

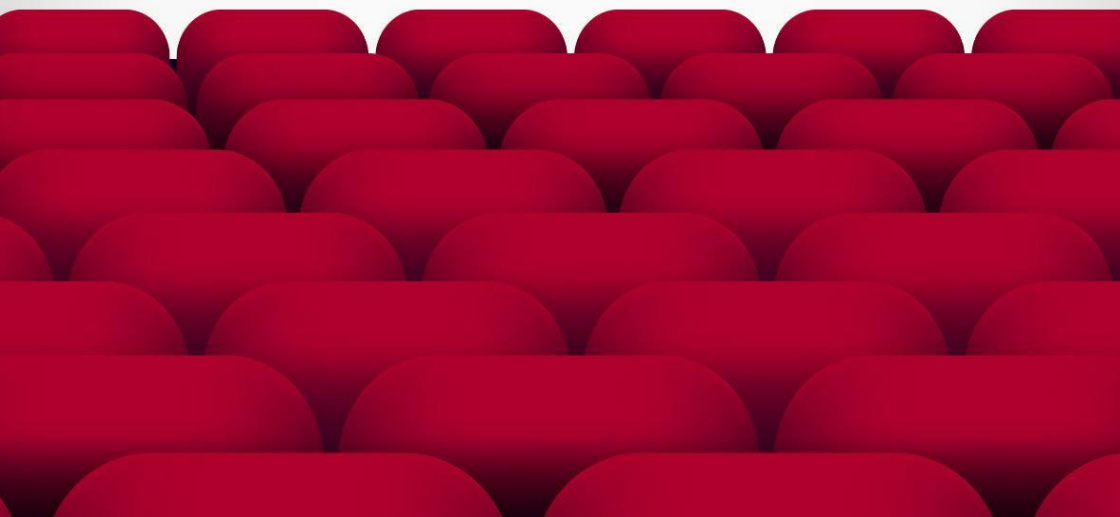


**PROJURIS**  
ESTUDOS JURÍDICOS

A P R E S E N T A M:

**DIREITO E**  
*Cinema*  
E M D E B A T E

RENATO BERNARDI MAURICIO GONÇALVES SALIBA  
CARLA BERTONCINI GUSTAVO HENRIQUE PASCHOAL (ORGS)



Renato Bernardi  
Mauricio Gonçalves Saliba  
Carla Bertoncini  
Gustavo Henrique Paschoal  
(Orgs.)

# DIREITO E CINEMA EM DEBATE



Copyright do texto © 2015 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP  
**Anais do I Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate**  
Renato Bernardi; Mauricio Gonçalves Saliba; Carla Bertoncini & Gustavo Henrique Paschoal (Orgs.)  
Fernando de Brito Alves (Editor)

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

**Comissão Científica**  
Adriano Aranhã - FIO  
Gustavo Henrique Paschoal - FAESO  
Dercy Vara Neto - OAPEC  
Sérgio Tibiriçá Amaral - TOLEDO - Presidente Prudente  
Diomar Francisco Mazzutti - UNOPAR  
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior - UNIVEM  
Lucyellen Roberta Dias Garcia - UENP  
Ronny Carvalho da Silva - FEATI

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

---

Direito e Cinema em Debate / Renato Bernardi; Mauricio Gonçalves Saliba; Carla Bertoncini & Gustavo Henrique Paschoal, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2015. (Anais do I Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate)

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-85-62288-21-0

1. Direito e Cinema em Debate. I. Bernardi, Renato. II. Saliba, Mauricio Gonçalves. III. Bertoncini, Carla. IV. Paschoal, Gustavo Henrique.

CDU-34

---

**Índice para catálogo sistemático**

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

34

---

As idéias 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.

**APOIO:**



**FUNDAÇÃO  
ARAUCÁRIA**

**Apoio ao Desenvolvimento Científico  
e Tecnológico do Paraná**

## Sumário

|                                                                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IDEOLOGIA E DESENHOS ANIMADOS: UMA ANÁLISE DO FILME “O REI LEÃO” NA PERSPECTIVA DE “O PRÍNCIPE”, DE NICOLAU MAQUIAVEL<br><i>Árife Amaral Melo</i>                                                                      | 6   |
| AS EMOÇÕES NA SALA DE AULA E O CINEMA COMO INSTRUMENTO PEDAGÓGICO EFICIENTE NO ENSINO JURÍDICO: ANÁLISE DO FILME PRECIOSA: UMA HISTÓRIA DE ESPERANÇA<br><i>Mariana Amaro Theodoro</i>                                  | 15  |
| DIREITO EM TELA: REFLEXÕES SOBRE A DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COM BASE NA OBRA CINEMATOGRAFICA O APEDREJAMENTO DE SORAYA M.<br><i>Sergio Leandro Carmo Dobarro</i><br><i>André Villaverde</i>           | 29  |
| FILME RETRATOS DA VIDA: O RECONHECIMENTO DO GENOCÍDIO COMO CRIME CONTRA HUMANIDADE APÓS A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL<br><i>Aline Aparecida Novais Silva Lima</i><br><i>Sérgio Tibiriçá Amaral</i>                          | 44  |
| O APEDREJAMENTO DE SORAYA M. NO CALEIDOSCÓPIO JURÍDICO<br><i>Diego Nassif da Silva</i>                                                                                                                                 | 57  |
| REVISÃO CRÍTICA DOS NOVOS PARADIGMAS DOS DIREITOS DAS MULHERES NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS<br><i>Daniel Colnago Rodrigues</i><br><i>João Angelo Barbosa Lima</i><br><i>Sérgio Tibiriçá do Amaral</i> | 75  |
| O QUE O APEDREJAMENTO DE SORAYA M. ENSINA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL: O PROBLEMA DA SUBORDINAÇÃO E O ESVAZIAMENTO DA LEI<br><i>Raquel De Naday Di Creddo</i><br><i>Ana Paula Conde Bogo</i>           | 90  |
| ESTAMIRA: NECESSIDADE DE RECICLAGEM DA MENTE HUMANA, PARA UMA MELHOR EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SOCIAL<br><i>Francislaine de Almeida Coimbra Strasser</i><br><i>Marcela Almendros</i>                                        | 110 |

|                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A (RE) INTEGRAÇÃO DE ADOLESCENTES INFRATORES: PERCEPÇÕES A PARTIR DO FILME JUÍZO<br><i>Ana Paula Meda</i><br><i>Bruna Imazu</i> | 128 |
| JUÍZO E MAIORIDADE PENAL<br><i>Ana Flávia Damasceno Silva</i><br><i>Patrícia Naomi Asakura</i>                                                                                       | 146 |
| A DEFESA (PÓSTUMA) DE JOÃO DE SANTO CRISTO: SANTO PORQUE SABIA MORRER<br><i>Geraldo Rodrigues da Silva Neto</i><br><i>Hugo Pires</i>                                                 | 168 |
| ANÁLISE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS<br><i>Renato Tinti Herbella</i>                                                                                   | 186 |
| DOSIMETRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL<br><i>Deucyr João Breitenbach</i>                                                                                | 200 |
| GRANDE SERTÃO: ENTRE VEREDAS E DIREITO<br><i>Geraldo Rodrigues da Silva Neto</i><br><i>Hugo Pires</i>                                                                                | 223 |
| HOTEL RUANDA: VARIAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS, EXCEÇÃO E BIO-POLÍTICA<br><i>Caio Henrique Lopes Ramiro</i>                                                                          | 237 |
| O DIREITO PENAL MÁXIMO SOB ENFOQUE CRÍTICO<br><i>Guilherme Alcântara</i>                                                                                                             | 262 |
| SERIAL KILLERS E CINEMA: A REPRESENTAÇÃO DO ASSASSINO EM SÉRIE NAS OBRAS CINEMATOGRAFICAS E SUA INFLUÊNCIA NO IMAGINÁRIO SOCIAL<br><i>Jacqueline Dandara Tamais</i>                  | 284 |
| SISTEMA CARCERÁRIO E A ESTIGMATIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO<br><i>Felipe Souza Rodrigues</i>                                                                                         | 307 |

|                                                                                                                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SISTEMA PENAL REPRESSIVO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS FINALIDADES SOCIAIS DO ESTADO COMO FATOR INIBIDOR DA PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS<br><i>Vanessa Rui Fávero</i>                                                                   | 320 |
| “MAR ADENTRO” E O PROBLEMA DA MORTE DIGNA: UMA ABORDAGEM DWORKIANA DA TERMINALIDADE DA VIDA<br><i>Renê Chiquetti Rodrigues</i><br><i>Benedicto de Souza Mello Neto</i>                                                         | 336 |
| A TORTURA NA PROIBIÇÃO DA EUTANÁSIA: PELA REVISITAÇÃO DA TEORIA DA NORMA<br><i>Mariana Rolemberg Notário</i><br><i>Wilton Boigues Corbalan Tebar</i>                                                                           | 356 |
| DIREITO À MORTE DIGNA À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE<br><i>Caio Cesar Prado Gomes</i><br><i>Gabriela Lopes Cirelli</i>                                                                                             | 374 |
| “MAR ADENTRO”: UMA ANÁLISE QUANTO AO DIREITO À MORTE DIGNA E SUAS IMPLICAÇÕES NO MUNDO JURÍDICO<br><i>Danielle Regina Bartelli Vicentini</i><br><i>Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo</i>                               | 393 |
| SAÍDA DE EMERGÊNCIA: A HUMANIZAÇÃO DA MORTE COMO DIREITO DE ESCOLHA DO INDIVÍDUO EM DETRIMENTO DO SUPREMO DIREITO À VIDA<br><i>Letícia Sarto</i><br><i>Marina Marques de Sá Souza</i><br><i>Clodomiro José Bannwart Júnior</i> | 410 |

# **IDEOLOGIA E DESENHOS ANIMADOS: UMA ANÁLISE DO FILME “O REI LEÃO” NA PERSPECTIVA DE “O PRÍNCIPE”, DE NICOLAU MAQUIAVEL**

Como citar esse artigo:

Árife Amaral Melo

MELO, Árife Amaral.  
Ideologia e desenhos  
animados: uma análise  
do filme “O rei leão”  
na perspectiva de “O  
príncipe”, de Nicolau  
Maquiavel, in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

## **RESUMO**

O presente artigo é resultado do trabalho desenvolvido no Instituto Federal do Paraná - campus Jacarezinho, denominado *Cinema e Sociedade: reflexões éticas*, que é um grupo de estudos formado por alunos do Ensino Médio voltado ao desenvolvimento de análises fílmicas, associando diversas obras cinematográficas com temas relacionados à área de humanidades. Durante essas atividades, diversos filmes foram analisados, dentre eles o desenho animado *O Rei Leão*, dos Estúdios Disney. Vinte anos depois, o filme de animação ainda pode ser relevante sob a ótica da Ciência Política, principalmente no que tange a alguns aspectos importantes do pensamento clássico, particularmente em Maquiavel.

