que eles seriam anistiados. E as vítimas davam seus testemunhos com a confiança de reparação. Entretanto, esta reparação era difícil pela falta de recursos do Estado.

Todavia, para o filósofo Derrida, quem está pedindo perdão não são as pessoas e sim as entidades, descaracterizando o perdão. Ao discorrer tendo em vista “quem deve perdoar?”, Derrida menciona o caso da mulher da África do Sul que foi convidada a escutar o relato de seus assassinos. Ao perguntar se ela está pronta para perdoar, ela responde: “Nenhum governo pode perdoar (silêncio). Nenhuma comissão pode perdoar (silêncio). E eu não estou pronta para perdoar” (2009, p. 266). Dessa forma, isto demonstra que o Estado ou a instituição pública não pode perdoar. Isto significa que o perdão nada tem a ver com a justiça judiciária, ou seja, o perdão não pode ser institucionalizado.

Vimos que na África do Sul, pós-apartheid, foi instaurado a Comissão de Verdade e Reconciliação, onde seu trabalho foi tornar públicos os crimes cometidos durante o período do apartheid.

Traçando esta linha, pode-se mencionar a anistia no Brasil, cujo próprio governo militar promulgou, em 1979, a Lei de Anistia. O país estava fragmentado pelas disputas de poder, então, o Presidente da República, João Batista Figueiredo, numa busca de restabelecer a união nacional, promulgou a Lei de Anistia. Sua função era impor o esquecimento dos crimes de tortura dos agentes do Estado, numa época de transição democrática que o Brasil estava vivenciando.

Em 2006, a discussão da revisão dessa lei ganhou nova expressão quando a família Teles moveu ação cível contra o coronel reformado Carlos Alberto Brilhante Ustra. Tratava-se de uma ação de natureza declaratória, onde o pedido principal era o reconhecimento das práticas de tortura às quais foram submetidos os membros dessa família. O coronel Ustra era o diretor do Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) em São Paulo entre setembro de 1970 e janeiro de 1974, período durante o qual houve 502 denúncias de tortura e 49 mortes nas dependências do DOI-CODI.

O juiz do caso, Gustavo Santini Teodoro aceitou julgar o coronel, na justificativa que a Lei de Anistia não impedia ações na área cível em que se tratava de violação de direitos humanos. Houve críticas na época. Mas, esta iniciativa foi importante para reabrir discussão acerca da Lei de Anistia, de 1979, que perdoou os crimes políticos ou conexos no período de 1961-1979. “Ao contrário do que fizeram os argentinos, a sociedade brasileira costuma deixar barato o resgate de grandes injustiças da história para não manchar sua reputação de povo cordial e feliz. Mas pagamos um alto preço por essa suposta felicidade” (2009, p. 294).

Por fim, o pensamento de Tronca no sentido de Foucault:

[...] a história como lugar de apagamento da memória, capaz de evocar a memória/reconhecimento em detrimento da memória involuntário. O caráter instituinte da linguagem e do imaginário coletivo acaba por converter a memória do passado em narrativas históricas, marcando o presente e projetando o futuro dos grandes males da história da humanidade (2009, p. 296).

Assim para não alimentar o ressentimento, o autor trabalha a memória que deve ser capaz de escrever como se fosse o pensamento de Foucault. Ricoeur ao escrever sobre a anistia entende ser ela um “esquecimento institucional”, como se fosse um esquecimento comandado, forçado:

Não é possível tratar os fatos históricos dolorosos como algo que nunca aconteceu. Isso não funciona. As sociedades não esquecem. A degeneração (tal como os terapeutas a chamam) em nome da conciliação nacional. Tal como ocorreu com a Lei de Anistia no Brasil, pode ter um efeito terapêutico, mas é suspeita do ponto de vista da verdade e da justiça (2009, p. 299).

Para Ricoeur, a anistia é contrária ao perdão. O perdão, em suas palavras, manifesta-se por meio da lembrança, exigindo a memória viva dos fatos. Já, na anistia, isto não ocorre, posto que se exige um esquecimento forçado, uma “amnésia comandada” (2009, p. 298), em nome da paz social.

É exatamente por essa razão que anistia e perdão, no Brasil, há tempos são conceitos tão distintos. A anistia consistiu num apagamento que foi bem além da execução das penas. Incluiu, outrossim, a proibição de ações em juízo (ou seja, proibição de todo e qualquer processo movido a criminosos e também a proibição de mencionar os próprios fatos com sua qualificação criminal). Dessa forma, trata-se a anistia de uma verdadeira amnésia institucional

que nos convida a agir como se o fato não tivesse ocorrido. Para o legislador, todos os delitos do esquecimento estão contidos nessa incrível, para não dizer “mágica”, pretensão, de apagar os vestígios das discórdias públicas e, é nesse sentido que a anistia é o contrário do perdão, pois este exige memória (MIGLIORI, 2009, p. 259).

Enquanto amnésia comandada, a anistia dissimula um passado declarado proibido, entretanto, não tem o condão de provocar o seu total esquecimento. Se assim o fosse, a memória individual e coletiva seria privada da fundamental crise de identidade que possibilita uma volta do passado e de sua carga traumática. O que ocorre é justamente o oposto, contudo: cada vez que o sujeito ou o Estado tentam submeter as lembranças a um processo de amnésia forçada, estas voltam com mais força, uma vez que elas passam a se constituir como trauma para o indivíduo ou para a sociedade (TELES, 2005, p. 322).

Portanto, “não lembrar” não significa esquecer a dívida, a dor, o trauma, mas, do contrário, o retorno a um passado que atormenta e que pode vir a se repetir na história brasileira.

Por tal motivo, entende-se que somente o perdão pode ser visto como elemento de reconciliação nacional. Um perdão que não olhe para quem “mais sofreu” ou “mais impôs sofrimento”, mas que apenas atenta à sua estrita finalidade de fornecer ao passado (e quem com ele sofre) uma boa dose de tranquilidade e paz. Caso a Lei da Anistia brasileira venha a ser revista em um futuro próximo, modestamente se entende que o caminho do punitivismo puro e simples não é o mais adequado, tendo em vista que somente promoverá mais ódio, rancor e o risco de um futuro incerto para o povo brasileiro. Que a anistia brasileira seja, pois, condicionada à “verdade”: somente através dela é que conseguirão os infratores (independentemente do lado que estejam) o perdão da sociedade brasileira, da história, e de suas próprias consciências. Essa é a verdadeira essência de uma justiça que restaure os laços de paz do Brasil. Essa é a correta forma de utilizar a justiça de transição como elemento da justiça restaurativa.

## **CONCLUSÃO**

O perdão encontra-se num jogo de temporalidades. Diferentemente da memória, não se opera olhando unicamente para trás, ele consiste num caminhar em direção ao amanhã, ou melhor, caminhar para o horizonte de liberdade. Mas, para isso, é necessário também perpassar pela representação do passado, buscando nela um outro horizonte possível: o da superação. É um lembrar para se esquecer, que se opera com os olhos de uma memória crítica e feliz, porque reconhece a dívida passada, mas ainda assim é capaz de domina-la. A lembrança é aqui meio para recriar os laços com o passado a partir do acoplamento com uma sempre nova promessa.

Por outro lado, o que nos parece, é que as tentativas de apagamento dos rastros, dos documentos e dos crimes da ditadura na África do Sul e no Brasil caminham num sentido bem diferente daquele preconizado pela cura indicada pelo perdão. A memória é, nesse sentido, impedida por um esquecimento de fuga, instituindo uma relação patológica com o passado traumático.

Possibilitar o julgamento dos agentes públicos que cometeram delitos na época de repressão não é simplesmente mexer em feridas ou fomentar o ódio, mas permitir trilhe seu caminho em direção à busca pelo perdão. Isso implica reconhecer o papel terapêutico da construção de uma memória que busque a verdade dos fatos e a narração das vítimas, conforme a Comissão Verdade buscou na África do Sul e no filme.

O perdão, nessa lógica, é inter rompimento, mas não é impunidade; é esquecimento da dívida, mas não dos fatos; é generosidade. Assim, deve reconhecer os atos praticados durante esse período sangrento, recontar essa história e reconhecer as próprias potencialidades de um “homem capaz” de recontar a sua história e de se responsabilizar pelas suas faltas como única forma de seguir em frente.

Dessa maneira, o perdão significa afirmar que o homem não se reduz a suas faltas e a negatividade pelos delitos praticados. Mas é justamente, por isso, que ele também está suscetível a ser imputado dentro de uma esfera jurídica, que lhe assegure também o momento da sua narração. A partir do devido processo, o indivíduo encontra-se na posição de ser perdoado pela vítima e de ter restabelecida a sua dignidade.

Todavia, há algo no perdão que extrapola todo o cálculo do direito que é a sua generosidade incondicional. Ele é sublime demais para ser unicamente jurídico, mas nem por isso encontra-se totalmente desligado do papel a ser desempenhado pelo processo judicial. O perdão encontra, sim, no direito a capacidade de estabelecer-se no mundo dos homens que é sempre contingente, indicando caminhos para a superação das doenças da memória e da relação obsessiva que instituímos com o nosso passado.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

FREDERIC, Luskin. **O poder do perdão**. Tradução de Carlos Szlak. SP: Francis, 2007.

MIGLIORI, Maria Luci Buff. **Horizontes do perdão: reflexões a partir de Paul Ricoeur e Jacques Derrida**. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2009.

\_\_\_\_\_. In: DE PAULA, A; SPERBER, S. (Orgs.). **Teoria literária e hermenêutica ricoeuriana: um diálogo possível**. Dourados, MS: UFGD, 2011. p. 247-269.

TELES, Edson Luiz de Almeida. **A anistia e os crimes contra humanidade**. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 55, jul-ago 2005, ano 13, p. 315-337.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François et. Al. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

**SOMBRAS do Passado (RED DUST)**. Direção: Tom Hooper. Produção BBC Films e Distant Horizon. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, 2004, 110min. Son, Color, 1DVD.

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE: A POÇÃO MÁGICA DO DRUIDA

João Otávio Bacchi GUTINIEKI<sup>49</sup>

## RESUMO

O presente trabalho foi baseado em cenas do filme *Astérix e Obélix contra César*, onde são presenciadas tentativas de cobranças abusivas de impostos contra uma aldeia celta, tentativas inválidas graças à presença de uma misteriosa poção, preparada por um druida. Modo pelo qual, se fez uma analogia entre esta poção e os direitos fundamentais do contribuinte na atualidade. Primeiramente, introduziu-se à ambientação do tema, tratando sobre o filme e a pertinência deste para um estudo em Direito Tributário. No primeiro capítulo tratou-se sobre a relação jurídica obrigacional tributária, uma evolução na relação Fisco-Contribuinte. Depois, discutiu-se o princípio da legalidade como base para a tributação e as relações e consequências dele advindas. Por derradeiro, discorreu-se sobre os princípios constitucionais tributários em espécie, suas características e importâncias. O último princípio tratado foi o da "inafastabilidade" do Poder Judiciário, indispensável para a efetivação de todos os outros. Desta maneira, chega-se à conclusão que, os direitos fundamentais dos contribuintes são verdadeira "poção" à disposição dos cidadãos contra abusos do fisco, podendo socorrerem-se no Judiciário em caso de desrespeito destas normas constitucionais por atos de um fisco cesarista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios. Tributação. Garantias do contribuinte. Direito Constitucional Tributário. Justiça Fiscal.

## ABSTRACT

The present paper was based on scenes from the movie *Asterix and Obelix take on Cesar*, where attempts are made to charge abusive taxes against a Celtic village, attempts that results invalid by the presence of a mysterious potion, prepared by a druid. The way which an analogy was made between the celtic's potion and the today's fundamental rights of the taxpayer. Firstly, the theme was introduced, dealing with the movie and its pertinence to a study in Tax Law. The first chapter dealt with the tax obligatory legal relationship, evolution in the Revenue-Taxpayer relationship. Then, the principle of legality was discussed as the basis for taxation and the relations and consequences of taxation. Finally, was discussed the constitutional principles of taxation in kind, their characteristics and importance. The last principle treated was the "infaasability" of the Judiciary, indispensable for the activity of the other principles. In this way, it is concluded that the fundamental rights of taxpayers are a true "potion" available to the citizen against abuses of the Reavenue, being the Judiciary able to help in case of disrespect of these constitutional norms by acts of a cesarist revenue.

**KEY WORDS:** Principles. Taxation. Taxpayer's guarantees. Constitutional Tax Law. Tax Justice.

---

49 Graduado em Comércio Exterior pela Universidade Estácio de Sá (2015). Graduando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), com período de mobilidade internacional realizado na Universidade do Porto (2015/2016), término previsto para dezembro de 2017. Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária desde 2013, atualmente orientado pelo Prof. Dr. Marcos César Botelho. É membro dos grupos de pesquisa "GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais" (UENP) e "Globalização e seus reflexos jurídicos" (UENP). Estagiário na banca de advocacia do Prof. Jaime Domingues Brito. Tem interesse nas áreas de Direito Tributário, Direito Comercial e Direito Econômico, especialmente em Direito da Concorrência.

## INTRODUÇÃO

O objetivo proposto, já há três anos seguidos, no Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate, nos parece ter por base a possibilidade da discussão dos mais variados assuntos ligados ao direito, tratados nas telas da sétima arte. Uma situação interessante foi pensar justamente sobre qual filme instigaria a produção de um trabalho científico, dentre a imensidão de boas obras cinematográficas que atualmente nos são colocadas à disposição através de um toque. Entre tantos grandes cineastas, retratando dramas com perfeccionismo, como o italiano Federico Fellini, grandes nomes da ficção, como Steven Spielberg, o presente trabalho encontrou inspiração em uma cena quase que remota, e muito bem trabalhada na película francesa "*Astérix e Obélix contra César*", lançada em 1999, do gênero da fantasia, dirigida pelo cineasta e roteirista francês Claude Zidi, tendo como protagonistas: René Goscinny, como Astérix, e Albert Uderzo, como Obélix.

O filme, sucesso de público, televisionado por diversas vezes nos últimos anos, é por muitos considerado como uma das melhores "comédias de época", retratando a realidade de uma aldeia gaulesa que, sob o domínio do Império de Júlio César, se negava a pagar os impostos de natureza meramente arrecadatória, usados apenas a fim de manter o poderio e a pompa do reino. Entretanto, os coletores de impostos não deixavam a situação aquém, mas buscavam os mais diversos meios de cobra-los à força. Ocorre que, na aldeia, havia um druida chamado Panoramix, que produzia uma poção mágica, poção esta que fazia com que os aldeões se tornassem invencíveis, mantendo o tesouro a salvo, mesmo depois de diversas investidas dos romanos. As "investidas em vão" tornam o filme uma verdadeira comédia, despertando o humor do espectador, vez que toda a força do exército de Roma não era suficiente para incomodar os gauleses, protegidos pela poção que consumiam antes das batalhas.

Isso fez com que César e seus militares buscassem outras estratégias para tomar a pequena aldeia e cobrar seus confiscatórios tributos, como, por exemplo, a captura de Panoramix, o sábio responsável pelo feitio da poção, ou ainda deter Obélix.

Em que pese o passar dos anos e os avanços da civilização, algo continua inevitável em um Estado Fiscal: o pagamento de tributos pelo cidadão. Porém hoje, diferente da época retratada no filme, a tributação deve ser regrada, baseada na norma jurídica, devendo, em tese, oferecer ao contribuinte seguranças sobre a relação jurídica tributária, não sendo mais uma relação de pura sujeição e poder.

Ainda assim, continua o Estado com uma vontade insaciável de arrecadar receitas

através da tributação, que é a sua principal fonte financeira, fazendo com que o contribuinte por vezes sofra graves lesões aos seus direitos através de interpretações extensivas e maldosas da legislação, ou mesmo pela criação e aplicação de normas que encontram-se em rota de colisão com aquilo que foi originalmente proposto na carta constitucional, tudo em nome da máxima arrecadação e de um suposto "interesse público".

Portanto, nas páginas seguintes, buscaremos compreender os direitos e garantias fundamentais do contribuinte, oponíveis não apenas contra o Fisco, mas inclusive contra quem detém a competência tributária, sempre visando garantir a segurança jurídica, a cidadania e império, não o Romano, e sim o império do Estado de Direito.