**Palavras-chave:** desenho animado; ciência política; análise fílmica;

## **RESUMEN**

Este artículo es el resultado del labor desarrollado en Instituto Federal de Paraná - campus Jacarezinho, llamado Cine y sociedad: reflexiones éticas, que es un grupo de estudio formado por los estudiantes de secundaria y se centró en el desarrollo de análisis fílmico, que involucra varias películas con temas relacionados con las humanidades. Durante estas actividades, se analizaron varias películas, entre ellas la de dibujos animados El Rey León, de Disney Studios. Veinte años después, la película de animación aún puede ser relevante desde la perspectiva de la ciencia política, sobre todo en lo que se refiere a algunos aspectos importantes del pensamiento clásico, sobre todo en Maquiavelo.

**Palabras-clave:** diseño animado; ciencia política; análisis de la película.

**Biografia do autor:**  
Professor de  
Sociologia do Instituto  
Federal do Paraná –  
Campus Jacarezinho.  
Mestre em Ciências  
Sociais pela UNESP e  
Doutorando em  
Ciências Sociais pela  
mesma instituição.

## INTRODUÇÃO

Estabelecer um imaginário por meio linguagens cinematográficas não é uma tarefa difícil em tempos de desenvolvimento de uma mídia cada vez mais capaz de estabelecer padrões de conduta e situações alienantes. Todavia, é possível utilizar-se desses meios que *a priori* teriam um objetivo nefasto de obnubilar o olhar crítico para promover justamente o seu oposto: mostrar, pela via do aprofundamento teórico, que determinados elementos da cultura de massa podem ser úteis no processo de compreensão da realidade, transcendendo o aspecto artístico e observando suas nuances moralizadoras. Pautado nessa meta, o presente artigo visa proporcionar uma observação capaz de associar os principais *topos* difundidos pelo filme “*O Rei Leão*” à luz da teoria maquiaveliana.

O filme *O Rei Leão* (The Lion King) é o 32º longa-metragem animado produzido pela Walt Disney Pictures. Foi dirigido por Roger Allers e Rob Minkoff. Conta a saga de uma floresta governada por um leão-rei chamado Mufasa, que está educando seu filho Simba para sucedê-lo no trono. Porém, o rei é assassinado pelo seu próprio irmão, Scar. Com medo, Simba foge para um lugar distante, onde vive uma vida descompromissada e feliz com seus amigos Timão e Pumba, até que reencontra sua melhor amiga de infância, Nala, que o convence a voltar e reivindicar o trono, pois o tio governa de maneira desastrosa e sobretudo tirânica, em conjunto com as hienas, que até então eram os animais mais execrados daquela selva. Apesar de não desejar a vingança (por ignorar que foi o tio o responsável pela morte de seu pai) Simba entra em conflito com suas convicções, na dúvida entre deixar sua vida tranquila longe das terras do reino ou lutar contra o próprio tio para reaver seu lugar “por direito”. O reino está prestes a sucumbir diante da fome e da miséria instauradas, e somente Simba poderia resolver o problema, pois carregaria consigo a bondade e capacidade de governar de seu pai. Voltando para o reino, coloca as leões para lutar contra as hienas e derrota seu tio Scar que morre sendo devorado pelas hienas, que até então o haviam apoiado, mas foram traídas quando o fratricida se viu encurralado pelo sobrinho. Simba retoma o trono e se torna um rei respeitado e admirado. A selva volta a ter vida, e tudo volta ao normal, culminando no nascimento da filha de Simba e Nala: Kiara, num típico final no estilo “felizes para sempre”.

O enredo desse desenho animado é passível de servir de parâmetro comparativo com o pensamento maquiaveliano, sobretudo sob a luz da obra mais importante de Maquiavel e que inaugura a Ciência Política moderna: “O Príncipe”. Nesse sentido, vale ressaltar previamente alguns aspectos importantes da teoria política maquiaveliana nessa obra cuja controvérsia ainda é latente nos dias atuais, nos quais ainda incorrem erros conceituais que associam Maquiavel ao termo *maquiavélico*. Publicado em 1513, a obra é um tratado sobre quais os aspectos mais importantes que um príncipe, à frente de seu reino, deve considerar para conquistar,



mas principalmente, manter-se no poder. Esse viés foi suficiente para colocá-lo numa lista de autores “proibidos”. Para Maria Tereza Sadek (2006, p. 14), não seria a intenção do autor florentino fazer de seu livro um mapa para governos tirânicos, pois a contraface da versão expressa no “autor maldito” responsabilizado por massacres e toda sorte de sordidez – não há tirano que não tenha sido visto como inspirado por Maquiavel – é sua reabilitação. (...) Nesta interpretação sustenta-se enfaticamente que Maquiavel discorreu sobre a liberdade, ao oferecer preciosos conselhos para sua conquista ou salvaguarda. Rousseau, por exemplo, opondo-se aos intérpretes “superficiais ou corrompidos” do autor florentino, que o qualificaram como mestre da tirania e da perversidade, afirma: “Maquiavel, fingindo dar lições aos Príncipes, deu grandes lições ao povo” (*Do contrato Social, livro 3 cap. IV*)

Segundo Maquiavel, o príncipe deve possuir duas características essenciais para alcançar esse feito: *fortuna* e *virtú*. A *fortuna* é comparada à deusa romana da sorte, que para ser conquistada, deve aquele que a almeja, ser dono de qualidades especiais, de *virtude*. Isso porque é uma deusa temperamental, e como símbolo da sorte, pode fazer com que as metas do conquistador sejam facilitadas ou atravancadas. A *virtú*, por sua vez, não reside na moral cristã pautada na bondade desmedida e na compaixão, mas sim na habilidade do líder em saber se adaptar aos conflitos e dificuldades que porventura venham a abalar sua liderança. Partindo desse princípio, é possível elencar diversas passagens da obra desse pensador florentino e aplica-las na interpretação do filme da Disney aqui elencado.

## O LEÃO E O REI: PERSPECTIVAS SIMBÓLICAS

Na cena de abertura, observa-se um alvorecer numa selva africana, e todo o esplendor de uma fauna e flora local que numa silenciosa dinâmica caminham em uma direção comum, sob o som da música *Circle of life* (Ciclo sem fim em português), de autoria de Elton Jonh. No desenvolver da cena, percebe-se que os animais se aproximam de uma enorme rocha e no seu topo a figura majestosa de um casal de leões, acompanhado de um babuíno. No “colo” da leoa, encontra-se o filhote, que através de um ritual semelhante ao batismo, é apresentado a todos os animais presentes no evento, que o recebem com alegria, exultação e reverência. Nota-se nesse recorte cenográfico a nítida relação de poder exercida naquela realidade. Todos estão celebrando o nascimento de um príncipe, ou seja, o reinado continuará através da hereditariedade. O próximo líder está presente. A utilização do leão como símbolo remete a algumas características:

O leão é um símbolo do poder e da soberania ; também símbolo do sol , do ouro, do poder da luz e do verbo penetrante. (...) Símbolo de poder, o leão é também símbolo de justiça : como os leões no trono de Salomão, dos reis da França ou dos bispos medievais. (CHEVALIER E GUERBRANTE, 1992, p.637)

Surge nesse momento o primeiro ícone da trama, o rei Mufasa, cujas características físicas e emocionais simbolizam a virilidade, a prudência e a majestade. Na cena seguinte surge o seu contraponto: seu irmão Scar, de pelo e juba escura e rala, olhar lânguido e boca curvada para baixo, com expressões faciais de aspecto *blasé*. Até o nascimento de Simba, Scar seria o sucessor do trono, e isso o frustra imensamente. Nesse momento, já podem ser vistos os elementos pictóricos que darão a tônica emocional ao espectador: Mufasa representa o bem e o belo, enquanto Scar representa o mal e o feio. O maniqueísmo simbólico na história nas primeiras cenas já induz o espectador de que os lados já estão determinados e quem deverá desempenhar o papel de protagonista e antagonista.

Mais elementos simbólicos são destacados na determinação dos personagens: enquanto todos os personagens vinculados a Simba e Mufasa são de cores vibrantes e claras, o núcleo de personagens vinculados a Scar são de cores escuras e frias. O reinado de Mufasa é repleto de luz do sol e a savana é muito limpa. Os espaços de Scar são sombrios e remetem à sujeira e má conservação.

A própria geografia do reino está vinculada às relações de poder ali estabelecidas: próximo à Pedra do Rei (o equivalente à sede do governo) estão os animais que possuem algum tipo de vínculo com o Rei Mufasa; Na periferia se encontram os *outsiders* daquela relação de poder, as pobres, decadentes e famintas Hienas Shenzi, Banzai e Eddie, junto com milhares de outras. Seu lar, o Cemitério de Elefantes, é um local deteriorado, desolado, tétrico, onde a distância do reino faz daquele lugar uma terra sem leis, dominado pelo público que não obteve espaço naquele modelo de sociedade perfeita.

## A VIRTÚ NA SAVANA: AS QUALIDADES DE UM BOM REI NA VIDA E NA POLÍTICA

Logo após a cena de abertura, Simba acorda seu pai, pois está ansioso: é o momento de apresentar ao herdeiro do trono tudo aquilo que irá governar quando se tornar um adulto. Mufasa diz ao filho que o reino *é tudo aquilo que sol toca*. Exceto o Cemitério de Elefantes, que é um lugar sombrio e sujo, distante da Pedra do Rei e que nunca ele deveria ir até lá. O rei começa a ensinar Simba quais seriam as verdadeiras qualidades para se tornar um líder respeitado como ele. Percebe-se nessa cena que o filhote é fascinado pela figura imponente do pai e sonha um dia ser como ele pois acredita que o pai é invencível. No entanto, Mufasa alerta ao filho que mesmo o rei tem seus medos e inseguranças, e que deve estabelecer uma relação de respeito com os outros animais, mesmo aqueles que serão devorados por eles, pois quando morrerem, servirão de adubo e esses animais também irão se alimentar deles, estabelecendo uma relação de interconexão entre todos os seres, que seria o Grande Ciclo da Vida (referência à música de abertura). No entanto, Mufasa é interrompido pela informação de que as hienas invadiram o território dominado por ele. Na cena seguinte, inocentemente, Simba conversa com Scar, que o provoca a ir

até o Cemitério de Elefantes e pede segredo sobre ter contado o que tem ali. O filhote chama sua amiga Nala para ir até lá, e depois de despistar todos, encontra as hienas, que tentam matá-lo. No entanto, ambos são salvos por Mufasa, que mostra o seu lado mais brutal e violento contra as suas inimigas, que fogem aterrorizadas. No contexto dessas duas cenas é possível estabelecer a visão maquiaveliana sobre o príncipe de *virtú*: Aquele que alcança a condição de ser simultaneamente amado e temido. Segundo Maquiavel,

Chegamos assim à questão de saber se é melhor ser amado do que temido. A resposta é que seria desejável ser ao mesmo tempo amado e temido, mas que, como tal combinação é difícil, é muito mais seguro ser temido, *se for preciso optar*. (...) Não obstante, o príncipe deve fazer-se temer de modo que, mesmo que não ganhe o amor dos súditos, pelo menos evite seu ódio. (2000, p. 99 – 100, grifo meu)

Diante da frustração de ter seu plano (entregar Simba para a morte pelas hienas) falhado, Scar elabora uma nova estratégia para conquistar o poder: assassinar o próprio irmão e o sobrinho, estabelecendo uma aliança com o grupo mais marginalizado dessa história: as hienas. É nesse cenário de exclusão e insatisfação no qual Scar irá procurar o apoio necessário para executar seu plano e assim assumir o trono, aplicando um golpe de Estado. O papel das hienas é crucial na história pois são um grupo muito numeroso e insatisfeito com sua condição de párias. Vale ressaltar que tal estratificação social é justificada com um argumento da biologia: a cadeia alimentar. Na condição de animais necrófagos, são reduzidas ao grau mais baixo daquele modelo de sociedade, e desejam ascender. Durante a proposta de aliança entre Scar e as hienas, a música na qual Scar canta com as Hienas celebrando o acordo mostra que o antagonista da trama pretende não somente assumir o trono, mas mudar a ordem vigente:

Eu sei que sua inteligência / Nunca foi de ser generosa / Mas preste atenção, com paciência / Nas minhas palavras preciosas / Quem presta atenção se concentra / Pois quero que fiquem cientes / Que quando um rei sai, outro entra / E é a razão para ficarem contentes / Se preparem pra ter nova vida / Uma vida sensacional / Chegou nova era / A velha já era.

As hienas nesse momento indagam se farão parte dessa nova ordem, e ao receberem a resposta de que serão recompensadas pela sua participação no golpe de Estado, se entregam fielmente a seguir seu novo líder:

Por sua presença / Terão recompensa / Quando eu ocupar o meu trono / Injustiças farei com que parem / Se preparem.  
O rei é um bom camarada / E o povo vai logo adorar / Vocês que serão mais amadas / farão tudo o que eu tramar / vou distribuir prêmios caros / pra amigos que estejam afim / Mas quero deixar muito claro / Não vão comer

nada sem mim / Se preparem para o golpe do século / Se preparem para a trama sombria / Bem premeditada / E bem calculada / E o rei rejeitado / Será coroado / E por isso eu disputo / E por isso eu luto / O trono terá que ser meu / Que os amigos não me desamparem / Se preparem.

Ao final da cena, Scar se encontra no alto de uma pedra, rodeado de suas aliadas e ao fundo, praticamente circulando-o, o brilho de uma lua crescente. Essa facilidade com que o irmão de Mufasa consegue em juntar forças com os mais fracos enquadra-se na frase do capítulo XVIII do livro de Maquiavel: [...] *os homens são tão pouco argutos, e se inclinam de tal modo às necessidades imediatas, que quem quiser enganá-los sempre encontrará quem se deixe enganar.* (op. cit., p. 103).

A priori, poder-se-ia dizer que Scar estaria seguindo os preceitos erroneamente atribuídos ao pensamento maquiaveliano, qual seja, a de que todos os meios são justificáveis diante do objetivo que se queira alcançar. Tal erro atribuído a Maquiavel na frase “os fins justificam os meios” (o que não acontece de fato, pois o contexto é completamente deturpado, mesmo que assim fosse colocada) desconsidera um capítulo importante da obra: o capítulo VIII: *Os que com atos criminosos chegaram ao governo de um Estado.* Diz o pensador: *Não se pode, contudo, achar meritório o assassinio de seus compatriotas, a traição dos amigos, a conduta sem fé, piedade e religião; são métodos que podem conduzir ao poder, mas nunca à glória.* (op. cit., p. 63). Nesse momento, ainda falta ao antagonista a virtú necessária para ser um príncipe vitorioso.

## O REI E O EXILADO: A FORTUNA DE SIMBA

O plano de Scar obtém êxito: após as hienas provocarem um estouro de uma manada de gnus que vai na direção de Simba, Mufasa salva o filho, fica pendurado em uma pedra e pede a ajuda do irmão, que friamente após dizer a frase “Vida longa ao rei” o joga de volta para ser massacrado pela manada descontrolada. Mufasa morre, e Scar, ao encontrar o filhote sob o cadáver do pai, diz e ele que o rei está morto por sua culpa e que o mesmo deveria fugir. Ao sair, Scar ordena às hienas que o matem. No entanto, durante a fuga, Simba passa por um grosso monte de arbustos extremamente espinhosos, e as hienas desistem de persegui-lo, acreditando que irá morrer no deserto.

À beira da morte, Simba é encontrado por outros dois excluídos: O suricate Timão e o javali Pumba, que cansados de serem excluídos, resolvem viver um modo de vida alternativo, distante dos conflitos das terras do rei e dos predadores. Ao perceberem que Simba é um filhote de leão, percebem que podem ter no novo amigo uma ótima oportunidade de terem segurança ao se verem acompanhados de alguém do topo da cadeia alimentar. Dão comida e abrigo ao filhote, que cresce ao lado destes sob a égide da filosofia “hakuna matata”, que seria um estilo de vida

descompromissado, apenas aproveitando o que a vida tem a oferecer. No entanto, um dia Pumba é perseguido por uma leoa que o quer devorar, que diante do cenário de fome criado por Scar, se viu forçada a ir muito além das terras do reino para encontrar comida. Simba protege o amigo, lutando com a leoa, e durante a luta, percebe que é Nala, sua amiga de infância. Nala se surpreende ao saber que Simba está vivo, e após um momento de romance, diz a Simba que Scar destruiu o reino sob sua tirania e que a fome, a miséria e a desesperança assolam o reino. Nesse momento, Nala convoca Simba para reaver o trono que lhe seria por direito, mas ainda sob influência da filosofia descompromissada, se recusa a deixar sua zona de conforto e lutar pelo reino. Depois de um breve conflito interno sobre sua identidade e sobre sua missão, surge a figura de Rafiki, o babuíno que o apresentou à sociedade no seu nascimento. Rafiki é a típica figura do sábio ou clérigo que atua como conselheiro real e orientador espiritual, comum das monarquias medievais. No filme, Rafiki provoca Simba e o faz perceber que ele deve retornar e tomar o lugar que lhe pertence. Simba tem uma visão do espírito de seu pai e decide retornar para lutar contra seu tio. Pode-se perceber nesse momento a nítida relação de *O Rei Leão* com a obra de Shakespeare *Hamlet*: um rei assassinado pelo próprio irmão, e um príncipe que tem uma visão do pai que pede para que o vingue.

Nesse ínterim, o governo de Scar demonstra nitidamente que o fraticida não possui as virtudes necessárias para se manter no poder: fome, escuridão e insatisfação tomam conta de todos, inclusive de suas aliadas hienas. Maquiavel alerta:

Como se disse, o príncipe deve evitar as coisas que o façam ser odiado ou desprezado; quando conseguir isso, terá cumprido com sua parte, e os outros defeitos não o farão correr perigo. O que mais contribuirá para fazê-lo odiado é, como já disse, a conduta rapace, a usurpação dos bens e das mulheres dos súditos – o que se deve evitar. (op. cit., p. 106)

Assim, a falta de *virtú* de Scar se configura na *fortuna* de Simba: como o antagonista não soube lidar com o reinado que conquistara já de maneira errônea por ser fruto de um fraticídio, a situação de penúria que causou gerou a situação na qual Simba foi encontrado e que conseqüentemente, o motivou a retornar. Chegando ao seu antigo lar, após ver sua mãe ser agredida por Scar, Simba o ataca e inicia-se uma luta entre leões e hienas. Simba luta sozinho contra seu tio e durante a luta, vislumbrando a possibilidade de derrota, numa medida desesperada, Scar, mesmo após ter confessado seu crime, atribui a culpa pela morte de Mufasa às hienas, que ouvem a acusação e se retiram. No fim da luta, Scar é derrotado por Simba, que o joga num local repleto de hienas, que pelo que se pode supor pelas sombras na imagem, o devoram. Debaixo de uma chuva torrencial, Simba sobe até a Pedra do Rei, e depois de um rugido, assume seu lugar como novo soberano. O

cenário triste e sombrio é substituído por uma selva novamente verdejante e iluminada.

Seguindo a lógica do mote da trama, “o ciclo da vida”, o filme se encerra da mesma maneira que começou: os animais saudando o mais novo membro da família real: a leoa Kiara, filha de Simba com Nala. Ao seu lado se encontra o babuíno Rafiki e seus amigos Timão e Pumba, que serão os tutores da filha do Rei.

## CONCLUSÃO

Realizar uma análise comparativa entre um clássico da Ciência Política e uma obra cinematográfica de apelo popular e voltada para o público infantil pode ser uma experiência enriquecedora, haja vista que a teoria de autores como Maquiavel ainda são passíveis de aplicação interpretativa nos dias de hoje. A narrativa de *O Rei Leão* pode ser analisada da mesma maneira que a realidade concreta, e transcender o mero entretenimento passando por um exercício de reflexão e teorização a respeito, inclusive tornando-se um eficaz recurso didático para aqueles que se interessam pela obra do pensador florentino.

A teoria maquiaveliana, mal utilizada por analistas do passado e do presente repercute no imaginário popular como um manual de perfídia, gerando um senso comum de que a obra de 1513 pode ser utilizada ao bel-prazer de qualquer um que pretenda alcançar sucesso em empreendimentos pessoais, políticos e/ou econômicos. No entanto, a contribuição deste pensador dá ao mundo a oportunidade de observar as nuances que percorrem as relações sociais em diversos níveis, não como mecanismo de dominação, mas sim de como pode-se entender a mentalidade dos dominadores justamente para que não se deixe dominar.

*O Rei Leão*, como a maioria das fábulas, transmite, *a priori* a sensação de que a vida é um processo cíclico de felicidade, permeado por alguns momentos de conflito, e que com perseverança tudo pode ser alcançado, num ideal romântico de superação e redenção através do mito do herói Simba. Porém, quando observada sob um viés crítico, esses momentos de conflito é que são determinantes para a manutenção de uma situação consolidada ou superação da mesma, e, sobretudo nesse caso aqui apresentado, quais são os meios que contribuem para que tudo permaneça como está ou se rompa esse “ciclo”. Cabe ao leitor/espectador desenvolver as potencialidades para que isso torne-se viável ou transforme-se em mais um elemento alienante. Em suma: desenvolver *virtú* para não contar com os caprichos da *fortuna*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHEVALIER, Jean-Charles. Dicionario de los Simbolos. Barcelona, Editorial Herder, 1986

MAIA, Tadeu Queiroz. Sobre filmes infantis e linguagens audiovisuais: o caso d'o rei leão. Brasília, UNB, 2008 (dissertação de mestrado).