## **1. A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA COMO GARANTIA**

As relações entre o Fisco e o Contribuinte nem sempre foram reguladas como na atualidade. No princípio, exercia o poderoso o direito de cobrar tributos sobre os que em seus domínios habitasse, ou desenvolvesse atividades econômicas, uma cobrança sem qualquer tipo de regra ou escrúpulos, verdadeira imposição, baseada puramente na relação de império de um contra muitos. Não são raras passagens bíblicas tratando sobre situações de cobranças de tributos, algumas retratadas como verdadeiro confisco de bens dos mais humildes, inclusive há uma passagem onde o próprio Jesus Cristo, em companhia de São Pedro, opera um milagre a fim de ter condições pagar um imposto de duas dracmas a um coletor, episódio conhecido como "Moeda na boca do peixe", devidamente narrado em Mateus 17:24-27.

Nestes tempos longínquos não se opera entre as partes na tributação uma relação jurídica, mas uma relação de poder, onde o que prevalecia era sempre a vontade do rei, independentemente de regra regendo os fatos geradores ou hipóteses de incidência de um tributo. Os créditos eram cobrados sem exceções nem avisos, o coletor de impostos passava e não queria sair do sítio de mãos vazias, toda a gente, os súditos, eram cobrados com verdadeiro efeito surpresa, situação que imprimia medo e terror naqueles que à época viviam.

Continuamos a ser um Estado Fiscal, disto não há dúvida, vez que as receitas do governo têm origem principal e majoritária nos tributos. Acerca do Estado Fiscal, o fiscalista português José Casalta Nabais assim o define:

Pois, sendo o estado fiscal o estado cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos, facilmente se compreende que ele tem sido (e é) a regra do estado moderno. Todavia, este nem sempre se tem apresentado como um estado fiscal, havendo, pois, estados que claramente configuraram (ou configuram ainda) verdadeiros estados proprietários, produtores ou empresariais, assim como é possível, ao menos em abstracto, pensar na instituição de um estado basicamente tributário, isto é, assente em tributos de natureza bilateral ou taxas. (2001, p. 2)

Vive-se atualmente, desta forma, um tempo diferente, o tempo da Relação Jurídica

Obrigacional Tributária, onde o sujeito passivo da obrigação tributária, o contribuinte, e o sujeito ativo desta, o Fisco, têm direitos e deveres. Conforme NOGUEIRA:

As relações humanas atingidas pelo Direito passam, por isso mesmo, a constituir *relações jurídicas* porque este lhes injeta eficácia. Assim estas relações humanas se transformam em relações juridicamente vinculantes. Daí podemos distinguir na relação jurídica a *matéria* e a *forma*. A matéria provém da relação humana, a forma decorre da lei. [...] Vamos então esclarecer o que é a relação jurídico-tributária: o indivíduo entrando em relação com outro ou outros, pratica como, por exemplo, um contrato de compra de uma casa. Ao praticar esse ato, essa relação negocial, com ela incide no campo da lei tributária, porque a lei tributária previamente declara incidente no imposto a compra e venda de imóvel. A ocorrência dessa relação humana que incide na lei tributária, isto é, que produz *efeitos jurídicos tributários*, faz surgir entre o Estado e o indivíduo **direitos e obrigações recíprocos**, formando o conteúdo de uma relação jurídica específica chamada *relação jurídica tributária*. (1980, p. 141-142. Grifamos)

Existe clara diferença entre a relação jurídica, baseada na supremacia da lei e do Direito, e a relação de poder, com fundamento na vontade do poderoso, como bem explica Hugo de Brito Machado:

Nos dias atuais, entretanto, já não é razoável admitir-se uma relação tributária como relação de poder, e por isto mesmo devem ser rechaçadas as teses autoritaristas. A ideia de liberdade, que preside nos dias atuais a própria concepção do Estado, há de estar presente, sempre, também na relação de tributação. Para que fique bem clara esta ideia, vamos definir "relação de poder" e "relação jurídica", embora saibamos que as definições são sempre problemáticas. Entende-se por *relação de poder* aquela que nasce, desenvolve-se e se extingue segundo a vontade do poderoso, sem observância de qualquer regra que porventura tenha sido preestabelecida. Já a *relação jurídica* é aquela que nasce, desenvolve-se e se extingue segundo regras preestabelecidas. (2013, p. 27-28).

A diferença crucial entre as duas relações distintas, a jurídica e a de poder, está na existência de regras para, vulgarmente falando, o "jogo". Regras presentes na lei que, cumprirão, conforme será visto adiante, o requisito do princípio da legalidade, o qual advém da própria Constituição da República, que em seu art. 5º, inciso III, dispõe: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*", princípio onde mora uma das bases do Estado de Direito, regendo as relações entre os particulares e entre os particulares e o Estado.

Destarte, como visto, a relação jurídica tributária tem por fonte a lei tributária, diferentemente da abordagem dada à relação jurídica no Direito das Obrigações, por exemplo, que pode ter por origem a vontade das partes ou o ato ilícito. A obrigação tributária, que será fruto da relação jurídica tributária, também será regida pelo que está disposto em lei. Não se trata aqui de um positivismo exacerbado, mas de clara segurança para o Fisco, que arrecada a verba destinada à manutenção estatal, e para o contribuinte, que deve entregar parte de sua riqueza ao Estado a título de tributos, a fim ser parte no financiamento de suas atividades que, em tese, deveriam ter por fim o desenvolvimento humano integral, como previsto na

Constituição.

## **2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO BASILAR DA ATUAÇÃO ESTATAL**

O artigo 37 da Constituição Federal prevê quais são os princípios que guiam a atividade da Administração Pública, a quem incumbem as funções de Autoridade Tributária, sendo estes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tais princípios devem ser considerados como verdadeiros pilares da atividade estatal, inclusive no trato desta com os contribuintes, vedando ao Estado práticas que, outrora, são permitidas aos particulares quando acordam entre si. Nas lições preliminares de Direito Administrativo é comum se ouvir esta frase: "Enquanto o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, ao Estado apenas é permitido fazer o que a lei autoriza", terminando por ser, esta, uma lição simplória, mas bastante clara, sobre o que é o princípio da legalidade estrita, que rege as atividades estatais.

Para José Afonso da Silva, a ideia de princípio da legalidade, presente entre as garantidas constitucionais individuais, se exprime em:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. **É nesse sentido que se deve entender que o estado ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.** (2005, p. 420)

O nobre leitor pode imaginar que estamos a nos confundir, vez que, primeiramente, falou-se em Relação Jurídica Obrigacional Tributária como meio de garantias ao contribuinte, e agora se entra no tema do princípio da legalidade... Existe alguma contradição?

Não. A prática de atos administrativos pelo Fisco deve ter por base o princípio da legalidade. Também o legislador, em matéria tributária, submete-se a outro princípio derivado, o princípio da reserva de lei. É a legalidade que garante ao cidadão a "não surpresa" nos atos estatais, sendo esta uma garantia de que as ações advindas da máquina pública devem estar pautadas em autorização legal, dando espaço a uma série de possibilidades de defesa por parte deste contra o ente maior. Com o princípio da legalidade e seus congêneres, pode questionar o cidadão, e deve responder o agente público, sobre qual o fundamento legal de determinada atuação, sob a pena de nulidade do ato praticado, por clara violação à base do Estado de Direito e, por conseguinte, à própria Lei Fundamental, a Constituição.

A reserva de lei, por sua vez, mais vincula ao Poder Legislativo, estabelecendo a Constituição as competências e matérias a serem reguladas por lei, impondo restrições e limites:

A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva de lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de reserva relativa, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade. Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. (SILVA, 2005, p. 422)

O princípio da legalidade também advém da luta incessante pela afirmação histórica dos direitos humanos, sendo classificado pela doutrina como uma das bases do Estado Liberal, ligado abertamente aos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, um direito de "ação negativa", de "não fazer" por parte do Estado.

A atividade do princípio da legalidade junto à Administração Pública, como supracitado, é determinante.

A Constituição consagra, no art. 37, a idéia de que a Administração Pública está submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal. A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido. O princípio da reserva legal exige que qualquer intervenção na esfera individual (restrições ao direito de liberdade ou ao direito de propriedade) seja autorizada por lei. Esse princípio está sintetizado, na Constituição (art. 5º, Q, II), pela seguinte fórmula: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Os postulados do Estado de Direito e da democracia (art. 1º, a), assim como o princípio da reserva legal (art. 5º, II), impõem que as decisões normativas fundamentais sejam tomadas diretamente pelo legislador. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 881)

Portanto, qualquer intervenção estatal na vida e no patrimônio dos cidadãos deve estar fundamentada em lei. A tributação não é exceção, também está claramente ligada a esta necessária fundamentação, sob pena de não poder o Estado Fiscal atacar o patrimônio dos contribuintes, a fim de sustentar sua atividade, sem seguir as regras presentes na Constituição e na legislação tributária, sob a pena de invalidação do ato pelo Poder Judiciário, através de um controle de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos.

Assim, as relações Fisco-Contribuinte passaram a ser diferentes. Não mais uma relação de poder, mas verdadeira relação jurídica, baseada em normas, gerando previsibilidade, segurança e limitações. Não se admite que o Fisco pratique atos como, por exemplo, o fechamento de um estabelecimento comercial até o pagamento do crédito tributário devido, ou ainda a apreensão de mercadoria até o recolhimento dos tributos. A coação não é meio de

cobrança autorizado ao Fisco. A cobrança dos créditos tributários deve, por sua vez, seguir um procedimento previsto expressamente em lei: o da Execução Fiscal (Lei 6.830, de 1980).

Como a relação entre as partes é uma relação lastreada no Direito, há uma relação de confiança, de segurança jurídica, conforme analisa o Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, José Casalta Nabais, em sua tese de doutoramento sobre "O dever fundamental de pagar impostos" naquela universidade:

Com efeito, sendo certo que o princípio constitucional da segurança jurídica, enquanto manifestação da ideia de estado de direito, vale face a todas as funções do estado (funções legislativa, administrativa e judicial), não é menos certo que, atenta a importância e o alcance do princípio da legalidade fiscal, ele há-de actuar, no que ao direito fiscal diz respeito, sobretudo face ao legislador, a quem cabe o poder tributário de cuja limitação estamos agora a tratar. O que quer dizer que a sua eficácia face aos operadores ou aplicadores concretos do ordenamento jurídico-fiscal, sobretudo face à administração fiscal, apenas se verificará se e na medida em que aos mesmos seja deixada uma qualquer margem de livre decisão, cuja utilização possa ser convocado um tal princípio constitucional como padrão ou paradigma de actuação. (2015, p. 396).

Não existe, desta forma, espaço para atuação discricionária do Fisco fora da lei ou ainda, em caso de errônea omissão por parte do legislador, uma atuação afastada dos princípios constitucionais, incluídos não apenas os princípios constitucionais tributários, mas a norma constitucional como um todo.

Por isso, ousamos colocar o princípio da legalidade como a base para a atuação do Fisco na relação jurídica tributária, vez que este dá ao contribuinte as garantias inerentes à vida em um Estado de Direito, vedando arbitrariedades e ilegalidades que acometiam os mais fracos no passado. Entretanto não se pode afirmar que tais problemas estejam totalmente solucionados na atualidade. Obviamente que, infelizmente, estes continuam a ocorrer. Porém, existem entes aos quais aqueles que, sentindo-se injustiçados, podem recorrer, tanto administrativamente quanto judicialmente, uma vez que, a própria Constituição, prevê a inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário (cf. Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), conforme estudaremos com mais afinco adiante.

Assim, é forçoso reconhecer a importância ímpar deste princípio, motivo pelo qual, no presente trabalho, o colocamos de modo apartado, em um tópico único, antes de discorrer sobre os demais princípios constitucionais inerentes à tributação.

### **3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS**

Como já reconhecemos anteriormente, os princípios constitucionais tributários não se resumem apenas à legalidade ou à reserva de lei, existindo claramente outros positivados expressamente na Constituição, e ainda outros implícitos, que se compreendem através da

hermenêutica constitucional e do modelo de Estado que busca a Constituição instituir no Brasil. Quando se fala em Direito Constitucional Tributário, é ineludível referencial teórico a obra “Curso de Direito Constitucional Tributário” de Roque Antonio Carrazza, professor da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), monografia tão inspiradora quanto o filme que utilizamos para basear este artigo, portanto, são alguns dos princípios neste livro elencados que traremos à discussão neste tópico. Diz-se que, tais princípios, compõem um verdadeiro “estatuto do contribuinte”, pelos motivos que, cada um deles, logicamente, adiante expressará.

### 3.1 Princípio da anterioridade

O princípio da anterioridade tem ligação bastante atinente à segurança jurídica e advém da disposição constitucional de que, salvo exceções dispostas na Carta Maior, as leis que criam, majoram alíquotas ou modificam *in pejus* a formação da base de cálculo não podem ser aplicadas no mesmo ano de sua publicação, ou seja, no mesmo exercício financeiro. Esta é a previsão do Art. 150, III, *b* da Constituição Federal: “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*”. Incluímos a “base de cálculo” no rol daquilo que deve seguir a anterioridade, uma vez que as mudanças na disposição sobre “o que” a integra pode, indiretamente, majorar a carga tributária, merecendo, portanto, o cuidado do princípio da anterioridade, como é pacífico na doutrina e nos tribunais.

Segundo CARRAZA, com sua didática característica:

O contribuinte tem o direito constitucional subjetivo de ver acatado, pelas pessoas tributantes, o princípio da anterioridade. Este direito só pode desaparecer naqueles casos taxativos em que o próprio Texto Magno permite que o tributo incida sobre fatos ocorridos no mesmo exercício em que ele foi criado ou aumentado. O “estatuto do contribuinte” veda que, por via de interpretação extensiva, ou, o que é pior, com base no bom senso, dilarguemos este elenco. O que ocorreria em tal hipótese não seria uma *interpretação da Constituição*, mas uma *emendatio constitutionis*, uma alteração de seu comando, uma *interpretatio abrogans*, com amparo em cogitações políticas de feição subjetivo, que só o constituinte derivado pode validamente fazer (respeitados, é claro, alguns requisitos, máxime “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”). Portanto, os contribuintes têm, de regra, o direito de serem tributados de acordo com as leis tributárias que vigiam no dia 31 de dezembro do ano anterior ao da ocorrência do fato oponível (fato gerador *in concreto*). (2004, p. 186-187)

Mais sintética é a conclusão de CARVALHO (2009, p. 175): “*Segundo o princípio da anterioridade, a vigência da lei que institui ou aumenta tributo deve ficar protraída para o ano seguinte de sua publicação, momento em que o ato se insere no contexto comunicacional do direito*”.

Saber que uma modificação no *quantum* dos tributos cobrados não se dá de imediato, traz ao contribuinte uma segurança em suas relações, inclusive a chance de planejar saídas elisivas, a fim de, caso haja possibilidade, não ter seu negócio ou patrimônio afetado diretamente pela mudança na regra fiscal, transparecendo verdadeira garantia em favor do sujeito passivo.

### 3.2 Princípio da irretroatividade da lei tributária

Não pode uma lei, hoje publicada, prever em sua hipótese de incidência que esta se aplica aos fatos geradores realizados ontem, ou na semana passada, ou um ano atrás. A lei tributária, assim como a lei penal, não tem ação retroativa, incidindo sobre fatos findos, que à época de sua realização não sofriam tributação, ou se sofriam, por alíquota menor. Pode-se dizer que a lei tributária possui atividade "para frente". Dispõe a Constituição, em seu artigo 5º, XXXVI, que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito*". Ainda o artigo 150, III, *a*, veda que a lei que cria ou aumenta tributos alcance fatos geradores anteriores à sua vigência.

Elucida o nobre tributarista:

O princípio da legalidade, tal como exteriorizado nos arts. 5º, II, e 150, I, ambos da CF, contém implícita a vedação à retroatividade. No Brasil não pode haver tributo sem prévia descrição legal. [...] Em síntese, a lei deve ser anterior ao fato impositivo, e não o fato impositivo anterior à lei. Lei retroativa, é oportuno asseverar, é aquela que rege fato ocorrido antes de sua vigência. Ou, se quisermos, há retroatividade quando a lei alcança atos ou situações já consumados antes de sua entrada em vigor, adjudicando-lhes determinados efeitos jurídicos. A regra geral, pois, é no sentido de que as leis tributárias como, de resto, todas as leis, devem sempre dispor para o futuro. Não lhes é dado abarcar o passado, ou seja, alcançar acontecimentos pretéritos. **Tal garantia confere estabilidade e segurança às relações jurídicas entre Fisco e contribuinte.** (CARRAZZA, 2004, p. 318-319. Grifamos)

Destarte, há uma garantia, e vedação à surpresa, do contribuinte quando o assunto são fatos pretéritos, não alcançáveis pela lei tributária novel. Há no Código Tributário Nacional algumas exceções à irretroatividade, entretanto, estão ligadas à interpretação e às penalidades, desde que não causem prejuízos ao contribuinte, tudo conforme presente no artigo 106 do referido diploma.

### 3.3 Princípios da liberdade de tráfego e da unidade geográfica

O tamanho continental do Brasil, sua forma federativa, e a divisão de competências tributárias entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios faz com que tenhamos quase seis mil entes tributantes diferentes, somando todos os entes federativos, o que torna a tributação um verdadeiro desafio e, antes de tudo, muitas vezes, uma confusão. O princípio da

liberdade de tráfego, previsto no Art. 150, V, da Constituição, traz consigo um espírito de alforria, segundo o qual é vedada a limitação ao tráfego de pessoas e bens por meios de tributos interestaduais ou intermunicipais. Tal garantia também está prevista no artigo 5º, LXVIII, da Constituição, artigo que é o sítio comum dos direitos e garantias fundamentais, onde há a previsão do remédio heroico, do *habeas corpus*, contra restrições à liberdade das pessoas.

A doutrina assim conceitua a aplicação do princípio da liberdade de tráfego:

O art. 150, V, da CF de 1988 veda às diversas entidades tributantes o estabelecimento de *limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais*. É importante esclarecer que essa regra não impede a cobrança de impostos sobre a circulação em operações interestaduais ou intermunicipais. **O que ela proíbe é a instituição de tributo cuja hipótese de incidência seja elemento essencial a transposição de fronteira interestadual ou intermunicipal.** Essa limitação ao poder de tributar decorre e de certa forma realiza o princípio federativo. Não configura propriamente uma imunidade. Apenas estabelece parâmetros para a atividade tributária. Define, na verdade, circunstâncias que a podem tornar inconstitucional. (MACHADO, 2013, p. 43. Grifamos)

Outro princípio vinculado à própria forma federativa do Estado é o da unidade geográfica, que busca a manutenção do equilíbrio federativo, conforme é prescrito no artigo 151, I, da Constituição: *É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.*

Surge explícito na redação cristalina do Art. 151, I, da Carta Magna. Colocando em termos afirmativos, se traduz na determinação imperativa de que os tributos instituídos pela União sejam uniformes em todo o território nacional. É fácil ver, nas suas dobras, mais uma confirmação dos postulados federativo e da autonomia dos Municípios, posto que o constituinte vedou a eventualidade de qualquer distinção ou preferência relativamente a um Estado, um Município ou ao Distrito Federal, em prejuízo dos demais. (CARVALHO, 2009, p. 183)

Infelizmente, as obrigações tributárias, especialmente as acessórias, de tributos como o ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - terminam por gerar verdadeiro imbróglio aos empresários, com substituições tributárias sem qualquer sentido lógico e frequentes apreensões de mercadorias nas "fronteiras" interestaduais. Neste ponto, parece que não estamos muito longe do método romano de gestão e cobrança dos tributos, com autuações tributárias meramente arrecadatórias e uma diversidade de legislações estaduais, o que beira a impossibilidade da compreensão e pior, a impossibilidade de cumprimento, terminando por ir de embate ao princípio acima estudado. Neste ponto, se vê claramente a urgência que o tema "reforma tributária" tem na nação, sob a pena de continuarmos a atravancar o comércio entre os Estados-Membros, terminando por manter este óbice ao desenvolvimento integral da federação.

### 3.4 Princípio da vedação ao confisco

Confiscar é um ato ligado à ideia de "tomar algo", impedir seu uso, em virtude de regulamento. O próprio Código Tributário Nacional, na definição de tributo em seu artigo 3º, dispõe que uma das características do tributo é de não ser punitivo, ou seja, tributo não é sanção. A Constituição, na mesma toada, proíbe em seu artigo 150, IV, que os impostos tenham caráter confiscatório. Mas, quando um imposto seria confiscatório? Tal interpretação primeiramente pertence ao legislador, na elaboração da norma tributária, e, posteriormente, ao julgador, no controle de sua constitucionalidade, sendo a última voz a da "corte constitucional". Vozes doutrinárias aclamadas falam que, quando a alíquota ou o montante ultrapassam a casa dos 50% do valor econômico do bem, já há a prática do confisco. O Supremo Tribunal Federal, em seu turno, vem entendendo que a vedação ao confisco não aplica-se apenas à obrigações tributárias principais, mas também às acessórias, como multas tributárias, em recentes julgados, como o AI 727.872/RS, de 2015, vinculando estas decisões também ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo, portanto, um espectro ainda maior.

Hugo de Brito Machado, em seu Curso de Direito Tributário, assim navega pelo assunto:

A Constituição Federal estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Não obstante seja problemático o entendimento do que seja um tributo com efeito de confisco, é certo que o dispositivo constitucional pode ser invocado sempre que o contribuinte entender que o tributo, no caso, lhe está confiscando bens. Cabe ao Judiciário dizer quando um tributo é confiscatório. **A regra constitucional, no mínimo, deu ao Judiciário mais um instrumento de controle da voracidade fiscal do governo, cuja utilização fica certamente a depender da provocação dos interessados e da independência e coragem dos magistrados, especialmente dos que integram o STF.** (2013, p. 41. Grifamos)

Claramente, tem o contribuinte mais um modo de impugnar judicialmente o estabelecimento e a cobrança de impostos que entender injustos, de caráter abusivo, sendo a vedação ao confisco uma arma à disposição contra alíquotas altíssimas ou bases de cálculo extremamente majoradas. Diferentemente do que se observa na obra cinematográfica que inspira este trabalho, onde o regime de César tinha o desejo de cobrar tudo o que fosse possível, com indiscutível caráter confiscatório, restringindo o direito à propriedade, numa época em que ao rei tudo era permitido, inclui arruinar a vida dos cidadãos, tomando destes até o mais básico para o sustento.

### 3.5 Princípio da capacidade contributiva

A igualdade material pode ser exemplificada pela máxima aristotélica de que

devemos "tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade". A capacidade contributiva, portanto, prevista no artigo 145, § 1º, da Constituição, é um meio de se alcançar a igualdade material, verdadeira pedra de toque do Sistema Tributário Nacional, podendo ser compreendida como medida, como parâmetro a ser utilizado para a cobrança dos tributos, cobrando mais dos que possuem maior riqueza, e menos dos mais humildes. O que faz do tributo um método constitucional de justiça social e distribuição de renda, vez que, em um tributo que pode ser individualizado, cobrar a mesma quantia de um pobre e de um rico causa gravame imensamente maior ao que tem a menor capacidade de contribuir.

O parágrafo primeiro do referido artigo (Art. 145) dispõe que: *sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*. O imposto de renda, por exemplo, é prova prática da atividade deste princípio, pois suas alíquotas variam de acordo com as faixas de renda, assim, quanto maior a renda, maior a porcentagem de imposto.

É o que aborda Roque Carrazza:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que os que tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menos riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza. O princípio da capacidade contributiva informa a tributação por meio de impostos. Intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada *Justiça Fiscal*. Importante destacar que o legislador tem o dever, enquanto descreve a norma jurídica instituidora dos impostos, não só de escolher fatos que exibam conteúdo econômico, como atentar para as desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. (2004, p. 77)

Também a doutrina de Paulo Barros de Carvalho trata da capacidade contributiva, diferenciando-a entre absoluta e relativa:

Realizar o princípio pré-jurídico da capacidade contributiva absoluta ou objetiva retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza. Esta é a capacidade contributiva que, de fato, realiza o princípio constitucionalmente previsto. Por outro lado, também é capacidade contributiva, ora empregada em acepção relativa ou subjetiva, a repartição da percussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento. (2009, p. 182)

A justiça fiscal deve ser um objetivo de Estado quando se busca cumprir a sério os fins republicanos, promovendo a igualdade e o desenvolvimento, evitando ônus sufocantes aos mais humildes e demasiadamente leves aos mais abastados. Apesar de não existir uma medida

exata e individualizada sempre à disposição, um Estado em que sua fiscalidade se preocupa com a justiça fiscal tem tudo para nele vigorar uma sensação de maior justiça e dignidade, gerando menor repulsa dos cidadãos à cobrança e ao pagamento dos tributos, deixando uma sensação de que o tributo tem verdadeira e equitativa destinação ao bem comum da sociedade.

### **3.6 Princípio da inafastabilidade (ou universalidade) da jurisdição**

Podem existir milhares de normas e princípios tributários, formando um invejável "estatuto do contribuinte", porém, caso não tenha o contribuinte a quem recorrer para garantir o exercício e a manutenção de seus direitos, de nada valeriam tais normas. A impossibilidade de instrumentalizar tais comandos faz com que não haja nenhuma possibilidade de se considerar a ordem tributária como justa. Portanto, sem a presença de uma jurisdição imparcial, seja ela administrativa, seja esta a advinda do Poder Judiciário, o cidadão estaria sem caminhos para a defesa de suas direitos e garantias

Felizmente, no Brasil, há a possibilidade do controle dos atos administrativos pelo Judiciário, assim, pode-se afirmar que o Poder Judiciário, por meio dos magistrados, tem competência para decidir sobre questões e litígios emanados da relação Contribuinte-Fisco. Essa possibilidade de recorrer ao Judiciário, esculpida no princípio da inafastabilidade (ou universalidade) da jurisdição, faz com que nenhuma ameaça ou lesão a direito seja suprimida da avaliação e decisão dos juízes, como estabelece o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Logo, nossa humilde opinião, este é o princípio mais importante de todos os até aqui estudados. Em que pese a existência de outros princípios, sem este, é impossível receber uma solução imparcial e justa nos conflitos em matéria tributária. Na ausência deste princípio, o bel prazer do Estado na cobrança tributária seria a regra, não tendo o sujeito passivo a quem socorrer-se, teria que aguentar calado, mesmo com a existência de inúmeras normas protetoras, que seriam inefetivas.

Ligado diretamente ao direito processual, sobre tal princípio, trata Cleide Previtalli Cais:

O princípio configura a explosão máxima do Estado de Direito, outorgando o exercício do direito de ação, mediante preenchimento de sua condições, visando a aplicação da norma e a conseqüente solução dos conflitos. Isso acontece mediante o processo e o exercício da jurisdição. Isso acontece mediante o processo e o exercício da jurisdição. (2004, p. 83)

Assim também, denominando o princípio por *universalidade da jurisdição*, esclarece o professor Roque Carrazza:

A segurança jurídica impõe, outrossim, que a lei garanta a todos os contribuintes o livre acesso ao Poder Judiciário. Eles devem receber da lei meios efetivos para, a qualquer tempo, postular a tutela do Poder Judiciário, para que ele decida se um

direito subjetivo foi ou está na iminência de ser lesado. Este é o alcance que tem, no campo tributário, o *princípio da universalidade da jurisdição* (também conhecido como *princípio da inafastabilidade da jurisdição*). Convém destacar que, quando o inc. XXXV do art. 5º da Lei Maior estabelece que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, obviamente não está aludindo, apenas, aos direitos públicos subjetivos, consagrados pela Constituição, mas compreende também os direitos decorrentes das normas infraconstitucionais. (2004, p. 396-397)

Desta maneira, com fomento na clara explanação doutrinária acima incluída, concluímos nosso breve estudo sobre os princípios constitucionais tributários, princípios que formam um verdadeiro "estatuto de proteção ao contribuinte", instrumentalizado pelo acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, todos estabelecidos e garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando os últimos milênios, a figura do Estado e a figura do tributo mudaram em demasia. Contudo, o financiamento público continua a ser a maior finalidade do tributo. A relação Fisco-Contribuinte passou de uma relação de pura imposição de poder, do primeiro sobre o segundo, para uma relação baseada em regras, em normas advindas do Direito. Nestas normas estão inscritos os mais diversos e profundos detalhes inerentes à atividade de tributar, dando à parte mais fraca, o contribuinte, a garantia de segurança e previsibilidade, impedindo que seu patrimônio, na maior parte das vezes fruto de longos e árduos anos de labor, desapareça por causa de uma vontade discricionária e inescrupulosa de um governante. Toda esta série de direitos e garantias do contribuinte está intimamente ligada aos direitos fundamentais, com base na Constituição, a qual também disciplina sobre a estrutura e as competências no Sistema Tributário Nacional.

Lamentavelmente, é fato notório e sabido que a atuação do Fisco muitas vezes excede sua competência e os limites constitucionais, usando o argumento do falso "interesse público" e do mal compreendido "princípio da solidariedade" para fazer arruaça na vida do contribuinte, vezes exigindo obrigações principais e acessórias indevidas, outras utilizando de verdadeiros meios coativos e inquisitórios para a cobrança dos tributos. Independentemente da intenção dos agentes públicos ao praticarem tais desvios, há uma "poção mágica" à disposição do contribuinte, como aquela feita pelo druida Panoramix em *Astérix e Obélix contra César*, com o fito de protegê-lo contra invasivas injustas. Esta "poção" é formada por aqueles direitos fundamentais do contribuinte, tratados acima.

Estes direitos, presentes no texto constitucional e ainda na legislação tributária, seja através de princípios, seja em normas *strictu sensu*, são os instrumentos para a proteção

daquele que paga seus impostos e espera que, no Estado de Direito, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade sejam fundamentos inseparáveis da tributação, podendo ainda, caso necessário, socorrer-se no Judiciário, para nele pleitear a prevalência de seus direitos contra os resquícios cesaristas ainda presentes na atividade diária de algumas autoridades fiscais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed., rev., ampl. e atual. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 34ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NABAIS, José Casalta. *Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal*. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, Ano II, n. 09, abril. 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892381>>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- \_\_\_\_\_. *O direito fundamental de pagar impostos*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 5ª ed. reescrita e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

## “O RENASCIMENTO DO PARTO”: É PRECISO FALAR SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Laís Fernanda BECKER<sup>50</sup>

### RESUMO

No Brasil, uma em cada quatro mulheres sofre violência durante o atendimento ao parto, conforme a pesquisa *Mulheres brasileiras e Gênero nos espaços público e privado*, divulgada em 2010 pela Fundação Perseu Abramo, em parceria com o SESC. Nesse sentido, o filme *O renascimento do parto*, produzido por Érica de Paula e Eduardo Chauvet, retrata de uma forma bastante clara e necessária essa realidade quase sempre silenciosa. O presente artigo, portanto, tendo como pano de fundo a problemática apresentada no documentário, teve por objetivo apontar um breve histórico dos direitos humanos para possibilitar o entendimento e trazer à tona a questão da violência obstétrica e no que ela implica. Assim, permite-se conferir vez e voz às mulheres que possuem seus direitos mais básicos tolhidos em um momento tão singular de suas vidas, mas que acreditam não possuir a vocalização necessária para denunciar as violações e descasos — seja porque não se sentem amparadas legal ou socialmente, seja porque não se reconhecem vítimas de uma violação tão grave, justamente pela banalização e institucionalização dessas práticas obstétricas violentas, arrimadas em um saber-médico absoluto e um modelo hegemônico e tecnocrático de parturição. O presente artigo, ainda, procura apresentar possíveis soluções para o problema: desconstruir relações de subordinação entre médico e paciente, empoderar mulheres com o conhecimento e ferramentas legais e instituir políticas públicas de proteção e prevenção para, só assim, falarmos em uma assistência materno-infantil efetiva, plena e humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos. Violência obstétrica. Humanização. Políticas públicas. Vocalização das mulheres.

### ABSTRACT

In Brazil, one in every four women suffer violence during the care during birth, according to the survey *Brazilian Women and Gender in the public and private sectors*, published in 2010 by the Foundation Perseu Abramo with SESC. In this sense, the film *Birth of Reborn*, produced by Érica de Paula and Eduardo Chauvet, depicts in a very clear and needed this reality almost always silent. This article, therefore, having as background the problems presented in the documentary, had as objective to point out a brief history of human rights to enable understanding and bring up the issue of violence obstetrical and in that it implies. Thus, it is possible to give time and voice to women who have their most basic rights violated at such a singular moment in their lives, but who believe they do not have a vocalization to denounce them as violences and negligence - because they do not feel legally or socially supported, or because they do not recognize themselves as victims of a serious violation, precisely due to the trivialization and institutionalization of violent obstetric practices, supported at an absolute medical knowledge and a hegemonic and technocratic model. The present article also addresses problems like: deconstructing the relations of subordination between the doctor and the patient, empowering women with the knowledge and legal tools and establishing public policies of protection and prevention, to turn carne in something more effective, full and human.

**KEY WORDS:** Human rights. Obstetrical violence. Humanizing. Public policies. Vocalization of women.

---

50 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária de Direito na Justiça Federal de Jacarezinho.

## INTRODUÇÃO

Trazer à tona a questão da violência obstétrica, entendê-la como violação aos direitos humanos das mulheres e vislumbrá-la através de um viés jurídico torna-se eminentemente necessário, vez que, a cada dia, observam-se crescentes taxas desse tipo de violência tão específica, acompanhadas por notícias que tomam vez e suprem a voz de histórias não contadas por suas vítimas, as quais fazem parte de um grave fenômeno social.