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo, Ed. Martin Claret. 2000.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem *fortuna*, o intelectual de *virtú*. In: Os clássicos da Política. Organizado por Francisco Weffort. São Paulo, Ed. Ática, 2006.

Como citar esse artigo:

THEODORO, Mariana  
Amaro. As emoções na  
sala de aula e o  
cinema como  
instrumento  
pedagógico eficiente  
no ensino jurídico -  
Análise do filme  
Preciosa: uma história  
de esperança, in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia do autor:**

Mestranda no  
programa de  
Mestrado em Teoria  
Geral do Direito e do  
Estado mantido pelo  
"Centro Universitário  
Marília – UNIVEM".  
Advogada militante  
nas áreas de família,  
trabalhista e  
administrativo;  
Conciliadora formada  
pela Escola Paulista de  
Magistratura,  
conforme a Resolução  
125 do CNJ, e  
nomeada pelo Juiz do  
Juizado Especial Cível  
da comarca de  
Marília/SP desde  
2011. Endereço  
eletrônico:  
marianatheodoro\_1@  
hotmail.com

# **AS EMOÇÕES NA SALA DE AULA E O CINEMA COMO INSTRUMENTO PEDAGÓGICO EFICIENTE NO ENSINO JURÍDICO: ANÁLISE DO FILME PRECIOSA: UMA HISTÓRIA DE ESPERANÇA**

*Mariana Amaro Theodoro*

"Não se pode falar de educação *sem amor*". (Paulo Freire)

## **RESUMO:**

Investiga-se o que é aprendizagem; quando se pode afirmar que o processo ensino-aprendizagem foi bem sucedido e como é possível potencializar a aprendizagem. Considerando que a aprendizagem efetiva ocorre quando os novos conhecimentos chegam à área do cérebro responsável pela memória de longo prazo. Partiu-se, sinteticamente, da análise das estruturas, funcionamento e processamento do cérebro para entender por que algumas informações são lembradas ao longo da vida e outras são esquecidas. Verifica-se até que ponto as estruturas cerebrais responsáveis pela memória de longo prazo, o são também pelas emoções dos seres humanos. Com isso, comprova-se que a emoção é o veículo que impulsiona as novas informações a vencerem as barreiras cerebrais, bem como chegarem à memória de longo prazo. Dessa maneira, a fim de potencializar o processo de ensino-aprendizagem e torná-lo atraente e emocionante, defende-se o uso do cinema como recurso didático-pedagógico, na medida em que ao aguçar os sentidos e provocar os sentimentos do aprendiz, funciona como um motor para desperta-lhe o interesse, garantindo, assim, uma aprendizagem eficiente.

**Palavras-chave:** Aprendizagem; Neurociência; Emoção; Cinema; Recurso pedagógico.

## **ABSTRACT:**

It investigates what learning is; when it can be said that the teaching-learning process has been successful and how you can enhance learning. Considering that effective learning occurs when



new knowledge come to the area of the brain responsible for long-term memory. Broke, synthetically, the analysis of the structures, functioning and brain processing to understand why some information is remembered throughout life and others are forgotten. There is the extent to which responsible for long term memory brain structures, are also the emotions of human beings. Thus, it was proven that emotion is the vehicle that drives the new information to overcome brain barrier and reach the long-term memory. This way, in order to enhance the teaching-learning process and make it attractive and exciting, defends the use of film as a didactic-pedagogic resource, to the extent that sharpen the senses and provoke the feelings of the learner works as an engine for awakening his interest, thus ensuring an efficient learning.

**Keywords:** Learning; Neuroscience; Emotion; Movie; Pedagogical resource

## INTRODUÇÃO

O ensino é, ao mesmo tempo, ação e efeito. É ação quando uma pessoa, através de um determinado sistema, transmite a outra um conjunto de conhecimentos, princípios e ideias. Enquanto efeito, o ensino ocorre quando esse conjunto de conhecimentos é aprendido por aquele que recebe a informação. Para isso, é preciso que haja interação entre três elementos: o professor, o aluno e o objeto do conhecimento. Assim, pode-se afirmar que o ensino é um processo de mão dupla: ensino – aprendizagem. Só há ensino quando há aprendizagem.

Considerando, então, a aprendizagem como condição *sine qua non*, para que o ensino ocorra, pretende-se investigar se é possível facilitar e potencializar essa aprendizagem, garantindo que o conhecimento seja realmente assimilado e quais mecanismos podem ser empregados para garantir que as informações sejam apreendidas e armazenadas, de forma que o indivíduo possa se lembrar delas a qualquer momento da vida.

## A CONTRIBUIÇÃO DA NEUROCIÊNCIA PARA A APRENDIZAGEM

O cérebro, órgão complexo, misterioso, sofreu e sofre inúmeras mutações com o objetivo primordial de garantir a sobrevivência do ser humano. Como a aprendizagem, que aí ocorre, inicia-se, ainda que de forma incipiente, uma verificação de como as novas informações são nele processadas e o que diferencia

uma informação que pode ser lembrada daquela que é esquecida. Sabe-se também que a aprendizagem se dá a partir de processos neurais, redes que estabelecem conexões e sinapses reagindo a estímulos do ambiente.

Insta ressaltar que não há a pretensão de fazer um trabalho científico a respeito das conexões cerebrais, já que esse não é o objetivo, nem se tem qualificação para tanto. Pretende-se apenas, superficialmente, entender os mecanismos cerebrais que garantem que uma informação seja realmente apreendida.

A neurociência é o ramo da ciência que estuda o cérebro e todo seu sistema nervoso, considerando o funcionamento normal e patológico, suas estruturas, mecanismos e interações, bem como a relação entre o comportamento e a mente. No mesmo sentido, a neurociência do aprendizado dedica-se a estudar como o cérebro trabalha com as memórias, como elas se consolidam, como se dá o acesso às informações e como elas são armazenadas (1).

Aprender significa receber uma informação, processá-la, decodificá-la, reconstruí-la e guardá-la na memória para que possa ser utilizada pelo indivíduo em qualquer momento de sua vida.

Com relação ao armazenamento, GRACIOSO (2011, p. 35) informa que o cérebro possui uma estrutura conhecida como “sistema límbico (também conhecido como sistema mamilar primitivo), cujas estruturas, a saber a amígdala, o tálamo e o hipocampo, são particularmente importantes para a memória, especialmente a de longo prazo”,

Além de ser responsável pela memória, curiosamente, o sistema límbico também é o principal responsável pela moderação das emoções no corpo humano (GRACIOSO, 2011, p. 53) e essa interação de funções reflete no armazenamento de novos conhecimentos e informações.

Com relação à amígdala, AMARAL. J. R., & OLIVEIRA, J. M (1998) citados por GRACIOSO (2011, p.35) salientam que é a estrutura responsável pela “mediação e controle das atividades emocionais de ordem maior, como amizade, amor e afeição, nas exteriorizações do humor e, principalmente, nos estados de medo de ira e na agressividade”(2).

Já o hipocampo é particularmente importante na formação da chamada memória de longa duração. É nele que as informações serão armazenadas e consolidadas por tempo indeterminado. Experiências apontam que pessoas que, por algum motivo, tiveram o hipocampo retirado cirurgicamente, só se recordam das experiências e informações obtidas até o momento da cirurgia. Após a retirada do hipocampo nenhuma outra informação ou ideia nova será armazenada (GRACIOSO, 2011).

O sistema límbico é o principal responsável pela memória, porém não é o único. Isso porque, além do sistema límbico, outras áreas cerebrais também são importantes para o aprendizado. Aliás, diversos sistemas e estruturas interligam-se para promover o aprendizado do indivíduo. Cada estrutura cerebral, com seus

incontáveis neurônios específicos e especializados, desempenha um papel fundamental na base do aprender. O lóbulo frontal, por exemplo, é fundamental para o controle emocional, manutenção do foco de atenção e criação e gerenciamento da memória (GRACIOSO, 2011).

O que se pretende salientar é que não é mera coincidência que a principal estrutura do cérebro ligada à memória de longo prazo, também seja responsável pela emoção do ser humano. A memória de longo prazo está diretamente ligada ao envolvimento emocional daquele que aprende.

Toda informação recebida pelo ser humano é processada no cérebro e se sujeita a inúmeros filtros. Como a função precípua do cérebro é garantir a sobrevivência do ser humano, somente o que for relevante para a pessoa superará as barreiras do cérebro e chegará à memória de longo prazo.

O processo de informação tem início a partir de estímulos externos, os sentidos (audição, visão, tato, olfato e paladar) que são verdadeiras portas de entrada para o cérebro.

Todos os estímulos externos, antes de chegarem às áreas racionais do cérebro, passam pelo filtro do conteúdo emocional. Ao passar por esse filtro, a informação oriunda do estímulo é qualificada de acordo com sua importância para a sobrevivência física da pessoa. Apenas as informações que tiverem algum envolvimento emocional para aquele que as recebeu serão capazes de superar os filtros cerebrais e serão armazenadas de forma que o aprendiz possa lembrar-se delas ao longo da vida.

A parcela de registros que ultrapassa essa primeira barreira é enviada ao córtex cerebral”, no qual “são processados em áreas relativamente especializadas (em registros visuais, motores, etc.) e chegam às áreas responsáveis pela memória de curto prazo, ou memória temporária (GRACIOSO, 2011).

A memória se divide em duas: a de curto prazo, ou temporária, e a de longo prazo. A memória de curto prazo é subdividida em memória imediata e memória de trabalho. Conforme esclarece GRACIOSO (2011, p. 37), a “memória de curto prazo, ou imediata, somente retém informações por cerca de 30 segundos e serve para a tomada de decisões momentâneas”.

Nesse filtro, tudo o que não for importante para além da decisão imediata que garante a sobrevivência do ser humano é descartado, ou seja, informações sem qualquer importância serão retidas na memória de curto prazo e tão logo serão descartadas. Por outro lado, as informações com algum conteúdo emocional serão capazes de superar esse filtro.

Posteriormente, as informações resistentes estarão sujeitas a outro filtro, que é a memória de trabalho. A memória de trabalho recebe as informações que superaram a memória imediata, tem sua base nos lóbulos frontais do cérebro e visa

processar de forma consciente as informações e estímulos externos (GRACIOSO, 2011).

Nesse momento, as informações são processadas de forma consciente e as ideais e conceitos são decompostos e retrabalhados. O que for relevante será armazenado na memória de longo prazo e o que não for será descartado. Estima-se que o tempo de armazenamento na memória de trabalho seja entre 10 a 20 minutos, para um adulto. Após esse período, a pessoa perde o foco de atenção e se esquece do assunto.