Nesse sentido, o presente artigo procura trazer uma análise dessa violência que fere de forma sistemática todo um conjunto de direitos humanos que se entrelaçam quando atos obstétricos violentos são praticados. Para tanto, o filme *O Renascimento do Parto*, produzido por Érica de Paula e Eduardo Chauvet, traz importantes noções para delimitar conceitos, para saber quais atos podem ser considerados violadores de direitos humanos, para denunciar situações violentas vivenciadas por mulheres no ciclo gravídico-puerperal e, principalmente, para promover uma ampla divulgação de um tipo de violência tão peculiar que merece maior atenção frente às lacunas legislativas do ordenamento jurídico, aliado ao medo que muitas mulheres sentem para denunciar as situações a que são submetidas — seja porque não possuem o conhecimento necessário (sequer sabem que passaram por situações violentas), seja porque não vislumbram e desconhecem mecanismos de defesa e proteção.

Ainda, o trabalho se dedica à reflexão sobre os mecanismos para proporcionar a compreensão acerca do sofrimento quase sempre silencioso dessas mulheres, e ao fazê-lo, conferir maior legitimidade às suas reivindicações. Nesse sentido, imprescindível a análise acerca da proteção legal da mulher em situação de violência obstétrica no atual cenário jurídico brasileiro e quais são as ferramentas já disponíveis a serem utilizadas para tutelar seus direitos.

Por fim, analisa-se o movimento moral em torno da luta pelo parto humanizado, encarando-o como uma tentativa de mudança paradigmática sobre como deve se dar a parturição, cujos resultados concretos podem ser vistos em políticas públicas voltadas para a humanização da assistência materno-infantil. Deve-se, conjuntamente, enfrentar o desafio de desconstruir as relações autoritárias e de subordinação que se estabelecem entre médicos e pacientes, para evitar o modelo intervencionista e as conseqüentes práticas consideradas prejudiciais, obsoletas e enraizadas pelo *saber-médico*. Conclui-se, assim, que o conhecimento e vocalização das mulheres acerca de seus direitos é a principal e mais forte estratégia de enfrentamento da violência obstétrica.

## 1 DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

As mulheres de todo o mundo já passaram longos anos lutando pelo reconhecimento de seus direitos humanos mais básicos — até mesmo para ser-lhes reconhecida a condição de seres humanos. Não há que se olvidar que a situação melhorou em muitas maneiras; mas, de uma forma global, fatores sociais ainda são um empecilho à total e imediata implementação dos direitos humanos para as mulheres e, por isso, a reivindicação ainda é constante e necessária.

Em todos os períodos da história existem relatos de verdadeiras heroínas que lutaram pelos direitos de todas as mulheres. A Revolução Francesa, em 1789, pode ser considerada como o marco inicial da luta das mulheres no sentido de serem reconhecidas como sujeitos de direitos. É nesse contexto que se deu início ao movimento de mulheres em prol da libertação e igualdade perante os homens, culminando na Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã em 1791, escrita por Olympe de Gouges, que pagou, por este ato de protesto, com a guilhotina (SCHMIEDL, 2012, p. 195).

Anos mais tarde, Eleanor Roosevelt “insistiu que devia ser usado ‘todos os seres humanos são iguais’ em vez de ‘todos os homens são irmãos’, quando o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estava a ser redigido em 1948” (SCHMIEDL, 2012, p. 193). Esta mudança no texto foi crucial para que os direitos humanos fossem refletidos como pertencentes a todos os seres humanos, sem qualquer distinção, dando azo para que o princípio da igualdade fosse incorporado no discurso e regime de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.

Apesar dos inúmeros movimentos feministas reivindicatórios que se seguiram, dos documentos elaborados dispendo sobre a efetiva igualdade entre homens e mulheres, e do princípio da igualdade estar formalmente expresso na DUDH, observa-se, no plano fático, frequentes discriminações contra as mulheres nos variados âmbitos de sua vida particular.

Ao longo da história, as mulheres são conhecidas como as vítimas mais suscetíveis da violência. Violência que pode se apresentar em diversas maneiras e assumir inúmeras faces (WOLFF; WALDOW, 2008, p. 1). Nesse sentido, Marilena Chauí (1985, p. 25,) conceitua violência como “a transformação de uma diferença em desigualdade numa relação hierárquica com o objetivo de explorar, dominar e oprimir o outro que é tomado como objeto de ação, tendo sua autonomia, subjetividade, comunicação e ação livres impedidas ou anuladas”.

Partindo dessa premissa, pode-se encarar a violência obstétrica como uma das inúmeras facetas do gênero *violência*, uma vez que viola direitos humanos fundamentais das mulheres, oprimindo o outro *objetificado*. São mulheres que se encontram frágeis e sensíveis frente a um acontecimento que lhes marcará o resto de suas vidas. Portanto, há premência em se falar acerca da referida temática, uma vez que fere de forma sistemática os direitos das gestantes e

parturientes, retirando das mulheres que se encontram nessas condições o papel de protagonistas e sujeitos de direitos, causando-lhes traumas que carregarão para sempre em suas histórias.

No Brasil, o termo *violência obstétrica* ainda não é largamente reconhecido pela população, embora venha ocupando, gradualmente, espaço nas mídias sociais e blogs de saúde, principalmente aqueles ligados à maternidade. Essa divulgação faz parte da agenda de movimentos e políticas públicas pelo respeito aos direitos sexuais e reprodutivos, onde a luta por uma maior humanização da assistência materno-infantil está incluída e cujo fôlego tem ganhado força desde a divulgação da pesquisa *Mulheres brasileiras e Gênero nos espaços público e privado* (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; SESC, 2010). Tal estudo constatou que uma em cada quatro brasileiras sofreu maus-tratos na hora do trabalho de parto e parto (PULHEZ, 2013, p. 2).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo (2013), ao formular uma cartilha de alerta, buscou uma definição para a violência obstétrica, conceituando-a como:

apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, através de tratamento desumanizado, abuso da medicação e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

Identificar quais são os procedimentos considerados violentos é um processo delicado, uma vez que existem fatores determinantes para tanto. Podem ser levados em conta a relação assimétrica existente entre médico e paciente; assim como a ideologia de que a dor do parto é *normal* e intrínseca ao ato de parir; e também a falta de conhecimento legal da gestante e seus acompanhantes.

A dor sentida pelas mulheres no parto é considerada uma fatalidade pela qual todas devem suportar como preço do suposto prazer sentido no ato sexual que deu origem àquela gestação (DINIZ, 2005, p. 2). Essa relação do parto como um evento de purgação feminino já aparece na Bíblia, em Gênesis, onde há o episódio em que Eva comete o pecado original e corrompe a humanidade, ouvindo de Deus a expressão: “E tu, mulher, parirás com dor” (PEREIRA; TEIXEIRA, 2005, p. 11).

Seguindo esse raciocínio que se encontra enraizado na cultura popular e na mentalidade médica, não haveria mesmo lógica em propiciar à mulher qualquer situação que lhe pudesse conferir conforto e comodidade, uma vez que o próprio saber-médico se apoia nesse alicerce e acaba, por vezes, esquecendo-se da natureza humana da paciente

Tudo isso se traduz em um processo silencioso e contínuo de objetificação das consumidoras de serviços de saúde, o qual reduz a mulher a um mero receptáculo de um bebê e refere-se a esse corpo como portador de doenças de nomes estranhos aos que as ouvem, sendo

que o conhecimento acerca disto é pertencente apenas aos profissionais de saúde. Assim, o saber, a necessidade, a legitimidade e a sujeição se cruzam e desembocam na dicotomia médico *versus* paciente, pois há uma desqualificação desta, a qual não entende e não tem o conhecimento técnico-profissional daquilo que os médicos falam, mas que procura acreditar na afirmação que faz para si mesma: “eles sabem o que fazem” (PEREIRA, 2000, p. 100). Observa-se, desta forma, que muitas mulheres não reconhecem que sofreram ou estão sofrendo algum tipo de violência obstétrica.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Pierre Bourdieu (2012, p. 22), permitindo-nos entender que nesse contexto há uma violência simbólica, uma vez que esta se “exerce com a cumplicidade tácita e imposta daqueles que a sofrem e, da mesma maneira, aqueles que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes tanto de exercê-la quanto sofrê-la”.

Para facilitar o reconhecimento de um ato obstétrico considerado violento, a Rede Parto do Princípio (2012), rede de mulheres que luta pela promoção de maior autonomia, tendo como principal eixo de atuação a defesa e a promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, em especial no que se refere à maternidade consciente, em seu dossiê *Parirás com Dor*, construiu uma didática classificação, identificando violações de caráter físico, psicológico, sexual, institucional, material e midiático, a saber:

- Caráter físico: são consideradas práticas violentas obstétricas aquelas que possam causar algum tipo de dor ou dano físico na gestante e parturiente. Citem-se, como exemplo, privação de alimentos e manobra de Kristeller (compressão do abdômen para adiantar a expulsão do bebê);
- Caráter psicológico: empregar falas ou atitudes que possam gerar sentimentos negativos na mulher, como angústia e insegurança. Aqui, são rotinas as ameaças, grosserias, humilhações e piadas;
- Caráter sexual: atitudes que possam prejudicar a intimidade sexual e vida reprodutiva da mulher, como é o caso da episiotomia realizada sem necessidade (corte no períneo para ampliar o canal do parto) e do assédio;
- Caráter institucional: ações ou procedimentos que possam dificultar, de qualquer maneira, o acesso da mulher aos seus direitos. Exemplos: impedimento à amamentação e falta de fiscalização das agências reguladoras e demais órgãos competentes;
- Caráter material: condutas ativas ou passivas com o objetivo de obter recursos financeiros de mulheres no ciclo gravídico-puerperal, violando seus direitos garantidos em lei, em prol de pessoa física ou jurídica. Como exemplo, podemos citar a indução à contratação de determinado plano de saúde privado, sob argumentação de ser a única

alternativa que permite um acompanhante;

- Caráter midiático: exposição por profissionais da saúde através de meios de comunicação com o intuito de denegrir ou ridicularizar a situação da gestante e do parto em geral. Nesse caso, têm-se como exemplos a apologia à cirurgia da cesárea sem qualquer fundamentação científica e o consequente repúdio ao parto normal.

Além das violações acima citadas, os procedimentos mais comuns relatados enquanto violência obstétrica são, muitas vezes, práticas consideradas obsoletas e que não trazem nenhum benefício à mulher — muito pelo contrário —, mas que são incorporadas aos hábitos do profissional da saúde e tornam-se inerentes ao seu *saber médico*. São ainda exemplos de violência obstétrica: impedir a livre movimentação da parturiente; a litotomia (posição deitada, com as pernas levantadas e abertas); o jejum obrigatório; a tricotomia (raspagem dos pelos pubianos); a lavagem intestinal; a aplicação de ocitocina sintética (hormônio artificial para aceleração do parto que torna as contrações mais dolorosas para a mulher e o bebê) sem o consentimento da parturiente; o rompimento artificial da bolsa amniótica; dentre outras práticas (TORNQUIST, 2002, p. 484).

Conforme a Rede pela Humanização do Nascimento e do Parto (Rehuna), organização da sociedade civil que vem atuando desde 1993 na divulgação e assistência de cuidados perinatais com base em evidências científicas:

A violência da imposição de rotinas, da posição de parto e das interferências obstétricas desnecessárias perturbam e inibem o desencadeamento natural dos mecanismos fisiológicos do parto, que passa a ser sinônimo de patologia e de intervenção médica, transformando-se em uma experiência de terror, impotência, alienação e dor.

Corroborando este entendimento, para Nogueira e Lessa (2003, p. 31):

o parto hoje é visto, pensado e organizado com este objetivo: facilitar a atuação do obstetra. Passou a ser considerado potencialmente perigoso. Transformou-se num evento médico, deixando de ser encarado como um evento fisiológico e natural, experiência milenar feminina, cujo papel principal é exercido por uma mulher ativa e protagonista. Quem *faz* o parto hoje é o médico obstetra. A parturiente é a *paciente*, que, equivocadamente, chega a ser-lhe grata por ter-lhe ‘dado’ seu filho ‘são e salvo’: salvo dos perigos que um corpo de mãe supostamente trama contra o filho em seu ventre.

A violência obstétrica, como visto, viola os direitos fundamentais mais básicos da mulher em situação de gestação, trabalho de parto e parto. Retira seu direito à plena saúde, integridade física, dignidade, autodeterminação, privacidade, e viola seus direitos sexuais e reprodutivos. Pode-se definir o terreno desses últimos em termos de poder e recursos: poder de tomar decisões com base em informações seguras acerca da fecundidade, gravidez, saúde ginecológica e sexual; e recursos para levar a cabo tais decisões de uma forma segura. Esse terreno envolve as noções essenciais sobre integridade corporal e controle sobre o próprio corpo (CORRÊA; PETCHESKY, 1996, p. 149) — o que, como se vê, não existe no momento em que

um ato obstétrico violento é cometido.

## **2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SEU TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Quando se empreende uma pesquisa aos documentos jurídicos e à legislação, é possível perceber que as integridades corporal e psíquica das mulheres gestantes ou em trabalho de parto parecem não ocupar um espaço significativo no âmbito do direito brasileiro. É necessário investigar o arcabouço jurídico na procura por instrumentos que amparem a mulher no ciclo gravídico puerperal, uma vez que, conforme já constatado, a violência obstétrica existe de fato e é um grave problema, mas ainda não possui a devida atenção, seja ela legislativa, seja em políticas públicas.

Quanto aos aspectos desse tipo de violência e a inexistência de lei brasileira específica, o dossiê *Parirás com Dor*, já mencionado acima e elaborado pela Rede Parto do Princípio (2012), para a CPMI da Violência contra as Mulheres, utilizou como referência a Lei Nacional Argentina 26.485/2009, que dispõe sobre a proteção integral com o objetivo de prevenir, punir e consequentemente erradicar a violência contra as mulheres, classificada em cinco modalidades: física, psicológica, sexual, econômica e patrimonial e a simbólica.

O ordenamento jurídico brasileiro também recebeu tratados e convenções internacionais que tratam diretamente da matéria. Como exemplos, podemos citar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — Convenção de Belém do Pará, que foi editada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995. Note-se que é o primeiro tratado internacional a reconhecer a violência contra a mulher como um problema (RODBARD, 2015, p. 22).

Ainda, a Conferência Internacional da ONU sobre a População e Desenvolvimento (CIPD), realizada na cidade do Cairo, em 1994, tratou de forma especial o direito à saúde e os direitos sexuais e reprodutivos (RODBARD, 2015, p. 23).

A Constituição Federal brasileira (1988), por sua vez, prevê um rol de direitos que são garantidos ao cidadão, e por óbvio, devem ser observados quanto aos cuidados empregados às mulheres em situação de gestação e parto. Nesse sentido, estabelece o direito à saúde, disposto em seu artigo 196. Assim dispõe:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ademais, atualmente, verifica-se que o conceito de saúde modificou-se. Moura (2015, p. 1), preceitua que esta não é mais considerada como ausência de doença, mas sim um bem-

estar físico, mental e social. Desta forma, há que se promover à mulher no ciclo gravídico puerperal a tranquilidade, satisfação, aconchego e conforto, tudo no sentido de oferecer saúde em sua plenitude.

Ainda, a Constituição Cidadã dispõe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso II, preceituando que o Estado Democrático de Direito é fundado na dignidade da pessoa humana, verdadeiro alicerce e princípio basilar do sistema jurídico brasileiro. A dignidade da pessoa humana é algo inato à condição de ser humano, dele não podendo ser retirado. Nesse sentido, Schiavi (2011, p. 50) argumenta:

A proteção da dignidade da pessoa humana envolve todos os aspectos da pessoa, seja no seu aspecto exterior – papéis que representa na sociedade e, como função profissional, imagem, etc. – como na sua individualidade, privacidade, intimidade (art. 5º, V e X, da CF), assim como o fato de pertencer ao gênero humano, seu aspecto físico, sua etnia, bem como a proteção do meio ambiente.

Constata-se, assim, que quando um ato obstétrico considerado violento é cometido, atenta contra algo que é inerente à própria condição de ser humano. Ferir este princípio significa afrontar o próprio alicerce do sistema normativo brasileiro.

Após a Declaração dos Objetivos do Milênio, de 2000, criada com o intuito de sintetizar acordos internacionais elaborados ao longo dos anos 1990 sobre direitos humanos e outros assuntos relativos, foram propostos diversos textos legais com o objetivo de estimular a humanização do parto e autonomia feminina e promover maior segurança à mulher durante todo o ciclo gravídico-puerperal (OLIVEIRA, 2016, p. 47). A título de exemplo, podem-se citar alguns casos marcantes e especiais:

Portarias: Portaria/GM nº 569/2000, que instituiu o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento (PHPN), estabelecendo que é dever das unidades hospitalares receber a mulher, o recém nascido e seus familiares com dignidade, sendo que os profissionais de saúde devem adotar medidas que sejam, de fato, benéficas à mulher e ao bebê, evitando, assim, práticas intervencionistas desnecessárias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002, p. 5-6); e a Portaria 1.459/11 do Ministério da Saúde, que criou a Rede Cegonha. Esse programa federal objetiva uma prestação de serviços de saúde mais benéfica, implementando “uma rede de cuidados para assegurar às mulheres o direito ao planejamento reprodutivo e a atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

Resoluções: Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde nº 368, de 2015, a qual versa sobre o direito de acesso à informação das mulheres aos percentuais de partos normais e cesáreas, por operadora, por estabelecimento hospitalar e por médico e sobre a utilização do partograma, do cartão da gestante e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde complementar; e Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde nº 398, de 2016,

que dispõe sobre a obrigação dos médicos em entregar nota de orientação às gestantes e o credenciamento de obstetras por operadores de planos privados na assistência à saúde.

Decretos: Decreto 8.858/2016, de 27/09/2016, que veda o uso de algemas “em mulheres presas durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada” (BRASIL, 2016).

Leis federais: um dos principais marcos legislativos atinentes a este assunto foi a Lei 11.108/2005, a qual garante à mulher o direito a um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto, seja na rede pública ou privada. Ainda, mais recentemente, foi aprovada a Lei 13.434/2017, que confirmou o Decreto 8.858/2016 e veio acrescentar o parágrafo único ao artigo 292 do Código de Processo Penal, com o intuito de vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em puerpério imediato.

Leis estaduais: como exemplo, pode-se citar a Lei Estadual de Santa Catarina 17.097/2017, que dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica.

Projetos de Lei: o Projeto de Lei nº 7.633/2014, apresentado pelo Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL/RJ), vem com o objetivo de promover uma assistência humanizada à gestante e parturiente, estabelecendo como diretrizes dessa assistência materno-infantil as recomendações do Manual de Boas Práticas de Atenção ao Parto e ao Nascimento da OMS; e Projeto de Lei nº 7.274/2017, de autoria da Deputada Federal Erika Kokay (PT/DF), que dispõe sobre o exercício profissional da atividade de doula (mulheres que dão suporte físico e emocional a outras mulheres antes, durante e após o parto).

Além dos mecanismos já existentes e das tentativas de criação de leis específicas que regulamentem o assunto, outro resultado concreto da tentativa de ampla divulgação no Brasil desta forma de violência é o longa-metragem *O Renascimento do Parto* (2013), produzido por Eduardo Chauvet e Érica de Paula. O documentário conseguiu expor as marcas visíveis e invisíveis da violência obstétrica e alçar a bandeira do parto humanizado — que independe da via escolhida, seja o parto normal ou a cesariana —, estandarte que é levantado principalmente para devolver à mulher o papel de protagonista do seu parto. No filme, de acordo com Érica de Paula, as intervenções médicas devem ser realizadas apenas quando necessárias e todas as escolhas da mulher devem ser respeitadas.

O filme começa mostrando de uma forma fria e bastante agressiva como os bebês são, na maioria das vezes, recebidos nesse mundo. Filhos tão esperados e amados, e que acabam, juntamente com a mãe, sofrendo uma violência desnecessária. Uma das questões que o longa

aborda de forma muito clara é de como houve a apropriação do parto — até então um assunto tão particular ao mundo feminino, embasado por práticas milenares — por parte dos profissionais de saúde. Com isso, o parto deixou de ser um evento normal e passou a um estado patológico, em que apenas os médicos possuem o saber acerca daquela *doença* e podem salvar a mulher frágil e incapaz de parir sozinha. E daí advêm as intervenções desnecessárias, as atitudes humilhantes e a figura do *médico salvador*.

O documentário busca, ainda, descobrir as causas que levam a 52% dos partos realizados no Brasil serem pela via da cirurgia cesariana, quando o recomendado pela Organização Mundial da Saúde é de 15%. Com esses números, o país é o líder mundial no ranking de cesáreas. A intervenção médica deixou de ser um recurso para salvar vidas e passou, na prática, a ser regra. Como decorrência, há o que chamamos hoje de *indústria do parto*, em que muitas mulheres se imaginam incapazes de parir, seja por medo, por falta de informação ou justamente por informações errôneas que são repassadas pelos profissionais de saúde.

De acordo com relatos do médico-obstetra Ricardo Jones, especialista entrevistado no longa-metragem, “as mulheres perderam o poder do nascimento e entregaram aos médicos”. Corroborando ainda que essas mulheres “acabaram se conformando a padrões rígidos estabelecidos pelo sistema médico que têm que parir em determinado número de horas e que têm que se comportar de uma determinada forma padronizada”.

Entre os depoimentos que mais chamam a atenção no documentário, está o do médico e pesquisador Michel Odent, referência internacional na área de saúde materna. Para ele, até há pouco tempo, o amor era um tema abordado apenas por poetas e romancistas. Porém hoje, deve ser estudado também pela ciência. Odent afirma que “nós podemos entender que a capacidade de amar é em grande parte organizada e construída durante o período em torno do nascimento”. No mesmo sentido, nas palavras do pesquisador, “para dar à luz, a mulher precisa liberar hormônios — um coquetel de 'hormônios do amor'. Em todo o planeta, o número de mulheres que dá à luz a seus bebês somente graças à liberação desse coquetel está chegando a zero”. Zero, na era da ocitocina sintética e da cesariana fácil, rápida e automatizada.

“Os profissionais têm que reconhecer que o compromisso ético deles não é com o que é danoso e o que deve ser abandonado. E os gestores de saúde têm que ter coragem de tomar medidas impopulares com os médicos e assumir o controle das indicações de cesárea”, acredita a médica epidemiologista Daphne Rattner que também é entrevistada no documentário.

Outra especialista no assunto, a antropóloga Robbie Davis-Floyd, deixa claro que esse tema diz respeito a toda a sociedade porque todo mundo nasceu. Dessa forma, o diretor do filme, Eduardo Chauvet, não mediu esforços para que o documentário alcançasse o maior

número de pessoas possíveis, sejam elas expectadoras em cinemas, DVDs e exposições em parceria com secretarias municipais de saúde, tudo no sentido de dar maior visibilidade a um problema que atinge milhares de mulheres todos os anos.

Mas, afinal, de quem é a culpa pelo atual panorama brasileiro? Não há apenas um culpado. Nem a mulher, nem a unidade de saúde, nem o profissional. A indústria do parto é lucrativa, sendo algo ingênuo se esquecer da questão monetária quando se fala na adoção indiscriminada de cesáreas sem evidências científicas para embasar. E é o empoderamento feminino que pode ser capaz de mudar esse cenário, sendo, por isso, que se bate na tecla de que o principal passo é restituir o protagonismo à mulher, dando-lhe maior informação, autonomia e uma visão integrativa do fenômeno.

### **3 NECESSIDADE DE VOCALIZAÇÃO DAS MULHERES NO CICLO GRAVÍDICO PUERPERAL**

Os momentos ligados à gestação, parto e puerpério constituem uma das experiências humanas mais significativas e enriquecedoras para todos os que dela participam. Os profissionais de saúde devem portar-se como coadjuvantes dessa experiência, sem retirar da mulher a vivência de protagonista de seu próprio parto, entendendo suas particularidades e respeitando seu momento de dor; e ainda colocando todo o seu conhecimento para uma efetiva assistência materno-infantil, tudo no sentido de propiciar uma parturição e nascimento saudáveis (BRASIL, 2001).

O Ministério da Saúde (BRASIL, 2001, p. 10) reconhece a necessidade de considerar as particularidades de cada mulher para, desta forma, possibilitar um parto mais humanizado. O profissional de saúde deve se encontrar apto a perceber as necessidades e ter a capacidade de lidar com o processo do nascimento, respeitando as individualidades de cada mulher em processo de parturição e se compadecer do sofrimento para buscar evitá-lo. Ainda, refere-se também à necessidade de “relações menos desiguais e menos autoritárias, na medida em que o profissional em lugar de assumir o comando da situação, passa a adotar condutas que tragam bem-estar e garantam a segurança para a mulher e a criança”.

Ao objetificar a mulher em processo de parto, impondo-lhe situações muitas vezes contrárias aos seus desejos e obrigando-lhe a fazer o que não compactua, o profissional passa a ser agressor e avilta a liberdade da pessoa agredida, percorrendo a trilha da violação dos direitos humanos (LEOCÁDIO, 2007).

Como preconiza o Ministério da Saúde (2001, p. 38) em suas normas sobre a Assistência Humanizada à Mulher e ao Nascimento, para uma efetiva assistência

maternoinfantil adequada, há urgência em melhorar a estruturação física e os equipamentos dos hospitais, até a mudança sistemática de atitude e postura dos profissionais de saúde e das gestantes.

Segundo Dias e Ramos (2003), a prevenção da violência obstétrica pode ser tomada através de vários caminhos: reconhecimento da educação e do amor no cuidado médico como imprescindíveis; informação suficiente e adequada às mulheres em situação de gestação e parto; denunciar com compromisso; humanizar a assistência, permitindo um vínculo simétrico entre médico e paciente, e não de subordinação; respeitar o próximo e compadecer-se de sua dor; resgatar a dignidade e assumir a ética como norte para as ações do processo de cuidar.

Humanizar-se, portanto, é um eterno vir a ser, que exige atenção e atualização a cada instante em que se age e a cada nova relação (vínculo) que se estabelece. Pode-se dizer que processo de humanização é uma via de mão dupla. (LEOCÁDIO, 2007).

Deve-se enfrentar o desafio de desconstruir as relações autoritárias e de subordinação que se estabelecem entre médico e paciente. O Ministério da Saúde tem demonstrado esforços para instituir novas práticas, mas as universidades possuem resistência para incorporar tais mudanças, ignorando evidências científicas, as quais apontam que as medidas tomadas são consideradas obsoletas e prejudiciais à mãe e ao bebê, e o modelo intervencionista, iatrogênico e violento é inadequado ao momento do parto (RATNER, 2009).

Além de mexer nas estruturas das unidades de saúde e conhecimentos obstétricos por parte dos médicos, deve-se dar prioridade para envolver as mulheres na elaboração e efetivação de políticas públicas de humanização da assistência materno-infantil (BARBOZA; MOTA, 2016, p. 127). Humanizar a assistência do parto é aprender a compartilhar saberes, ouvir e ser ouvido e, principalmente, reconhecer direitos.

Nesse ponto, o cuidado realizado na obstetrícia deve resgatar a subjetividade da mulher gestante e parturiente, assegurando direitos inalienáveis e construindo vínculos humanos democráticos, superando as relações assimétricas entre médico e paciente, promovendo uma efetiva e plena assistência materno-infantil em seus variados aspectos.

A análise do assunto não deve ir na direção de compreender as questões jurídicas que podem emergir para uma eventual criminalização da violência obstétrica do Brasil (PULHEZ, 2013, p. 176). De modo diverso, é muito mais efetivo pensá-la de acordo com a definição de Debert & Gregori (2008, p. 176) acerca da noção de violência como contraposta à de crime:

crime implica a tipificação dos abusos, a definição das circunstâncias envolvidas nos conflitos e a resolução destes no plano jurídico. Violência [...] implica reconhecimento social (não apenas legal) de que certos atos constituem abuso, o que exige decifrar dinâmicas conflitivas que supõem processos interativos atravessados por posições de poder desiguais entre os envolvidos.

Ressalte-se, ainda, que a judicialização é ferramenta importante para aqueles que sofrem atos violadores de seus direitos. No entanto, para uma mudança efetiva de cenário, é necessária a construção de uma nova mentalidade e a elaboração de políticas públicas de prevenção e enfrentamento da violência obstétrica, aliadas ao empoderamento feminino em conhecer seus corpos, direitos e retomar o papel de protagonistas do ato de parturição.

A luta ainda continua. A formulação de resoluções, portarias, recomendações do Ministério da Saúde, e o investimento em informação, produção de filmes, documentários, campanhas, políticas públicas direcionadas e educação/informação tanto nas universidades como nas unidades de saúde são medidas que auxiliam na mudança do pensamento coletivo e propiciam uma alteração do modelo tecnocrático (fundado na supremacia do saber-médico) para um mais humanista, estabelecendo vínculos mais humanos — porque não assim dizer — entre médico e paciente. Logo, pode-se pensar em uma assistência materno-infantil adequada e que propicie em sua plenitude o bem-estar geral para mãe, bebê, profissionais de saúde, sociedade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência obstétrica tornou-se naturalizada em nossa sociedade e institucionalizada nas unidades hospitalares. Chegamos ao ponto em que as mulheres não identificam quando são vítimas de atos atentatórios aos seus direitos no ciclo gravídico-puerperal, e que profissionais de saúde tomam tais medidas prejudiciais de forma quase robótica e industrializada — eis aqui a importância das noções de poder e violência simbólicas. Nesse ínterim, o reconhecimento da humanização do parto como direito fundamental é instrumento importante para a mudança de paradigma.

Milhares de mulheres passam por partos violentos todos os dias. São vítimas de humilhações, piadas, agressões verbais e físicas e precisam suportar inúmeras medidas prejudiciais a sua saúde e, muitas vezes, à saúde de seu bebê, uma vez que se consideram impotentes e não possuem a vocalização e amparo necessários para denunciar referidas situações. Faz-se necessário falar sobre esse tipo de violência tão específica, trazendo uma maior divulgação ao tema e colaborando para que existam ferramentas de proteção, apoio, prevenção e consequente erradicação de tais violações.

Nesse sentido, procurou-se abordar quais as poucas medidas e instrumentos já existentes em nosso ordenamento jurídico para tutelar os direitos dessas mulheres (como portarias, resoluções, leis estaduais e federais). Assim, percebe-se, diante do panorama geral apresentado, que ainda há um longo caminho a trilhar para se chegar a uma assistência maternoinfantil efetiva e plena.

Nesse contexto, o filme *O Renascimento do Parto* é um importante passo já dado. Trata-se de um documentário que tece críticas contundentes ao modelo tecnocrático do parto no Brasil e, ao mesmo tempo, incentiva as mulheres a terem uma noção geral sobre o fenômeno do parto e maior autonomia para escolha dos procedimentos e em quais situações eles se darão. O filme busca empoderar as mulheres para retomar seus papéis de protagonistas do processo de parturição, o que nunca lhes deveria ter sido retirado.

O documentário, igualmente, dá voz a especialistas — médicos, doulas, enfermeiras obstétricas, parteiras tradicionais, antropóloga, professores de medicina, etc. — e às mulheres que se sentiram lesionadas em seus direitos em um momento tão especial.

Compreender a assistência ao parto como uma questão de direitos humanos é crucial para considerar a amplitude de possibilidades diante do que pode ser compreendido como dignidade. É preciso se atentar às preferências e particularidades de cada gestante/parturiente, e conferir a estas mais informação, autonomia e autodeterminação. Em síntese, é necessário vislumbrar no outro o caráter humano, para só então se chegar a uma assistência maternoinfantil plena, efetiva e humanizada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, L. P.; MOTA, A. Violência obstétrica: vivências de sofrimento entre gestantes do Brasil. 2016. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, v. 5, n. 1, pp. 119 a 129, Bahia, 2016. Disponível em: <<https://www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/view/847/598>>. Acesso em 15 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional da Saúde. **Resolução normativa nº. 368**, de 6 de janeiro de 2015. Dispõe sobre o direito de acesso à informação das beneficiárias aos percentuais de cirurgias cesáreas e de partos normais, por operadora, por estabelecimento de saúde e por médico e sobre a utilização do partograma, do cartão da gestante e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg5Mg==>>. Acesso em 20 abr. 2017

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Saúde. **Resolução normativa nº. 398**, de 5 de fevereiro de 2016. Dispõe sobre a Obrigatoriedade de Credenciamento de Enfermeiros Obstétricos e Obstetizes por Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde e Hospitais que Constituem suas Redes e sobre a Obrigatoriedade de os Médicos Entregarem a Nota de Orientação à Gestante. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE5Mw==>>. Acesso em 21 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.858**, de 27 de setembro de 2016. Regulamenta o disposto no art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8858.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8858.htm)>. Acesso em 12 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal 11.108**, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm)>. Acesso em 3 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal 13.434**, de 12 de abril de 2017. Acrescenta o parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13434.htm). Acesso em 20 abr. 2017.