Posteriormente, após passar por todos esses filtros e bloqueios, a informação chegará à memória de longo prazo, “instância na qual o aprendizado estará preservado virtualmente para toda a vida” (GRACIOSO, 2011). Nessa instância, a informação adquire sentido e significado. Sentido é obtido quando a informação é fácil e rapidamente compreensível. O significado ocorre quando a nova informação se encaixa no contexto vivenciado pelas experiências anteriores das pessoas.

Aprender não é uma tarefa fácil; muito ao contrário, é uma tarefa que exige um forte envolvimento e uma atividade intelectual nada desprezível: prestar atenção, selecionar, estabelecer relações, conscientizar-se delas, avaliar, etc.

Pode-se dizer que aprendizado é resultado de um processo de mudança de comportamento obtido através da experiência construída por fatores emocionais, neurológicos, relacionais e ambientais e, graças à capacidade de aprender, o ser humano consegue constantemente se adaptar ao meio em que vive.

Quando a informação não possui sentido nem significado o aprendiz não lhe atribuirá a prioridade necessária para que a informação vença as barreiras cerebrais e chegue à memória de longo prazo. Para que uma informação ou conhecimento tenha sentido é importante que seja atraente, que interesse ao aprendiz, aguace sua curiosidade e pareça-lhe necessária. Quando o aprendiz entende a necessidade, ou prioridade, daquela informação, ela funcionará como motor da ação aprender.

SOUZA citado por GRACIOSO (2011, p. 49) esclarece que se “os estudantes não encontrarem o significado de uma experiência de aprendizado, a chance de se lembrarem dela é muito pequena”. O que não é tarefa fácil, mas compete aos professores ajudar seus alunos a encontrá-lo. Além disso, o autoconceito, ou seja, a crença do que é fácil ou difícil de ser aprendido, também influencia o aprendizado. Isso se dá a partir das experiências vividas pelo ser humano e o pré-dispõe a aprender e dominar determinadas informações ou não. Se a pessoa acredita não ser capaz de aprender uma determinada coisa, o aprendizado estará prejudicado, já que a informação não se consolidará na memória de longo prazo.

As emoções vividas pelo ser humano são capazes de dar prioridade a determinados tipos de informações em detrimento de outro. Basicamente, pode-se afirmar que emoções positivas favorecem o fluxo das informações, através dos sistemas de filtros e possíveis bloqueios até a memória de longo prazo.

Ao passo que, emoções negativas dificultam a fluência das informações através dos filtros do cérebro. Isso porque informações sem qualquer motivação

emocional se apresentam como não essenciais ao ser humano e, por isso, não ultrapassam os filtros da memória de curto prazo.

Com essa colaboração da neurociência o processo de ensino-aprendizagem pode ser potencializado, uma vez que o aprendizado efetivo se dá quando as informações são armazenadas na memória de longo prazo, onde o conhecimento estará consolidado e a pessoa se lembrará dele em qualquer momento da vida.

## A INFLUÊNCIA DA EMOÇÃO NO APRENDIZADO

Sabe-se que a emoção é importante para o processo de aprendizagem. Mas, afinal, o que é emoção? Segundo BALLONE (2002) emoção é um complexo “psicofisiológicos que se caracterizam por súbitas rupturas no equilíbrio afetivo de longa duração, com repercussões consecutivas sobre a integralidade da consciência e sobre a atividade funcional de vários órgãos”(3).

A neurociência veio comprovar, cientificamente, o que inúmeros pensadores já defendiam, ou seja, que cognição está intimamente ligada à emoção.

O biólogo e epistemólogo suíço Jean Piaget, citado por DURAN, VENÂNCIO e RIBEIRO (2004), “foi um dos primeiros teóricos a afirmar que afetividade e cognição são de naturezas diferentes, mas inseparáveis nas ações humanas. Toda ação e pensamento compreendem um aspecto cognitivo, que são as estruturas mentais, e um aspecto afetivo, que serve como uma energética”(4).

De acordo com Piaget, citado por DURAN, VENÂNCIO, RIBEIRO (2004) “não existe estado afetivo sem o cognitivo e, do mesmo modo, não há comportamento cognitivo sem o afetivo”. Esclarecem que para a assimilação de informação “o aspecto afetivo é o *interesse* em assimilar o objeto ao *self* (o aspecto cognitivo é a compreensão); enquanto na acomodação a afetividade está presente no *interesse pelo objeto novo* (o aspecto cognitivo está no ajuste dos esquemas de pensamento ao fenômeno)”.

No mesmo sentido, o psicólogo Lev Semenovich Vygotsky (1896-1934), citado por ARANTES, também tratou das relações entre afeto e cognição, “postulando que as emoções integram-se ao funcionamento mental geral, tendo uma participação ativa em sua configuração”(5).

Para tais teóricos pensadores e tantos outros mais, afeto e inteligência estão intimamente ligados. Aliás, se complementam, já que a emoção é o veículo pelo qual informações e ideias são impulsionadas a superar os filtros e bloqueios cerebrais podendo chegar à memória de longo prazo, quando, então, o aprendizado estará consolidado.

Uma vez comprovado que a emoção é de suma importância para o aprendizado, é evidente ser necessária uma reformulação do sistema educacional tradicional, pautado nos textos escritos, nas aulas expositivas, cujo currículo estabelecido de maneira puramente cognitiva como a matemática, a língua, as

ciências, a história, etc., prioriza apenas um dos aspectos constituintes do psiquismo humano, a cognição, em detrimento do outro, a afetividade.

Com o objetivo de envolver o aluno emocionalmente e consolidar seu aprendizado, entende-se que instrumentos pedagógicos diferentes podem ser inseridos na sala de aula para tornar o conteúdo curricular mais atraente. O uso de jogos, vídeo games, internet e, principalmente, o cinema, despertam os sentimentos e proporcionam um conhecimento interdisciplinar, garantindo, assim, o interesse pelo objeto do conhecimento.

Além de uma aula atraente, um professor motivado, que se mostre interessado pelos dilemas e emoções do aluno, é primordial. No mesmo sentido, os sentimentos, as emoções e os valores devem ser encarados como objetos de conhecimento, posto que, tomar consciência, expressar e controlar os próprios sentimentos, talvez seja a tarefa mais difícil do conhecimento: conhecer a si próprio.

## O CINEMA COMO INSTRUMENTO PEDAGÓGICO CAPAZ DE EMOCIONAR OS ALUNOS

Como forma de proporcionar o envolvimento emocional dos alunos e garantir a aprendizagem efetiva, o presente artigo salienta a importância do cinema como recurso didático e de inserção social. Avalia-se a sua extrema importância, porque através dele é possível representar o que é, o que foi e o que poderia ser, ou seja, é possível expressar o real e também fantasiá-lo. O filme não se resume a seu conteúdo explícito. Isso porque, é uma arte que cria e recria a realidade, mediante uma linguagem própria, transmitindo valores, conhecimentos, costumes e ideologias.

Com o passar dos séculos a sociedade foi se transformando e os meios de comunicação também. A partir da segunda metade do século XX e início do XXI inúmeras transformações tecnológicas, garantiram acesso à televisão, internet, jogos interativos, vídeo games modificaram o cotidiano das pessoas. Vive-se uma era, na qual a tecnologia modifica o tempo e o espaço; as distâncias são superadas e o tempo passa num instante. Enfim, não existem mais barreiras físicas entre as pessoas e o modo de se relacionar tornou-se imediato.

Há, também, que se ressaltar que as crianças e jovens sentem-se imensamente atraídos por estímulos audiovisuais. Tal atração é refletida na intensa facilidade com que crianças e jovens aprenderem, cada vez mais cedo, a manipular aparelhos tecnológicos, a decifrar sua linguagem e a vivenciar realidades virtuais.

A sociedade moderna é altamente visual e os equipamentos tecnológicos modificam a forma de viver das pessoas e de entender a realidade em que vivem. Assim sendo, não restam dúvidas de que a presença de aparelhos, cada vez mais repletos de recursos de informação, na vida cotidiana, é um caminho sem volta.

Posto isto, não se pode ignorar a tecnologia ou pretender mantê-la longe dos muros da escola. A maioria dos estudantes de hoje possuem, pelo menos, um celular no bolso com inúmeros recursos tecnológicos. Contudo, no âmbito escolar, há

muita resistência contra a sua presença. Ao invés de negar a presença da tecnologia, os professores podem inserir recursos audiovisuais e aproveitá-los a favor do processo de ensino-aprendizagem. Dessa forma, estariam possibilitando aos alunos um meio de garantir seu envolvimento emocional com o objeto de conhecimento.

Dentre as inúmeras opções tecnológicas de que se dispõe, o meio de informação do qual ocupar-se-á o atual estudo, é o cinema, em suas várias vertentes como arte, entretenimento, mas sobretudo como linguagem de reconstrução da realidade.

Como afirma CARMO (2003) “O cinema como prática pedagógica pode fazer o aluno a se interessar pelo conhecimento, pela pesquisa, de modo mais vivo e interessante que o ensino tradicional, apoiado em aulas expositivas” e leituras de textos escritos.

Conforme já mencionado anteriormente, a emoção é primordial para garantir que as informações sejam processadas no cérebro, superem os filtros e bloqueios e sejam armazenadas na memória de longo prazo. Desta feita, as experiências anteriores do aluno aliadas às emoções facilitam os processos sinápticos e a síntese do sentido e significado das informações. Isso porque, uma vez envolvido emocionalmente, a informação passa a ser considerada importante para a sobrevivência do ser humano e será armazenada de forma a garantir que a pessoa possa dela se lembrar a qualquer momento da vida.

Nesse sentido, nenhum outro recurso é mais eficiente que o cinema, podendo ser utilizado na sala de aula como condutor de emoção. Através do filme é possível representar a realidade e recriá-la, bem como trazer à tona a criatividade, o conhecimento de outras culturas, realidades diversas, etc., tornando o aprendizado prazeroso, o que irá facilitar não só o funcionamento dos neurônios no cérebro, outrossim a sinapse e o funcionamento de todas as estruturas responsáveis pelo aprender.

No entanto, não se trata apenas de apresentar um filme em sala de aula. É necessário que o professor, antes de tudo, seja um apreciador de filmes e tenha conhecimento de sua linguagem, como mediador, deverá auxiliar o aluno, funcionando como elo entre o que o cinema proporciona e o conjunto de conhecimentos a serem construídos na relação de aprendizagem. Desse modo, após a apresentação do filme, o professor pode suscitar um debate criativo, crítico e reflexivo acerca do filme.

É nesse momento que o aluno pode interpretar as imagens, os sons, a linguagem explícita e implícita do filme e refletir sobre valores, ideias e ideologias que permeiam a obra cinematográfica. O cinema como veículo e ferramenta de ensino-aprendizagem oportuniza enfocar os aspectos culturais, históricos, literários e políticos, proporcionando uma visão integral de mundo e do cinema enquanto mídia educativa.

Acredita-se que o filme é capaz de motivar o aluno de forma positiva, assegurando que as novas ideias e informações sejam realmente apreendidas.