BOURDIEU, P. **Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 7274**, de 2017. Dispõe sobre o exercício profissional da atividade de Doula. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2127867>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 7.633**, de 2014. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1257785&filename=PL+7633/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1257785&filename=PL+7633/2014)>. Acesso em 21 abr. 2017.

CHAUÍ, M. Participando do debate sobre mulher e violência. In: Chauí M, Cardoso R, Paoli MC, organizadores. **Perspectivas Antropológicas da Mulher**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores; 1985. p. 25-62.

CORREA, S.; PETCHESKY, R. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Physis** [online]. 1996, vol.6, n.1-2, pp.147-177. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/08.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

DEBERT, G.G. & GREGORI, M.F. Violência e Gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 23, n.66, 2008, pp. 165-186. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S01029092008000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S01029092008000100011&script=sci_arttext)>. Acesso em: 2 abr. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Violência Obstétrica, você sabe o que é?** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Violencia%20Obstetrica.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2017.

DIAS, H. H. Z. R.; RAMOS, F. R. S. O “des”cuidado em saúde: a violência no processo de trabalho em enfermagem. **Texto & Contexto Enfermagem**. Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 44-51, jan./mar. 2003.

DINIZ, S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. **Ciênc. saúde coletiva**, 2005, v. 10, n° 3, p. 627-637. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 30 mar. 2017.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; SESC. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**, 2010.

LEOCÁDIO, E. **Violência e direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/rhamas/violenciadire.html>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher**. Brasília, DF, 2001.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 1.459**, de 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS – a Rede Cegonha. Diário Oficial da União. 24 jun. 2011, Seção I.

\_\_\_\_\_. **Programa Humanização do parto**. Humanização no Pré-natal e nascimento. Brasília, DF. 2002. Disponível em:

<<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>> Acesso em 21 abr. 2017.

MOURA, E. S. **O direito a saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13440&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13440&revista_caderno=9)>. Acesso em 19 abr. 2017.

NOGUEIRA, A. T.; LESSA, C., **Mulheres Contam o Parto**, p. 31/103. Editora Itália Nova, São Paulo – 2003.

PARTO DO PRINCÍPIO, MULHERES EM REDE PELA MATERNIDADE ATIVA. **Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres**. 2012. 188 p. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2017.

**O RENASCIMENTO DO PARTO**. Produção de Eduardo Chauvet. Roteiro por Érica de Paula. Brasil, 2013. Documentário (90 minutos).

OLIVEIRA, A. L. **Violência obstétrica: uma análise de suas dimensões normativas brasileiras**. 2016. Trabalho de conclusão de curso. Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/15883>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

PEREIRA, W. R. **O poder, a violência e a dominação simbólicos nos serviços públicos de saúde que atendem mulheres em situação de gestação, parto e puerpério**. 2000. Tese – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2000. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/83/83131/tde-07012008-153636/pt-br.php>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PULHEZ, M. M. **A “violência obstétrica” e as disputas em torno dos direitos sexuais e reprodutivos**. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 10, 2013, Florianópolis. Anais eletrônicos, 2013, 12 p. Disponível em:

<[http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1372972128\\_ARQUIVO\\_PULHEZ\\_MarianaMarques\\_fazendogenero10\\_ST69.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1372972128_ARQUIVO_PULHEZ_MarianaMarques_fazendogenero10_ST69.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2016.

RATNER, D. Humanização na atenção a nascimentos e partos: ponderações sobre políticas públicas. Interface comun. **Saúde e educ.** 2009; 13 (supl.1): 759-68. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832009000500027](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832009000500027)>. Acesso em 14 abr. 2017.

REHUNA, Rede Pela Humanização do Parto e do Nascimento. **Carta de Campinas**. Mimeo. Agosto, 1993.

RODBARD, A. C. **A violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro**. 2015. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Tuiuti, Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/02/A-VIOLENCIA-OBSTETRICA-NO-ORDENAMENTO-JURIDICO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SANTA CATARINA. **Lei Estadual nº 17.097**, de 17 de janeiro de 2017. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <[http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097\\_2017\\_lei.html](http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html)>. Acesso em 20 abr. 2017.

SCHIAVI, M. **Ações de reparação por danos morais**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

SCHMIEDL, Barbara. **Direitos Humanos das Mulheres. II. Módulos sobre questões selecionadas de direitos humanos**. In: MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino. Compreender os Direitos Humanos: manual de educação para os direitos humanos. Versão original editada por Wolfgang Benedek, do European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (ETC). 3. ed. Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). pp. 191-222. 2012. Disponível em: <[http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/pdfs/manual\\_completo.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/pdfs/manual_completo.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

TEIXEIRA, N. Z. F; PEREIRA, W. R. Parto hospitalar: experiências de mulheres da periferia de Cuiabá-MT. **Rev. bras. enferm.** [online]. 2006, vol.59, n.6, p.740-744. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-71672006000600004&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672006000600004&lng=pt&tlng=pt)> . Acesso em 21 abr. 2017.

TORNQUIST, C. S. Armadilhas da nova era: natureza e maternidade no ideário da humanização do parto. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 2, jul. 2002. pp. 483-491. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n2/14972>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

WOLFF, L. R; WALDOW, V. R. Violência consentida: mulheres em trabalho de parto e parto. **Saúde soc.** [online]. 2008, vol.17, n.3, pp.138-151. ISSN 0104-1290. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902008000300014>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

## A INTERFERÊNCIA DA MÍDIA NO DIREITO DE PUNIR

Irineu de ALMEIDA JUNIOR<sup>51</sup>

### RESUMO

Busca-se analisar o modo em que a mídia interfere na opinião pública, ponto que é abordado de forma excepcional no filme O Quarto Poder (Mad City), demonstrando o grande poder que se tem nas mãos, podendo ser considerado como uma arma que dependendo do modo que é utilizada pode vir à condenação ou absolvição determinada pessoa, bastando uma mera mudança da perspectiva dos fatos. O presente artigo propõe realizar um breve analisar do modelo punitivo durante a história e os direitos inerente à atividade jornalística, bem como a influência da mídia no *ius puniendi*, e a legitimidade da intitulação de quarto poder do Estado. Por último e derradeiro busca-se estabelecer balizas ao direito à informação jornalística com fundamento em jurisprudência e doutrina.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mídia; Quarto Poder; Opinião pública; Direitos fundamentais;

### RESUMEN

El objetivo es analizar la forma en que los medios de comunicación interfieren de la opinión pública en el punto se aborda de una manera excepcional en la película de lo Cuarto Poder (Mad City), que muestra el gran poder que tiene en la mano, puede ser considerado como un arma dependiendo la forma en que se utiliza puede venir a la condena o absolución una persona, sólo un simple cambio de perspectiva de los hechos. En este artículo se propone realizar un breve análisis del modelo punitivo de la historia y los derechos inherentes a periodismo y la influencia de medios de comunicación en *ius puniendi*, y la legitimidad del derecho a la cuarta potencia de lo Estado. En última y definitiva busca establecer objetivos para el derecho a la información periodística sobre la base de la jurisprudencia y la doctrina.

**PALABRAS CLAVE:** Medios de comunicación; Cuarto poder; Opinión pública; Derechos fundamentales;

### INTRODUÇÃO

A mídia é todo meio de comunicação onde se armazena ou propala informações quase exclusivamente de caráter informativo, a qual contribui como uns dos principais meios de obtenção de informação dos seus telespectadores, por esta razão tem grande influência na opinião pública.

Destarte, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise do filme O Quarto Poder (Mad City), que tem como tema principal a atuação da mídia. Contando a história fictícia do repórter Max Brackett (Dustin Hoffman) que após seu chefe de redação manda-lo fazer uma reportagem no museu de história natura, este quando estava lá presencia a chegada de um segurança que foi demitido (John Travolta) armado com uma escopeta e dinamites, exige a

---

51 Discente do 7º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica CNPq/PIBIC. Membro do grupo de estudo e pesquisa “Direitos Humana, Cosmopolitismo e Internomatividade”. Monitor de Direito Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo Prudente. E-mail: Irineu.almeida.jr@hotmail.com.

administradora do museu sua readmissão na vaga de segurança. O filme é baseado nesta trama, demonstrando como a mídia interfere na opinião pública e pode influenciar para o desfecho da causa.

Por conseguinte, realiza-se uma breve análise histórica do direito de punir, observa-se que se realizavam verdadeiros espetáculos nas execuções das penas como na execução de Damiens narrada por Foucault, ou seja, desde dos primórdios pode-se enxergar que ser humano trata o *ius puniendi* como modo de entretenimento, como a mídia hodiernamente explora as notícias ligadas a criminalidade ao direito de punir.

Observa-se como a mídia vem chamando para si o poder mediador, moderador, chegando alguns doutrinadores a intitular a mídia como o quarto poder, o qual será verificado debatido quanto a sua legitimidade.

Neste diapasão analisa-se como a opinião pública pode interferir no direito de punir e nos direitos resguardados na Constituição Federal. Por esta razão busca-se saber como se comporta direitos inerentes a atividade jornalística frente aos outros direitos fundamentais e se existe alguma consequência jurídica.

As metodologias utilizadas no trabalho foram o método indutivo, dedutivo, análise e revisão de referencial bibliográfico teórico e análises de casos onde ocorreu interferência da mídia.

O presente trabalho será dividido em cinco partes. A primeira parte realiza-se uma breve análise evolutiva do direito de punir. Na segunda parte são levantados os principais direitos atinentes à atividade jornalística. No terceiro tomo analisa-se a legitimidade da assertiva de que a mídia constitui um quarto poder da República. A quarta parte aborda como a mídia acaba influenciando no direito de punir do Estado, onde também se realiza análise de casos. Na quarta e última parte são estabelecidos alguns limites e qual o modo os direitos atinentes à atividade jornalística comporta-se no confronto com outros direitos fundamentais.

## **1 BREVE ANÁLISE EVOLUTIVA DO MODELO PUNITIVO**

Asseveram alguns doutrinadores, que o primeiro direito a surgir foi o penal. Nesta fase não existia um Estado que impunha as sanções, mas no primórdio um direito de vingança privada, aplicados muitas vezes pelos familiares, clã ou tribo da vítima. Não ocorria uma proporcionalidade entre os meios e os fins.

Com a evolução da sociedade, passa basear o poder na crença religiosa deixando de ser uma vingança particular, passando a uma justiça divina. A sanção penal nesta época tinham natureza divina, onde na maioria das vezes os sacerdotes eram magistrados, aplicadores das leis

dos deuses. Baseado em um direito do grupo social (tribal) em aplicar uma sanção ao transgressor que violassem uma regra comportamental, com intuito de que restabelecer a proteção dos deuses. Como na fase vingança privada a justiça divina não guardava em seus preceitos a proporcionalidade.

Começa surgir na história da humanidade um proporcionalidade entre as sanções aplicada, conforme a lei de talião de “olho por olho, dente por dente”, podendo observar a proporcionalidade no Código de Hamurábi, da Babilônia - que segundo Teles (2004) é mais antigo texto legislativo – na Lei das XII Tábulas, entre outros na antiguidade texto pode-se contatar o início da aplicação da sanções por meio de uma certa proporcionalidade.

No Direito Penal romano é considerado a fase da vingança pública, entende a pena como meio de conservação do Estado, Ataliba Nogueira (1938, p.19-20), estabelece uma análise acerca do modelo punitivo romano,

nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela carrasco para o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos do circo, com os trabalhos forçados: ad molem, ad metallum, nas minas, nas lataniae, laturnae, lapicidinae (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (a interdictio aqua et igni tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda a sorte de castigos corporais.

Com a invasão da Europa pelos povos bárbaros, põe fim o período denominado da Antiguidade e iniciasse o período da Idade Média.

A lei penal na idade média tinha como objetivo provocar o medo coletivo, segundo Bitencourt (2013). A pena privativa de liberdade não existia, apenas tinha finalidade custodial aplicável aqueles que estavam esperando seu julgamento ou execução penas, que por hora eram repletas de suplícios.

Pode encontrar no período medieval dois modelos de prisão, a prisão de Estado e a prisão eclesiástica.

A Prisões do Estado eram concedida apenas para os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, ou os adversários políticos dos governantes. Sendo aplicada de duas formas, primeiro como prisão-custódia, e segunda forma como detenção temporária ou perpétua, ou ainda até receber o perdão. Por sua vez, as Prisões eclesiástica, destinadas aos clérigos rebeldes, o qual desobedeciam às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja. Recolhiam os considerados infratores em uma ala do mosteiro onde para que se arrependesse do mau causado e buscasse a redenção. Pode-se dizer que a prisões eclesiásticas eram mais humanas que as consideradas seculares, do Estado, porém é de impossível equiparação as prisões modernas.

O Direito Canônico contribuiu categoricamente para o surgimento das prisões modernas, principalmente no tocante a reforma do delinquente. Sendo utilizado de penitencia para a reforma do delinquente, da qual derivou para o vocábulo penitenciária que é hodiernamente utilizado para designar aonde os detentos encontram detidos em razão de medida cautela ou cumprimento de pena.

Ao análise do direito de punir desde de a Antiguidade até basicamente o século XVIII as penas eram corpóreas, tendo caráter de penas aflitivas, não existindo grande evolução quanto a política criminal em relação a humanização da pena. O corpo do condenado é que sofria a sanção penal, eram considerados shows de horrores, onde tinham pessoas que viam assistir a imposição da pena, como se fosse um entretenimento, como pode observar conforme a Michel Foucault (2012, p.9) ao expor como foi a execução de Damians que foi condenado em 2 de março de 1757,

a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das penas parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinza, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam feitos à tração/ de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande Praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: 'Meus Deus, tende piedade de mim; Jesus socorrei-me.

Observa-se com este relato o modo de imposições das penas que eram aplicadas desde a Antiguidade até, basicamente, o início do período do iluminismo no século XVIII, e constituíam verdadeiros espetáculos de horrores, onde havia pessoas assistindo a execução do condenado.

Com início do século das luzes, por intermédio de pensadores ao exemplo do italiano Cesare Beccaria, o qual em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, traz a sua época pensamentos reformadores da política do direito de punir, podendo afirmar conforme Foucault que as sanções penais passam a ferir a alma mais do que o corpo do condenado.

Ao término do século XVIII e início do século XIX ocorre implantação da pena na forma de detenção, Foucault (2012, p.217) diserte que em decorrência destes dois séculos “uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos seus membros e igualmente representada”. Impondo a pena privativa de liberdade como o principal modo de punir, pois é um castigo igualitário tendo a

mesma perda para todos, ou seja, perda da liberdade de ir e vir e ficar.

O modelo punitivo deixa de ver na privação da liberdade a modalidade custódia, começam a surgir pensadores defendendo as teorias absolutistas e as teorias relativas. Sendo atualmente adotada no ordenamento jurídico brasileiro a teoria mista que prevê reprovação social da conduta, bem como a prevenção para prática de novos crimes, ressocialização.

Sendo Estado o único detentor do direito de punir, devendo aplicar de forma justa respeitando sempre os parâmetros legais. Porém atualmente com os meios de comunicação os quais muitas vezes vem como detentores de um poder mediador das relações, se intitulam como fosse um quarto poder do Estado, por muitas vezes representar o clamor social, como consequência acabam por interferir no modelo punitivo estatal, transformando o fato criminoso em um espetáculo, como outrora era realizado nas execuções das penas como relatado por Foucault. Todavia a atividade jornalística tem direitos que garantem o seu exercício.

## **2 DIREITOS ATINENTES A ATIVIDADE JORNALÍSTICA**

Ao exercício da atividade jornalística verifica-se a ocorrência do fenômeno da concorrência de direitos fundamentais, o qual consiste no acúmulo em um indivíduo mais de um direito fundamental. Conforme Canotilho (1991) apud Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.33-34) “quer dizer: num mesmo titular podem acumular-se ou cruzar-se diversos direitos. Assim, por exemplo, o direito de expressão e informação (art.37) está ‘acumulado’ com a liberdade de imprensa (art.38) ”.

Ao realizar uma entrevista, uma reportagem, dentre outras atividades inerentes a atividade jornalística pode-se visualizar a concorrência do direito de liberdade de opinião, liberdade de expressão, liberdade de informação e de liberdade de comunicação. Os quais são independentes e diferentes entre si, fazendo por necessário uma análise de cada um deles.