Assim sendo, professor e aluno envolvidos com o processo educativo, interagem ativamente, viabilizam possibilidades e meios de fazer o saber, construindo juntos a aprendizagem.

## ANÁLISE DO FILME PRECIOSA: UMA HISTÓRIA DE ESPERANÇA

Como já anteriormente mencionado, além da capacidade que o filme possui de provocar os sentimentos do aprendiz há, ainda, o caráter interdisciplinar das inúmeras questões abordadas no filme, o que é de suma importância para que o aluno tenha uma visão global do conhecimento.

A título de exemplificação, elegeu-se o filme: *“Preciosa: uma história de esperança”* (2009), do diretor Lee Daniels, baseado no romance Push de Sapphire(6), cuja obra possibilita visualizar múltiplas questões sociais e pessoais. O filme pode ser discutido de forma interdisciplinar e transdisciplinar, pois trata de questões polêmicas como gravidez na adolescência, violência sexual e maus tratos, bullying no âmbito escolar, além das relações com a vulnerabilidade e com o processo educativo.

Quanto ao público alvo, pode ser apresentado a alunos do ensino médio e superior, especialmente estudantes de direito, sendo capaz de atrair sua atenção, visto que mostra como se constrói a dinâmica familiar em um contexto doentio, para o qual a sociedade tenta fechar os olhos. Permite, também, a compreensão de como a história de vida, o contexto social e a família são importantes na formação da personalidade do indivíduo. Possivelmente, muitos alunos identificar-se-ão com os muitos dilemas enfrentados pela atriz principal, o que levará à empatia e, por consequência, à inserção social dos mesmos.

Para contextualizar é imperioso salientar que o Filme “Preciosa” versa sobre uma adolescente, negra, obesa, pobre e analfabeta, moradora da periferia de Nova Iorque, em meados dos anos 80. É um drama que retrata a vida da jovem Claireece Precious Jones que sofre preconceito e violência na escola, no bairro onde mora e na própria família. Impressiona o fato de o filme não ser uma obra de ficção qualquer e sim um retrato que pode vir a aplicar-se como roteiro real em diversos lares, nos quais crianças e adolescente são, constantemente, colocados em situações de extrema desqualificação e marginalizados, além de frequentemente serem expostas à violência sexual, física e psicológica.

Preciosa é uma adolescente de 16 anos de idade que é expulsa da escola, no início de sua segunda gestação. Ainda, nas cenas iniciais, mostra-se, claramente no filme, que Preciosa é possuidora de uma imaginação muito frutífera. Ela sonha, por exemplo, que seu professor é apaixonado por ela e que irão morar juntos. Tal imaginação mostrar-se-á como um dos mecanismos de defesa para fugir da dura realidade. Sempre que Preciosa é vítima de alguma violência, ela se refugia em seus sonhos, em sua imaginação, como se pudesse, por um instante, esquecer toda a dor, sofrimento e humilhação que suporta no mundo real.



Há momentos do filme em que Preciosa sonha que é uma garota branca, com cabelos longos e loiros, magra e que tem um namorado branco, bonito e rico. Também se imagina uma atriz famosa e, por isso, todos a amam. Nestes sonhos, Preciosa vive o amor que falta em sua realidade. Tais sonhos guardam o desejo de ser aceita, querida, merecedora de atenção e são responsáveis pela sua forte resiliência para a difícil estrutura familiar na qual se encontra inserida.

Também como maneira de defesa, Preciosa mantém-se de cenho cerrado, por vezes agressiva, sem cruzar olhares com ninguém na esperança de ser invisível. Porém, esse seu jeito fechado e agressivo não é suficiente para mantê-la a salvo das agressões físicas e psicológicas que sofre na escola. Vítima de bullying, Preciosa é diariamente humilhada, agredida e achincalhada. Não tem amigos, é apática, e não se envolve nas atividades escolares.

Em razão das agressões sofridas e da realidade familiar, pode-se observar que Preciosa possui baixa autoestima, acredita ser burra, ser inferior, feia e incapaz de realizar qualquer coisa boa. Sentimento semelhante é reforçado no ambiente doméstico, onde Preciosa vive com a mãe, que se mostra extremamente desequilibrada psicologicamente (Estrutura borderline de personalidade: entre a neurose e a psicótica). Acresce-se a isso, outro agravante quando chegar ao conhecimento da diretora da escola que Preciosa está grávida de seu segundo filho. Isso custa-lhe a transferência para uma escola alternativa, constatando-se nessa postura, também, a vulnerabilidade institucional, onde a escola não está preparada para lidar com a situação.

No enredo do filme, aos poucos vai sendo evidenciado, que o filho que Preciosa espera é resultado de uma relação incestuosa com o Pai. Das relações de violência sexual às quais Preciosa é submetida, desde os três anos de idade, podem, provavelmente, originar-se as motivações de negligência por parte da mãe, que nutre por ela um ódio doentio, acreditando que a adolescente, desde criança, seria sua concorrente nas relações sexuais com o Pai. A mãe de Preciosa é uma pessoa, que se mantém de forma parasitária dos benefícios do Estado, garantidos à adolescente e à sua primeira filha, uma menina com síndrome de Down, apelidada de “mongo”. Ainda no contexto familiar de Preciosa, encontra-se, mesmo que de forma bem rápida e superficial, a figura de sua avó materna, uma pessoa que simboliza a representação do amor, do carinho e da segurança, cuidando da primeira neta, sem no entanto, ter força suficiente para acolher Preciosa.

Na escola alternativa, denominada “Cada um ensina um”, para a qual Preciosa foi enviada, ela conhece outras adolescentes, também com problemas sociais, em situação de risco e com dificuldades de aprendizagem como ela, que, até então, era analfabeta funcional.

Esse é o segundo ambiente apresentado no filme: a sala de aula da escola alternativa. Local em que a personagem principal tem a oportunidade de pensar e apropriar-se de sua realidade, tendo como facilitadora uma professora que presta

acompanhamento individual às dificuldades oriundas da história de vida das alunas tuteladas.

Pela primeira vez, Preciosa irá exteriorizar sentimentos em um diário, relacionar-se sem medo, ter amigas e sentir o amor de alguém. A escola alternativa representa uma chance de felicidade para Preciosa.

Pode-se afirmar que esse suporte social foi o alicerce para a reorientação da história de vida de Preciosa, dando-lhe os meios e encaminhamentos necessários para que se reorganizasse e se instrumentalizasse a fim de enfrentar sua realidade que, além das dificuldades de uma dura dinâmica familiar, incluía, também, analfabetismo funcional, desemprego, baixa autoestima, gravidez na adolescência, AIDS, dois filhos para sustentar.

O golpe que o Filme Preciosa desferiu é fazer desmoronar as falsas fantasias ligadas ao ambiente familiar como a célula da sociedade, local de acolhimento, amor, carinho e imune a carências e imperfeições. Muitas crianças e adolescentes são vítimas de abusos morais e físicos dentro de casa. A face grotesca das relações familiares apresentada durante o filme, nos faz refletir o quanto alguns ambientes familiares podem ser terríveis.

Ao se buscar, no caso do Direito, por exemplo, no ordenamento jurídico, alguma lei mais recente, que serviria como amparo para situações nas quais ocorrem violências como as descritas pela história, poderia citar-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Maria da Penha. O Estatuto, caso realmente fosse observado, teria papel imprescindível para a prevenção de situações como estas e a consequente quebra de todo um ciclo da violência, a Lei Maria da Penha como mecanismo e meio reparador para a situação de violência já instaurada.

A proteção estatal não foi capaz de garantir a Preciosa seu direito “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” como determina a Constituição Federal, em seu artigo 227. Desta forma, percebe-se que o filme poderia ser utilizado como recurso didático em inúmeras disciplinas como direito, sociologia, psicologia, assistência social, dentre outras.

## CONCLUSÃO

Aprender não é uma tarefa fácil, exige um forte envolvimento e uma atividade intelectual nada desprezível: prestar atenção, selecionar, estabelecer relações, conscientizar-se delas, avaliar, etc. A importância do aprendizado consiste no fato de se incorporar ideias, valores, sentimentos e conhecimentos, mediante uma série de fatores emocionais, neurológicos, relacionais e ambientes de forma a possibilitar uma mudança de comportamento.

As experiências anteriores do aluno aliadas as suas emoções facilitam os processos sinápticos bem como a síntese do sentido e o significado das informações. Uma vez envolvido emocionalmente, a informação passa a ser considerada importante para a sobrevivência do ser humano e será armazenada de forma a garantir que a pessoa possa dela se lembrar a qualquer momento da vida.

Considerando esses aspectos, acredita-se que o filme deve ser utilizado como recurso didático a fim de provocar os sentidos e as emoções do aprendiz, de forma a fazê-lo interessá-lo pelo objeto do conhecimento, garantindo, assim, que o novo significado chegue à memória de longa duração para que possa ser lembrado no decorrer de sua vida.

Para isso, não basta, apenas, apresentar um filme. É necessário que o professor suscite um debate criativo, crítico e fomenta nos alunos a importância de interpretar a linguagem do filme, seu conteúdo explícito e implícito. Assim, professor e aluno estarão ativamente envolvidos no processo de ensino-aprendizagem.

Quando a educação é construída pelo sujeito da aprendizagem, no cenário escolar prevalecem a resignificação dos sujeitos, novas coreografias, novas formas de comunicação e a construção de novas habilidades, caracterizando competências e atitudes significativas. Nos bastidores da aprendizagem há participação, mediação e interatividade, visto que há um novo ambiente de aprendizagem, remodelização dos papéis dos atores e coautores do processo, desarticulação de incertezas e novas formas de interação mediadas pela orientação, condução e facilitação dos caminhos a seguir.

A Educação como interatividade contempla tempos e espaços novos, diálogo, problematização e produção própria dos educandos. O professor exerce a sua habilidade de mediador das construções de aprendizagem. E mediar é intervir para promover mudanças. Como mediador, o docente passa a ser comunicador, colaborador e exerce a criatividade do seu papel de coautor do processo de aprender dos alunos.

#### NOTAS DE FIM:

1. BIANCHI, Lana Cristina de Paula. MIETTO, Vera Lúcia de Siqueira. Neurociência: As novas rotas da Educação. Disponível em:  
[http://www.psiquiatriainfantil.com.br/biblioteca\\_de\\_pais\\_ver.asp?codigo=58](http://www.psiquiatriainfantil.com.br/biblioteca_de_pais_ver.asp?codigo=58).
2. GRACIOSO, Alexandre. Trazendo as emoções para dentro da sala de aula. Disponível em  
[http://acervo-digital.espm.br/revista\\_da\\_espm/2011/set\\_out/07%20Alexandre%20Gracioso.pdf](http://acervo-digital.espm.br/revista_da_espm/2011/set_out/07%20Alexandre%20Gracioso.pdf) Acesso em 25/07/2014.
3. BALLONE, G. J. A representação da realidade 1: Emoções e sentimentos. Disponível em:  
<http://www.psiqweb.com.br> Acesso em 25/07/2014.
4. DURAN, Kelly Marion. VENÂNCIO. Lauro Ramos. RIBEIRO, Lucas dos Santos. A influência das emoções na cognição. Disponível em:  
[http://www.ic.unicamp.br/~wainer/cursos/906/trabalhos/Trabalho\\_E1.pdf](http://www.ic.unicamp.br/~wainer/cursos/906/trabalhos/Trabalho_E1.pdf) Acesso em: 02/08/2014.