### **2.1 Direito de Opinião**

É o direito através do qual o indivíduo realiza uma manifestação de pensamento, que segundo José Afonso (2013) constitui uma liberdade primária servindo de ponto de partida para as outras. Conforme o ilustre filósofo Immanuel Kant (ABBAGNANO, 1982, p 72) o pensamento é o conhecimento por conceitos “e os conceitos referem-se como predicados de juízos possíveis de algumas representações de um objeto ainda indeterminado”. Sendo o direito de opinião o direito de formular juízos, conceitos e convicções podendo exteriorizá-lo sem existir um modo de repressão.

O direito de opinião tem dois aspectos importantes quanto ao seu valor de acordo Celso

Ribeiro Bastos (2010, p.41)

esta liberdade apresenta dois aspectos quanto ao seu valor: o primeiro é chamado valor da indiferença. Nesse caso, a liberdade em pauta significa que a opinião não deve ser tomada em consideração. Confunde-se, nessa hipótese, com a noção de neutralidade, como ocorre do ângulo religioso como o estado laico.

Contrariamente, a liberdade de opinião pode significar que o fato de ter-se uma opinião implica o seu respeito. A liberdade aqui tem valor de exigência.

Do ponto de vista do direito constitucional positivo existem dispositivos que ora asseguram em nível genérico, ora buscam a neutralidade e outros que a liberdade tem valor de exigência.

Dentro dos dispositivos constitucionais que protege o direito de liberdade de opinião, pode citar dentre os mais importantes o inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual assegura a todos a proteção a livre manifestação de pensamento, vedando o anonimato, não sendo o único dispositivo consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, podendo citar o inciso VII do mesmo artigo 5º, o qual consagra a escusa de consciência. Pode observar que o inciso IV estabelece o direito de opinião de forma genérica, sendo que o inciso VII, por sua vez, estabelece de forma específica a proteção do direito de opinião.

Consagrado também na Magna Carta no artigo 37, *Caput*, como princípio vetor da administração pública o princípio da impessoalidade, sendo que embora e forma indireta deve respeitar todos conforme suas convicções pessoais, corroborando com entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello (1991), citado por Vidal Junior (2011, p. 39)

nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupo de qualquer espécie.

Dos ensinamentos de Celso Mello chega conclusão que implicitamente a norma quer garantir o dever de neutralidade do servidor público ao tratamento dos cidadãos, independente de crença, religião ou pensamento político.

Em defesa ainda do direito de opinião encontra-se consagrado no artigo 220, *Caput*, da Constituição Federal, assegurado o direito de opinião pelos meios de comunicação, preceituando que não sofrerá restrições, isto pode encontrar razão pelos motivos que anterior a Constituição Federal de 1988, o direito ficava suprimido sofrendo grande censura.

## 2.2 Direito de Expressão

Realizando uma análise progressiva, observa Vidal Junior (2011, p.40) que “ao lado dos juízos de valor de pensamento, existem outras formas de manifestação humana que, sem atilar para os conceitos, voltam-se para a exteriorização de sensações”, que pode ser através da

música, livros, filmes, jornais, entre outros meios indeterminados onde o ser humano exterioriza as suas sensações sem o emprego de um juízo de valor, formula um conceito ou uma convicção.

Consagrado na Constituição Federal no inciso IV, artigo 5º, o qual preceitua a liberdade manifestação de pensamento, vedando anonimato. Sendo vedado qualquer tipo de censura de expressão nos meios de comunicação, artigo 220, *Caput* e § 2º, ambos da Constituição Federal.

A grande razão do ordenamento jurídico brasileiro principalmente consagrado na Magna Carta a vedação de censura na liberdade de expressão, encontra requisitos por o país ter passado por um golpe militar em 1964, e o constituinte de 1988 com os olhos voltados para o passado tentou de uma forma blindar o direito de expressão proibindo qualquer tipo de censura. Tal assertiva não é no todo verdadeira, isto por via da excepcionalidade, quando verificado a ocorrência de abuso deste direito ele poderá sofrer censura através de sanção judicial.

### **2.3 Direito de Liberdade de Comunicação**

Conceituado pelo brilhantíssimo e renomado doutrinador José Afonso (2013, p.245) a liberdade de comunicação “consiste num conjunto de direitos, formas, processo e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”. É a transmissão de pensamento pelos meios de comunicação social, na qual pode-se vislumbrar o fenômeno da concorrência de direitos fundamentais.

Segundo Antônio Costella (1976, p.45) “o direito da comunicação é o conjunto das normas gerais e cogentes que regulam a existência e atuação dos meios de comunicação”. Sendo assim existe proteção ao direito de expressão, opinião e informação quando exercido o direito de comunicação através dos meios de comunicação, e também direitos ligado a regulamentação e proteção do funcionamento dos meios de comunicação.

Disciplinado na Constituição Federal o direito de comunicação sob a perspectiva jurídica subjetiva indivíduo encontra-se consagrada nos artigos 220, §§ 1º ao 4º, e 221, por sua vez, no viés da perspectiva orgânica os artigos 220 §§ 5º e 6º, 222, 223 e 234.

### **2.4 Direito de Informação**

Dentro do direito de informação, para atingir sua finalidade, deve-se contempla-lo por três viés, os quais são, direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado.

Direito de informar, assume em regra na Magna Carta a feição de permissão, sendo possível a toda e qualquer pessoa vincular informação, em qualquer que seja o veículo de informação. Destarte que conforme o artigo 220, *Caput*, da Constituição Federal não poderá sofrer nenhum tipo de restrição, ou seja, não poderá sofrer censura. Porém existe exceção no

caso do direito de resposta consagrado no artigo 5º, inciso V da Magna Carta, que conforme Vidal Junior assume feição positiva, se alguém tiver sua honra maculada, este terá em conta partida o direito de contrainformação, e entende-se que dependendo do modo que é vinculada a informação ao indivíduo, quem vinculou poderá sofrer sanção penal por um dos crimes tipificados no Código Penal ou nas legislações esparsas.

O direito de se informa, consiste no direito de quem quer recolher informações desejadas não ter tolhido este direito através interposições de obstáculos ou da simples negativa, sendo consagrado na Magna Carta remédios constitucionais e dentre eles o habeas data que é uma “ação que assegura o livre acesso de qualquer cidadão a informações a ele próprio relativas, constantes de registros, fichários ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (LIMA, 2005, p.228)

Direito de ser informado, é o direito através do qual o indivíduo mante-se informado, todavia entende-se que tem um caráter bilateral, sendo que de um lado tem o direito de informar e o outro direito de ser informado, sendo assim, a Constituição Federal não obrigou nenhum órgão privado a prestar informações, não havendo nenhum tipo de sanção se caso não o fizer. Destarte, seguinte entendimento não é absoluto, conforme Vidal Junior (2011), pois na Constituição Federal preleciona que os órgãos públicos têm o dever de informar, conforme artigo 5º, inciso XXXI, e artigo 37, sendo assim, o direito de informação fica relativo aos assuntos das atividades dos órgãos públicos

#### **2.4.1 Liberdade de informação jornalística**

A antiga denominação de direito à liberdade imprensa tornou obsoleta com a evolução principalmente no século XX quanto aos meios de comunicação, que deixou de ser unicamente difundida por jornais impressos. Foi feliz o constituinte ao empregar da denominação liberdade de informação jornalística que abarca qualquer veículo de comunicação social, seja ele veículo impresso ou de difusão sonora, de sons e imagens.

Através da atividade jornalística que se concentra o direito à liberdade de informar a coletividade, podendo ser expressar através da publicação de notícias ou da crítica jornalística. A notícia pode ser entendida como “toda nota, ou anotação, sobre fato ou pessoa”, conforme Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.54), quando não ocorre o emprego de valores, por sua vez, a crítica consiste no emprego de valores no fato noticiado, sendo intrinsecamente ligado ao direito de opinião.

O direito de informação jornalística não é apenas do dono da empresa, mas sim dos jornalistas também, ou seja, de toda e qualquer pessoa que informa de forma correta e imparcial,

conforme José Afonso (2013, p. 248-249), sendo vetado qualquer tipo de censura de natureza política, religiosa e artística conforme a Magna Carta em seu artigo 220, §§ 1º e 2º.

Hodiernamente a atividade jornalística concerne em um poderoso instrumento de formação da opinião pública amparada por garantias constitucionais inerentes ao exercício de sua atividade, adota-se a ideia que ela desempenha uma função social, de representatividade da vontade e pensamento popular, chegando alguns a denominar de quarto poder do Estado, conforme observa Albino Greco apud José Afonso (2013, p.249) e Rogério Greco (2016, p.72-74).

### **3 A MÍDIA COMO QUARTO PODER DA REPÚBLICA**

Surge em meio a evolução histórica da humanidade a mídia, a qual tem resquícios conforme Miranda (2007) no final da República Romana, por ordem do imperador Júlio César, sendo em formas de pergaminhos que relatavam as seções no Senado e alguns acontecimentos considerados importantes. Hodiernamente, a mídia tornou grandes proporções e encontra-se em vários veículos de comunicação como a televisão, rádio, jornal impresso e na internet.

Conforme as lições de Murilo César Soares (acessado em 10 mar. 2016) a

originalmente Fourth state (o quarto Estado), a expressão foi cunhada por Edmund Burke para referir-se ao poder político da imprensa na Inglaterra do século XVIII, ao lado dos três outros “estados”: os Lordes, a Igreja e os Comuns. Em português, usa-se a expressão quarto poder em analogia aos três poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário). Seus defensores, no século XIX, argumentavam que os jornais são “eleitos” diariamente pelos leitores, sendo uma instituição representativa que deveria ser aceita como parceira no processo de governança, como um ramo do governo com poder na confecção das leis.

Segundo Albuquerque apud Murilo César Soares (acessado em 10 mar. 2016) assevera que “a ideia de quarto poder tem, no Brasil, um significado bem diferente, peculiar, implicando um papel político mais ativo do jornalismo que o aproxima de um modelo caracteristicamente brasileiro de ‘poder moderador’”. A mídia surge como verdadeira mediadora das relações sócias, a qual demonstra a opinião pública, sendo por estas razões a mídia vem recebendo a denominação de quarto poder conforme as palavras de João Queiroz apud Mascarenhas (acessado em 19 fev. 2016)

a ‘comunicação social’ vem reclamando o papel e esta função mediadora e, em causa deste atributo, pretende ser um ‘cão de guarda’ (watchdog) dos interesses públicos e, nesta medida, simbolicamente, um ‘4º Poder’ social e público que vigia e controla os poderes legislativos, executivo e judicial.

Observa-se que a mídia constituída como quarto poder, chama para si mesmo, o poder de vigiar de fiscalizar os outros três poderes, o Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto o grande imbróglio é a sua legitimidade como um dos Poderes da República. Segundo o Artigo 2º,

parágrafo único, da Constituição Federal, todos poder emana do povo, sendo assim, se todo poder emana do povo, como pode um grupo de empresas privadas ser detentora deste poder, as quais visam lucros e não o bem social a coletividade, não constituem representantes eleitos pelo povo de forma legítima. É neste ponto a grande crítica da doutrina para o emprego desta denominação de mídia como o quarto poder.

Mesmo assim sem legitimidade, a mídia vem exercendo poderes exorbitantes sobre a ótica constitucional, através da manipulação de informação ou ocultações de certos fatos ocorridos, ou seja, realiza um filtro do que deve passar visando sempre um número maior de audiência, sem se preocupar se aquela visão sobre o fato ocorrido é a mais imparcial possível. Tal conduta, por conseguinte pode vir a absorver ou condenar alguém, mediante o interesse coletivo ou subjetivo, por influir na opinião pública.

#### **4 INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO JUS PUNIENDI**

Os meios de comunicações constitui um dos principais modos de absolvição de conhecimento, o qual pode ocorrer através da leitura, do rádio ou da televisão. As informações, as notificações são transmitidas aos seus telespectadores (dependendo do meio de comunicação) muitas vezes trazendo uma carga de valores pré-formulados, sendo assim, necessitaria que os telespectadores fizessem uma análise crítica dos fatos noticiados, porém observa-se que muitas vezes isto não ocorre, e como consequência as notícias passam a adquirindo quase que sempre status de verdade absoluto. Segundo Oacir Silva Mascarenhas (acessado em 19 fev. 2016) “a notícia aparece como o principal elemento de construção da realidade do indivíduo”, consequentemente torna-se um grande mecanismo de controle da opinião pública capaz de influenciar sobre a visão de mundo dos seus telespectadores.

A mídia buscando um maior índice de audiência vislumbrou no Direito Penal, nas notícias ligadas a criminalidade um grande atrativo para conquista de uma gama maior de telespectadores. Em decorrência observam-se os crescentes números de programas que possuem como tema principal a criminalidade, onde os jornalistas narram fatos e expõe opiniões as quais muitas vezes não são jurídicas, “normalmente, essas respostas apontam sempre para um aumento das penas já existentes, para criação de novos tipos penais, para a possibilidade de imprescritibilidade”, conforme Greco (2016, p.72).

Por este posicionamento da mídia é que se observa que a população em geral almeja o enrijecimento das penas, a criação de novos tipos penais, contempla nos direitos humanos como inimigo da sociedade que protege o criminoso enquanto a sociedade é a vítima, chegando à conclusão Rogério Greco (2016, p.73) que “essa mobilização constante e ininterrupta da mídia

conseguiu sacudir os alicerces do princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito aos direitos dos presos”, e também do suspeito ou acusado que está sendo investigado ou sofrendo ação penal. Deve repensar quanto ao valor atribuído a informação transmitida através dos meios de comunicação, principalmente em relação aos programas com abordagem mais sensacionalistas, pois influenciam um número indeterminado de pessoas que ao assistirem determinada reportagem pode chegar a uma visão errônea quanto ao assunto abordado.

Esta capacidade de influir em um número indeterminado de pessoas é o poder que os meios de comunicação tem, é o poder formador de opinião pública que conforme Ney apud Mendonça (acessado em 14 abr. 2016) consiste no “juízo coletivo adotado e exteriorizado no mesmo direcionamento por um grupo de pessoas com expressiva representatividade popular sobre algo de interesse geral”. Observa-se que muitas vezes a opinião pública manipulada pela mídia leva em certos casos a antecipação do julgamento, ferindo o princípio da não culpabilidade e o da personalidade consagrado na Constituição Federal no Art.5, inciso LVII, tal fenômeno pode ser observado principalmente nos casos emblemáticos de crimes contra a vida os quais são submetidos ao Tribunal do Júri. Para melhor exemplificação cabe fazer menção de dois casos reais emblemáticos e análise do caso do filme Mad City (o quarto poder) onde ocorreu interferência da mídia para o desfecho da causa.

#### **4.1 O Caso Nardoni**

O fato ocorrido no dia 28 de março de 2008, no Estado de São Paulo, onde o pai e a madrasta jogaram pela janela do sexto andar do prédio sua filha, a menina Isabella Nardoni, a qual veio falecer em decorrência da queda, foi um dos casos que gerou grande repercussão na mídia e comoção social nos últimos dez anos.

Ocorriam publicações na mídia quase que diariamente sobre o caso, chegou a ficar em pauta nos principais jornais há quase mais de um mês, onde eram trazidos novas provas e fatos acerca a prática do crime, como declarações de juristas e de peritos. Apesar de não chamarem Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá de culpados, todas as alegações demonstradas e colocadas para exibição ao público davam entender que antes mesmo do julgamento estes eram considerados culpados.

Em março de 2010 o pai e a madrasta da Isabela Nardoni foram considerados culpados pelo Tribunal do Júri, e condenados há 31 anos, 1 mês e 10 dias e 26 anos e 08 meses de prisão.

Observa-se que mesmo tendo sido considerados culpados ocorreu uma grande interferência da mídia para este desfecho, conforme Muniz Sodré (2010) apud Mendonça (acessado em 14 abr. 2016) diz que ocorre

falta de escutar vozes favoráveis [...]. Mídia não é, porém, tribunal do júri. Cabe-lhe expor os fatos e as diligências em curso, mas sem julgar, a despeito do que possa parecer evidente aos olhos de todos. Seria adequadamente jornalístico que se ouvissem as falas de membros das famílias dos acusados, como pai, irmão etc. Daí poderá surgir algo capaz de jogar alguma luz socialmente útil ao conhecimento das distorções perversas da consciência, daquilo que, no português quinhentista, se chamava de maleza.

A pena fixada pelo Juiz conforme salientado no jornal Folha de São Paulo (acessado 14 abr. 2016) chegou a este patamar em razão da culpabilidade do casal e da frieza emocional e insensibilidade acentuada, pontos que foram explorados abundantemente pela mídia. Pode-se chegar à conclusão que queria ou não de uma forma ou de outra a midiaticização sobre o caso influenciou de uma forma ou de outra para a exasperação da pena cominada a Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá.