5. ARANTES, Valéria Amorim. Afetividade e Cognição: Rompendo a dicotomia na educação. Disponível em: <http://www.hottopos.com/videtur23/valeria.htm> Acesso em 05/08/2014.
6. Saphire é o nome artístico de Ramona Lfton, mulher, negra, poetisa performática e autora do livro “Push”. Foi professora no Bronx, bairro mais pobre de Nova Iorque e seis alunos eram, na maioria, negros e latinos.

## BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Valéria Amorim. Afetividade e Cognição: Rompendo a dicotomia na educação. Disponível em: <http://www.hottopos.com/videtur23/valeria.htm> Acesso em 05/08/2014.

BALLONE, G. J. A representação da realidade 1: Emoções e sentimentos. Disponível em: <http://www.psiqweb.com.br> Acesso em 25/07/2014.

\_\_\_\_\_. Neurofisiologia das emoções. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/cursos/neurofio.html> Acesso em 15/07/2014.

\_\_\_\_\_. Da Emoção à Lesão. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=25>. Acesso em 15/07/2014.

\_\_\_\_\_. Sentimentos e Emoções. Disponível em: <http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=259&sec=47>. Acesso em 15/07/2014.

BIANCHI, Lana Cristina de Paula. MIETTO, Vera Lúcia de Siqueira. Neurociência: As novas rotas da Educação. Disponível em: [http://www.psiquiatriainfantil.com.br/biblioteca\\_de\\_pais\\_ver.asp?codigo=58](http://www.psiquiatriainfantil.com.br/biblioteca_de_pais_ver.asp?codigo=58) Acesso em 18/08/2014.

BRESSAN, Luiza Liene. MENDES, Marioly-Oze. Cinema, argumentação jurídica e ensino de direito: reflexões sobre uma práxis educacional emancipatória. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791 Acesso em 12/08/2014.

CALDAS, Graça. Mídia, escola e leitura crítica do mundo. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v27n94/a06v27n94.pdf> Acesso em: 20/07/2014.

CARMO, Leonardo. O Cinema do Feitiço Contra o Feiticeiro. Disponível em: <http://www.rioei.org/rie32a04.pdf> Acesso em: 18/8/2014.

CARVALHO. Valeria de Sousa. COSTA. Rodrigo Vieira. O cinema como ferramenta do ensino jurídico. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/wordpress/24760.pdf> Acesso em 2/08/2014.

CIPOLINI, Arlete. Não é fita, é fato: tensões entre instrumento e objeto: Um estudo sobre utilização do cinema na educação. *In Revista do Centro de Educação Universidade Federal de Santa Maria* [online], 2009, vol. 34, n. 2, p. 265-278. [acesso 2012-11-16]. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/reeducacao/article/view/239> Acesso em 18/08/2014.

DUARTE, Rosália. Cinema & Educação. Belo Horizonte: Autêntica, 2002.

DURAN, Kelly Marion. VENÂNCIO. Lauro Ramos. RIBEIRO, Lucas dos Santos. A influência das emoções na cognição. Disponível em: [http://www.ic.unicamp.br/~wainer/cursos/906/trabalhos/Trabalho\\_E1.pdf](http://www.ic.unicamp.br/~wainer/cursos/906/trabalhos/Trabalho_E1.pdf) Acesso em: 02/08/2014.

FANTIM. Mônica. Mídia-educação e cinema na escola. Disponível em: <http://www.periodicos.proped.pro.br/index.php/revistateias/article/view/174> Acesso em 20/07/2014.

GRACIOSO, Alexandre. Trazendo as emoções para dentro da sala de aula. Disponível em [http://acervodigital.espm.br/revista\\_da\\_espm/2011/set\\_out/07%20Alexandre%20Gracioso.pdf](http://acervodigital.espm.br/revista_da_espm/2011/set_out/07%20Alexandre%20Gracioso.pdf) Acesso em 25/07/2014.

GUERRA, Leonardo Bezerra. Como as neurociências contribuem para a educação escolar? Disponível em: [http://www.fgr.org.br/site/revistas/revista\\_5edicao.pdf](http://www.fgr.org.br/site/revistas/revista_5edicao.pdf) Acesso em 12/08/2014.

KLAMMER, Celso Rogério. GNOATTO, Dejanira Malacarne. OZÓRIO, Érika Vanessa Kampa. SOLIERI, Mariluz. Cinema e educação: possibilidades, limites e contradições. Disponível em: <http://www.fae.ufmg.br/setimaarte/images/pdf/cinema-e-educac3a7c3a3o-possibilidades-limites-e-contradic3a7c3b5es.pdf> Acesso em 1º/08/2014.

KLAUS, Viviane. Cinema e Educação. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-24782003000200014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-24782003000200014&script=sci_arttext) Acesso em 1/08/14.

KRUPPA, Sônia M. Portella. Sociologia da educação. São Paulo: Cortez Editora, 1994.

PINHO, Ana Carla de Oliveira Melo Costa. O cinema como prática didático-pedagógica no ensino jurídico: quebrando paradigmas. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/cadernosdeeducacao/article/viewFile/4957/4162>. Acesso em 25/08/2014.

SANTANA, Ana Lúcia. A educação segundo Platão. <http://www.infoescola.com/pedagogia/a-educacao-segundo-platao/> acesso em 1º de agosto de 2014.

SOLÉ, Isabel. Disponibilidade para a aprendizagem e sentido da aprendizagem. In *O Construtivismo na sala de aula*. 6ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2006.

Como citar esse artigo:

DOBARRO, Sérgio  
Leandro Carmo;  
VILLAYERDE, André.  
Direito em tela:  
reflexões sobre a  
discriminação e  
violência contra a  
mulher com base na  
obra cinematográfica  
O apedrejamento de  
Soraya M., in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia dos autores:**  
*Sergio Leandro Carmo*  
DOBARRO  
Mestrando pelo  
Centro Universitário  
Eurípedes de Marília –  
UNIVEM. Email:  
sergioleandro@itelef  
onica.com.br.

*André VILLAYERDE*  
Doutorando em  
Direito pela UMSA –  
Universidad Del  
Museo Social  
Argentino; Presidente  
do IEPTB-MA –  
Instituto de Estudos  
de Protesto de Títulos  
do Brasil – Seção  
Maranhão e autor do  
livro 2ª Fase-Concurso  
de Cartório. Email:  
andrevillaverde@hotmail.com

# **DIREITO EM TELA: REFLEXÕES SOBRE A DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COM BASE NA OBRA CINEMATOGRAFICA O APEDREJAMENTO DE SORAYA M.**

*Sergio Leandro Carmo Dobarro  
André Villaverde*

## **RESUMO**

Este artigo tem como finalidade avaliar a afinidade entre o Direito e o cinema nas atuais teorias jurídicas como prática pedagógica, tendo como alicerce o predomínio da imagem em nossa sociedade hodierna, como elemento generalizado de comunicação em relação à cultura escrita. O cinema beneficia o exercício de reflexões através das mais distintas abordagens da problemática jurídica. A busca pelo lugar da mulher diante a sociedade vem sendo a razão de amplas lutas nos mais diversos períodos. O presente artigo tem por escopo analisar o preconceito e a discriminação contra a mulher, tomando por base o filme “O Apedrejamento de Soraya M.”.

**Palavras-Chave:** Direito; didática; cinema; discriminação; violência; *O Apedrejamento de Soraya M.*

## **ABSTRACT**

This article has as purpose the evaluation of the affinity between the Law and the cinema in the modern legal theory as a pedagogical practice, having as base the prevalence of the image in our present society as a generalized element of communication in relation to the written culture. The cinema benefits the exercise of reflections, through the most distinctive approaches of the legal problematic. The seek of the women's place in front of society it's being the reason of major fights in the most diverse time periods. The present article has as aim to analyze the prejudice and the discrimination against the woman, having as base the movie “The Stoning of Soraya M.”

**Keywords:** Law; Didactic; Cinema; Discrimination; Violence; The Stoning of Soraya M.

## INTRODUÇÃO

O corrente artigo faz uma ligação entre o cinema e o direito, tratando o enfoque interdisciplinar no ensino jurídico, que procura métodos alternativos em virtude da realidade globalizada e ágil da sociedade contemporânea. Assim, a ciência do direito carece seguir as modificações que o desenvolvimento rápido faz surgir no mundo hodierno.

Neste deslinde, emprega-se o cinema como uma ferramenta de conhecimento crítico, direcionado a contestar as ideologias dominantes e a história utilizando-se do debate e da difusão de ideias artísticas e obras que se arrolem com as mais distintas áreas do conhecimento.

Deste modo, o cinema torna-se um meio de conexão entre mundo real e o ensino jurídico, sendo de derradeira estimação esta relação de arte e direito, para averiguar até que ponto a incitação à sensibilidade e a criação desta última, se exprime na concepção de um raciocínio jurídico e no despertar de uma consciência humanística.

O texto primeiramente traz apontamentos sobre didática; em seguida é exposto o cinema como instrumento didático no ensino do direito; após, em um exame prático do tema sugerido é exposta a obra cinematográfica nacional “O Apedrejamento de Soraya M.”, no desígnio de evidenciar como tal obra cinematográfica estimula a reflexão, o pensamento, e a apreensão das características próprias, mas também de forma amena.

Neste diapasão, este estudo anseia explanar o cinema como uma arte que procura reconquistar uma sensibilidade até então amortecida pelo dia-a-dia, restaurando a capacidade criativa, uma das particularidades indispensáveis para o êxito profissional.

O presente artigo ambiciona destacar o princípio da isonomia (igualdade) em face da dignidade da humana, positivado na Constituição da República, resguardando o direito à igualdade entre homens e mulheres, premissa fundamental a cooperar com a consolidação das tutelas jurídicas positivadas no próprio diploma constitucional e nas demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho pretende mais que alistar mecanismos para se extinguir a danosa discriminação contra a mulher, mas retirar seu leitor da plausível condição de alheamento e alçá-lo à zona de consciência ante ao assunto.