#### **4.2 Caso da Escola de Base de São Paulo**

Ocorrido no ano de 1994 na zona sul na cidade de São Paulo foi um caso que teve grande repercussão nacional decorrente a suspeita de estar ocorrendo abuso de menores e até estupro na dependência desta escola, como também levavam as crianças para outros locais para tirarem fotos e abusarem.

Foi deflagrado um inquérito policial para investigar o fato, e foi decretada a temporária de todos suspeitos com base a ser imprescindível à investigação do inquérito policial. A mídia baseada nas provas que eram depoimentos das crianças e de alguns pais que relatavam que suspeitavam de algo e na posição tomada pelo Delegado, transmitiu em rede nacional o caso gerando uma grande comoção e revolta da sociedade em geral.

Por ser um fato que havia relação com abuso de criança e gerando grande comoção a nível nacional, certas pessoas viram no direito de poder fazer justiça com as próprias mãos, como consequência depredaram a casa onde era localizada a escola, furtaram alguma das casas dos funcionários.

Todavia ao término do prazo da temporária todos os suspeitos foram soltos, por conseguinte foi arquivado o inquérito por falta de elementos probatórios, sendo apurado que os suspeitos não haviam praticado os fatos que foram afirmados pelo Delegado e retransmitido pela mídia em primeiro momento se escutar a parte contrária às vítimas.

Os supostos suspeitos os quais tiveram o inquérito arquivado por falta de elementos probatórios, não sofreram uma sanção de natureza penal por parte do Estado, mas sim por parte da sociedade voltada a uma das primeiras formas de aplicação do direito de punir que é a vingança privada. As consequências na vida destes supostos suspeitos foram imensuráveis, os quais tiveram suas vidas reviradas da noite para o dia, em razão das declarações do Delegado e

da mídia em geral, a qual apenas deu foco na acusação e em entrevistas que corroboravam para tal entendimento não abrindo espaço para defesa.

Este é uns dos casos mais emblemáticos em que a mídia após transmitir uma matéria gerou grande comoção nacional, influenciando na opinião pública e conseqüentemente condenando previamente aqueles suspeitos que tiveram suas vidas devastadas por uma investigação infundada. Consiste em um grande exemplo que atividade jornalista deve ser imparcial sem a ocorrência do sensacionalismo, pois o poder que tem nas mãos pode via a influir em uma sanção penal como também gerar no seio da social a cede de justiça, a justiça feita com as próprias mãos, a qual consiste em um grande retrocesso e incompatibilidade com ordenamento jurídico brasileiro, onde o Estado é o único detentor do direito de punir.

#### **4.3 Caso do Filme Mad City**

O filme conta a história de um ex-segurança de um museu chamado Sam Baily (John Travolta) que adentrou ao museu armado com uma escopeta e dinamites, com desejo de que a administradora do museu a qual o demitiu ficasse intimidada e escutasse ele e quem sabe o recontrataria novamente, mas sem querer a arma dispara e fere um ex-companheiro de serviço de raça negra, e faz refém a administradora e as crianças que se encontravam no museu. Em meio a isto tudo o jornalista Max Brackett (Dustin Hoffman) que se encontrava também no museu vislumbrou naquele fato uma grande matéria jornalística e começou a fazer a cobertura sobre o fato.

A retratação do modo como a mídia atua foi abordado de forma excepcional no filme, o repórter Max Brackett (Dustin Hoffman) ao realizar a matéria demonstra que o sequestrador não quis atirar mais que foi um erro e aquele que foi ferido era seu amigo, que é uma vítima da própria sociedade que se encontra desempregado, que tem uma família para sustentar, neste primeiro momento observa-se que a mídia consegue colocar opinião pública a favorável de Sam Baily (John Travolta) o sequestrador.

Por outro lado, por pressão da polícia que queria invadir o local esta estava insatisfeita com a posição que foi tomada pela mídia de vitimizar o sequestrado, sendo assim, eles chama o ancora do jornal para fazer a cobertura dos fatos o jornalista Kevin Hollandero o qual sencionaliza o evento através de montagens e mudança da perspectiva de como é observado o fato. Como consequência imediata a opinião pública inverte em relação a aquela primeiramente apresentada, esta mudança representada no filme de forma realista, demonstra como a opinião pública é volátil, sendo que um momento antes era favorável a Sam Baily o sequestrador e um em momento depois esta é invertida, agora a mídia colocando como um monstro.

Neste caso fictício narrado através do filme *Mad City* (o quarto poder) a mídia teve uma grande contribuição para o seu desfecho final, uma vez que após esta mudança repentina da opinião pública que uma hora pedia a inocência do sequestrado outra hora pedia sua condenação, afetou o Sam Baily o qual não suportou tudo isto e acabou se suicidando após libertar todo mundo. E o filme acaba com uma frase do jornalista Max Brackett (Dustin Hoffman) dizendo quem foi o culpado pela morte de Sam Baily foi a própria mídia, a opinião pública que o condenou.

Observa-se que os meios de comunicação são utilizados como mecanismo de controle da opinião pública, a qual é volátil a sugestividade, tal comportamento muitas vezes acaba por influenciar no direito de punir do Estado condenando de forma precipitada ou influência no quantum da pena, como observado nos casos aplainados, isto em razão de muitas vezes apenas transmitir um lado da moeda.

## **5 LIMITES CRÍTICA JORNALÍSTICA**

O direito de informação jornalística pode exteriorizar-se através da notícia ou crítica jornalística. Conforme se abordou a crítica jornalística ocorre quando os fatos noticiados sofre algum tipo de valoração.

Após estabelecido esta premissa, conforme Vida Serrano Nunes Junior (2011, p.91) conceituado crítica jornalística expressa que

primeiramente, é preciso que diga que o sentido da crítica não é necessariamente pejorativo, ou negativo. Ao contrário, a crítica tem sentido de juízo formulado sobre um objeto. Dessa maneira, pode ser favorável ou desfavorável ao objeto abordado. A crítica jornalística é, portanto, o juízo de valor que, impregnado à notícia ou recaindo separadamente sobre ela, formaliza um conceito, positivo ou negativo, acerca de um fato ou opinião.

Deste conceito observa-se que a crítica ela tem caráter subjetivo, onde o jornalista pode tecer um comentário favorável ou contrario a determinado fato, pessoa ou coisa, consistindo em uma maneira de exercício do direito de opinião com viés mais afunilado. Observa-se que ao exercício da atividade jornalística o fenômeno da concorrência de direitos fundamentais, pois ao expressar uma opinião crítica o jornalista está amparado pelo direito de opinião e o direito de liberdade de comunicação, mais especificamente o direito de informação jornalística.

A grande divergência que existe na doutrina, é quanto à possibilidade ou não dos direitos atinentes ao exercício da atividade jornalística sofrerem algum tipo de limitação, e quanto ao tema existem três correntes doutrinárias, conforme Xavier O'Callaghan apud Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.116-122).

A primeira corrente recebe denominação de regime da exclusão, irradia que os direitos

da personalidade são predominantes ante o direito de informação jornalística, sendo que em nenhuma hipótese este poderá ser violado.

De acordo com a segunda corrente que doutrina pela necessidade de ponderação dos direitos fundamentais, ou seja, consiste em sopesação dos direitos em conflito onde um ponderará sobre o outro conforme a situação fática. Conforme salientado por J. Ignacio Núñez Leiva (acessado em 20 abr. 2016), “Robert Alexy propone un modelo general justificativo de la satisfacción de los derechos fundamentales sociales basado en dos pilares: la ponderación y la superación de la falsa dicotomía libertad-igualdad.” Consiste em uma técnica de julgamento que pode ser empregado em caso de conflito de direitos fundamentais devendo usar esta técnica de julgamento observando a adequação, necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.

Na terceira corrente a da concorrência normativa, aduz que poderá haver limitação dos direitos fundamentais, porem conforme Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.118) “fixa o direito de crítica (de informação, de opinião e de expressão) como preferencial face aos demais direitos.” Tendo como fundamento que direito a crítica consiste em um pressuposto para o estado democrático de direito, assevera Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.118-119) “constitui em um verdadeiro alicerce da instituição opinião pública, o que, evidentemente, reveste tal direito de caráter especial, prevalente em relação aos demais direitos fundamentais que, em determinadas situações, possam com ele se antagonizar”. Esta corrente não doutrina pela inviolabilidade absoluta do direito a crítica, mas sim pela realização de uma ponderação de direitos fundamentais e caso de um lado tenha o direito a crítica jornalista deve-se dar preferência em decorrência do interesse público, a crítica deve ser objetiva observada a boa-fé e o interesse da coletividade, não podendo ser empregada com má-fé tecendo comentário que não observam o interesse coletivo, ao exemplo não pode-se ridicularizar um adversário político ou um inimigo pessoal. Sendo assim nos casos onde haja emprego de má-fé não estará amparado pelo direito de crítica, pois constitui mais um insulto do que crítica jornalística, podendo vir a configurar em certos casos crime contra a honra em alguns casos.

Entende-se por melhor a segunda corrente da ponderação dos direitos fundamentais, conforme Jairo José Gênova (acessado em 21 abr. 2016) “o conflito entre a liberdade de manifestação e a honra ou outro bem constitucionalmente protegido deve ser resolvido com base no princípio da ponderação de bens”, ocorrendo neste caso à censura judicial através da ponderação de valores. Não podendo defender a tese que o direito de personalidade preponderará sempre ao direito de informação jornalística, pois chegaria ao ponto de proibir a divulgação de imagens ao exemplo de um criminoso por causa da violação do direito de personalidade mais especificamente o direito a imagem, isto incidiria no caso de invocar uma

proteção constitucional para a efetivação da prática de um fato delituoso, tal entendimento é incompatível na ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Também não se pode defender a terceira corrente onde ocorre a preferência em caso de ponderação de direito a informação jornalística no que tange a crítica com alicerce no interesse público, uma vez que se deve analisar caso a caso sendo que em alguns casos poderá ter interesse público, mas este não ponderará sobre o direito da personalidade.

Neste diapasão tem entendido STJ que uso do sensacionalismo deve ser tolhido dos meios de comunicação, visando também à defesa dos direitos de personalidade como também outros direitos fundamentais conflitantes, conforme publicado no site CONJUR (acessado em 21 abr. 2016) “para a Justiça não ocorreu, no caso, qualquer ato de censura, mas sim de atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Tal entendimento jurisprudencial corrobora para os defensores da segunda tese quanto à ponderação do direito de informação jornalista (crítica) frente a outros direitos fundamentais. Carla Gomes de Mello (acessado em 21 abr. 2016) ressalva que se deve “preservar o direito de o cidadão presumir-se inocente, não se deixando influenciar pela opinião midiática”, o que pode vir a gerar uma condenação previa ou até mesmo um sentimento de vingança privada por parte de alguns cidadãos, como no filme *Mad City* (o quarto poder) onde no final do filme Sam Baily acabou se suicidando por pressão da mídia que colocou a opinião pública que era favorável contra ele.

## **CONCLUSÃO**

Ante todos exposto, o presente trabalho se propôs a realizar uma análise jurídica do filme *O Quarto Poder* (*Mad City*), o qual demonstra a grande capacidade que os meios de comunicação têm em suas mãos para influenciar na opinião pública e conseqüentemente no direito de punir do Estado.

Assim, buscou-se fazer uma breve introdução histórica do direito de punir até os dias que correm, onde observa-se como no filme uma participação ativa da mídia que dependendo do posicionamento que tomar gera grande consequência para o desfecho final dos fatos transmitidos. Estabeleceu os principais direitos que asseguram o exercício da atividade jornalística, em seguida discorreu sobre a intitulação da mídia como o quarto poder, que após análise conclui-se pela sua ilegitimidade em decorrência de não estar aparado pela Constituição Federal para atuar como este poder moderador, que fiscaliza os outros três poderes.

Ao analisar casos já ocorridos, verificou-se nitidamente o poder da mídia de influir no direito de punir do Estado, podendo destacar quatro formas de interferência no desfecho final do caso:

Primeira forma: influenciando na pena fixada para o seu cumprimento decorrente o grande clamor social, podendo ter aumentado a pena ao exemplo no primeiro momento do sistema trifásico do cálculo da pena por ter circunstâncias judiciais desfavoráveis;

Segunda forma: no caso de Tribunal do Júri, muitas vezes em decorrência da matéria trazidas nos jornais e as quais assistidas pelos jurados, dependendo do ponto de vista desta matéria, pode ser que influa no jurado que ao vir de sua casa já tenham sua convicção formada para condenar ou absolver o réu;

Terceira forma: estimular a vingança privada, ou seja, muitas matérias de cunho sensacionalista ou as que passam apenas uma perspectiva do fato estimulam o seus telespectadores a uma cede de justiça de vingança realizada com as próprias mãos, tal posicionamento da mídia temerário, por conseguinte o único *ius puniendi* é o Estado, ao exemplo o caso da escola de base onde a Rede Globo foi obrigada indenizar pela matéria que passada;

Quarta forma: pela natureza que o fato é narrado não é raro às vezes em que venha gerar no suspeito ou acusado um sentimento de culpabilidade extrema, pois já vislumbra uma condenação prévia, sendo assim muitas vezes agravado de um transtorno psicológico este busca a solução no suicídio, desse modo não vê saída ao não ser tolher a própria vida, ao exemplo do ocorrido no final do filme quarto poder.

Neste diapasão conclui-se que devam ser estabelecidos certos limites à atividade jornalística, escutando também vozes favores e tendo sempre uma posição de imparcialidade, uma vez em que o seu exercício muitas vezes esbaram em outros direitos fundamentais com o direito a personalidade e o princípio da não culpabilidade, sendo assim para evitar interferência do direito de punir do Estado propõe que seja usado do postulado da proporcionalidade que constitui uma técnica de julgamento, devendo ser analisado caso a caso, podendo até em alguns casos sofrer a chama censura judicial.

Chega-se a conclusão que os meios de comunicações constituem um mecanismo utilizado para o exercício da democracia, a qual no Brasil passou por grande período censura na época da ditatorial, mas mesmo hodiernamente em um Estado Democrático de direito não constitui uma atividade ilimitada ou incensurável, pois se o fosse geraria a grande violação de direitos.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982

ÁVILLA, Mariana Araújo Cappello. **Relação entre direito de informação e direitos da**

**personalidade.** Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/mariana-araujo-cappello-avilla.pdf>>. Acessado: em 20 fev. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTELLA, Antonio. **Direito da comunicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.  
**( FALTA CITAÇÃO DA PAGINA)**

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro : Vozes, 2012.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Os limites à liberdade de informação jornalística em face dos direitos da personalidade, à luz do direito brasileiro e da jurisprudência estrangeira.** Dourado, Mato Grosso do Sul: Revista Jurídica UNIGRAN, 2006. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/15/artigos/10.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/10.pdf)>. Acessado em: 19/02/2016.

GÊNOVA, Jairo José. **A imprensa e a censura.** Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10448#\\_ftn17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10448#_ftn17)>. Acessado: em 21 abr. 2016.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LEIVA, J. Ignacio Núñez. **Estado constitucional db derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales.** Bogotá, Colômbia: Vniversitas, 2014. Disponível em: < [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-90602014000100006](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602014000100006)>. Acessado: em 20 abr. 2016.

MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8727&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8727&revista_caderno=3)>. Acessado: em 19 fev. 2016.

MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência.** Londrina, Paraná: Revista de Direito Público, 2010. Disponível em: < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/7381/6511>>. Acessado: em 21 abr. 2016.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **A (má) influência da mídia nas decisões pelo tribunal do júri.** Rio Grande do Sul: UFSM, 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-6.pdf>>. Acessado: em 14 abr. 2016.

MIRANDA, Gustavo Lima de. **A história da evolução da mídia no Brasil e no mundo.** Brasília: UniCEUB, 2007. Disponível em: < <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1265/2/20266495.pdf>>. Acessado: em 10

mar. 2016.

MONTEIRO, André. NEVES, Fernanda Pereira. Casal Nardoni é condenado pela morte da menina Isabella. Folha de S. Paulo, São Paulo, 27 mar. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2010/03/712825-casal-nardoni-e-condenado-pela-morte-da-menina-isabella.shtml>>. Acessado: em 14 abr.2016.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Murilo César. **Parte II: Democracia e jornalismo**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/kgsw8/pdf/soares-9788579830181-06.pdf>>. Acessado: em 10 mar. 2016.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. Dignidade humana: Ratinho está proibido de exibir cenas de agressões físicas. **ConJur**, 20 set. 2007. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-set-20/ratinho\\_proibido\\_exibir\\_cenas\\_agressoes#top](http://www.conjur.com.br/2007-set-20/ratinho_proibido_exibir_cenas_agressoes#top)>. Acessado: em 21 abr. 2016.