Indiscutivelmente, o tema é bem complexo. E não se pode desatender que toda essa problemática traz pontos muito sérios e envolvem temas referentes aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA DIDÁTICA NO ENSINO SUPERIOR E SEU ÊXITO

Presentemente, educadores e pesquisadores despontam-se ao determinar que didática é o estudo do processo de aprendizagem e ensino que abrangem maneiras de coordenação do ensino, avaliação da aprendizagem, postura do docente, domínio e fundamentalmente finalidades político-pedagógicas a respeito do ensino. Entretanto o que verdadeiramente ocorre, é que múltiplos educadores assentam em exercício apenas uma destas extensões aludidas causando desta forma um reducionismo didático, que, por conseguinte depaupera todo o sistema educativo.

Acrescenta-se que a didática é um dos fundamentos mais indispensáveis no exercício diário pedagógico do docente, já que versa do estudo da arte do ensino e abrange noções científicas que proporcionam baseamentos teóricos aos docentes. Sua estimação é fulgente como subsídio para a constituição do cidadão desde a educação básica, até o ensino superior.

Antigamente, tinha-se como conceito no ambiente do ensino superior, que para ter sucesso como docente neste nível era necessário de noções consistentes coligadas a uma conversação fluente, parte desse juízo baseava-se na premissa dos discentes já terem uma “personalidade formada”, por esta razão não estabeleceriam de seus educadores mais do que envergadura para passar os conhecimentos e responder seus questionamentos.

Neste deslinde lembra Veiga (2006, p.34): “[...] dessa forma não se poderia pensar em uma prática pedagógica, e muito menos em uma perspectiva transformadora na educação”.

Atualmente há uma verdadeira apreensão das autoridades educacionais quanto aos docentes de ensino superior, já que além de conhecimentos consistentes quanto a sua área, também devem trabalhar em desenvolturas pedagógicas apropriadas tendo por finalidade um aprendizado mais eficiente.

Ressalta-se, que dentre os atributos que deva ter um docente universitário, é imperativo que este tenha uma perspectiva de mundo, de ciência e de educação compatibilizada com as particularidades de seu papel.

Corriqueiro notar que a ampla maioria das críticas direcionadas aos docentes universitários é com relação à “falta de didática”. Neste cenário, muitos professores bem como postulantes a docência procuram solucionar suas carências em cursos de didática do ensino superior, para assim, modernizar-se aos tempos atuais.

Conforme preceitua Haidt (2003, p.13) a didática é o “estudo da situação instrucional, isto é, do processo de ensino e aprendizagem, e nesse sentido ela enfatiza a relação professor-aluno”.

O pacto fundamental da didática é com a obtenção da qualidade cognitiva das aprendizagens, agregada desta forma à aprendizagem do refletir. Deste modo, fica o docente universitário responsável em buscar dentro de suas possibilidades ter como amparar os alunos a se tornarem sujeitos críticos e pensantes, capazes de



refletir e lidar com as opiniões, questionar, argumentar com os entraves que a vida coloca dia a dia.

O universo pedagógico, desta forma, tem um grande valor na sociedade em que convivemos, pois objetivam auxiliar os outros a se educarem, a se tornarem indivíduos cultos, corretos, dispostos a se tornarem participantes ativos na vida social, política, profissional e cultural.

Frente ao exposto, fica fulgente a precisão da didática em congregar as investigações mais atuais a respeito das maneiras de ensinar e aprender e especialmente sobre o encargo do docente na preparação dos educandos para refletir, assentando-se entre o aluno e a informação, possibilitando desta forma as condições e os elementos de aprendizagem.

Atualmente, alterou-se o contorno do remoto educador, tendo este não só a precisão de sólidas noções da área que pretende educar, mas também de artifícios na área pedagógica para revir o aprendizado mais bem-sucedido, além da importância de noção de mundo, de ser humano, de ciência e de educação, compatível com as características de sua ocupação.

Neste diapasão, didática é o estudo do processo de ensino-aprendizagem em sala de aula e de seus resultados, por meio da preparação de um plano e de um pré-exame de ensino, que é dessemelhante das intervenções perpetradas à maneira espontânea anteriores. De acordo com Freire (1981, p. 137), “A tendência democrática da escola não pode consistir apenas em que um operário manual se torne qualificado, mas em que cada cidadão possa se tornar governante”.

É de fundamental importância que o docente procure o aprimoramento de sua didática, aprenda dia a dia como agir com a subjetividade dos educandos em suas percepções, prática de vida e linguagem. Não havendo esta intenção, será incompetente ao colocar desafios, problemas, arrolados com os teores, premissa fundamental para obter uma aprendizagem proeminente. É imperativo examinar em como auxiliar os estudantes a se desenvolverem como sujeitos pensantes, ao se encontrarem com as dubiedades e dificuldades da vida prática, expandindo suas habilidades mentais e competências.

Averigua-se atualmente, que o curso superior procura não somente docentes com sobrecarregados conhecimentos da área que ambiciona lecionar, mas também acuidade na área pedagógica para tornar o aprendizado mais bem-sucedido.

Neste sentido, Delors (1999, p.19):

O conceito de educação ao longo de toda a vida aparece, pois, como uma das chaves de acesso ao século XXI. Ultrapassa a distinção tradicional entre educação inicial e educação permanente. Vem dar resposta ao desafio de um mundo em rápida transformação, mas não constitui uma conclusão inovadora, uma vez que já anteriores relatórios sobre educação chamaram a atenção para esta necessidade de um retorno à escola, a fim de se estar preparado para acompanhar a inovação, tanto na vida privada como na vida profissional. É uma exigência que continua válida e que adquiriu, até,

mais razão de ser. E só ficará satisfeita quando todos aprendermos a aprender.

Hoje em dia, procurando aprimoramento em seu campo de desempenho, muitos professores universitários vêm concretizando cursos de didática de ensino superior. O professor que almeja ter uma adequada didática carece instruir-se a cada dia como agir com a subjetividade dos alunos, suas compreensões, sua linguagem, sua prática de vida. Na falta deste intento, não impetrará implantar provocações, problemas, perguntas, arrolados com os teores, conjuntura para conseguir uma aprendizagem estimável.

## A SÉTIMA ARTE COMO RECURSO DIDÁTICO NO ENSINO DO DIREITO

O entendimento inicial ao pensar em cinema como forma de expressão é que este seria somente uma atividade de entretenimento e diversão.

Posto que, pode-se ir mais para diante, ao ponto que se assentar a consequente indagação: o cinema não pode também ser um manancial de conhecimento?

É comum se ter a ciência como um veículo de conhecimento; já a arte é normalmente descrita de maneira diferente, não é tão habitual pensá-la como expressão ou transmissão do conhecimento humano. Não obstante, é necessário entender que a arte não é apenas conhecimento por si só, mas também pode constituir-se num importante veículo para outros tipos de conhecimento humano, já que extraímos dela uma compreensão da experiência humana e de seus valores.

Tanto a arte como a ciência acabam sempre por assumir um certo caráter didático na nossa compreensão de mundo, embora o façam de modo diverso: a arte não contradiz a ciência, todavia nos faz entender certos aspectos que a ciência não consegue fazer (ZAMBONI, 2006, p. 22-23).

Neste deslinde, a arte e a ciência são maneiras de apreciar o mundo, de apreender de um modo geral o que somos e de atender necessidades humanas, podendo ser tanto materiais ou no plano do imaterial. Assim a arte pode transgredir ou subverter o direito, o que deriva em suas probabilidades em alterar a previsão de comportamentos socialmente almejavéis, e, para emoldurarem-se às demandas sociais que ao lado da reforma legislativa é a pedra angular do avançar jurídico.

A educação dos sentidos e da percepção expande o nosso conhecimento do mundo, o que avigora a idéia de que a arte é uma forma de conhecimento que nos habilita a um entendimento mais complexo, e de certa forma, mais intenso das coisas (ZAMBONI, 2006, p. 22-23).

A sétima arte é um extraordinário acessório na aprendizagem, conforme Lacerda (2007, p. 23):

a) Sensibilizar os alunos para uma atitude diante da realidade, admitindo-se que ser advogado, antes de ser uma profissão, é uma atitude diante da vida; b) Ajudar os alunos a perceber qual o papel social da profissão que estão começando a aprender. Trata-se de fazê-lo compreender o caráter específico e dual da profissão, trabalhando com a razão e o intelecto em busca da persuasão que envolve igualmente a emoção e que lida com questões para as quais não existem respostas exatas; c) Transmitir, compreender e fixar uma certa dose de informação básica sobre temas jurídicos. O cinema pode funcionar como um instrumento de informação, fazendo com que a aprendizagem torne-se mais fácil e agradável. Os recursos da arte cinematográfica predis põem à absorção do conhecimento; d) Exercitar a capacidade de expressão, poder de síntese e habilidade de argumentação. Levantar e mobilizar os conhecimentos jurídicos para captar a realidade exige familiaridade com formas criativas de interpretar e de organizar argumentos, por parte do advogado; e) Pensar. As definições mais tradicionais de conhecimento supõem que é possível representar, ver e conhecer o mundo tal como ele é, como se estivesse ancorado num ponto fixo, imutável e construindo-se, em consequência, proposições coercitivas, incondicionadas. Ao invés disso, trata-se de desenvolver uma atitude intelectual adequada ao momento contemporâneo, quando o fundamento tradicional do pensar e do agir perdeu a validade.

Neste diapasão, o cinema ajuda adequadamente para uma experiência estética globalizante, provocando uma imersão na obra, o que auxilia em concisão, a pausa do juízo tradicional do indivíduo, para uma desaprovação ou identificação da circunstância e dos personagens, válidas pelo som, cores, a expressão dos atores, a emoção, ou seja, a história do filme, acarretando um horizonte eloquente e fascinante.

O cinema é uma arte que tem uma importância estética preciosa, aonde o arranjo de músicas, efeitos sonoros, imagens, palavras, vão além da área da simples fruição para embasar-se na área da ética, isto é, conflitos morais, análises políticas, experiências psicológicas preciosas, e outros tipos de dificuldades humanas podem ser experimentados com uma probabilidade colossal.

O observador é a pessoa que compreende as contendas indispensáveis ao seu acoplamento estrutural com o ambiente, ao passo da eficiência de sua adaptação e da viabilidade de sua sobrevivência, dividindo um consecutivo em um ato que traz à mão tanto a unidade abalizada como o background com relação à qual ela nasce (MATURANA, 2001, p. 83).

A obra cinematográfica é uma ferramenta de diálogo, e seu emprego como instrumento educacional no ensino jurídico, é extremamente influente para a

imaginação e para a sensibilidade, visto que o mesmo em sua linguagem audiovisual proporciona o tema, o argumento, a realização e a mensagem.

Corroborando a mencionada reflexão, Cavalcanti (1953, p.12):

Poderoso instrumento de cultura, cedo transformou-se num meio original e privilegiado de expressão, através do qual as idéias e os sentimentos se externam com uma riqueza de possibilidades que nenhuma outra forma de comunicação humana possui.

Dando seguimento, compete à instituição de ensino, promover o ingresso ao cinema como meio didático, na medida em que detém não somente dos recursos materiais adequados, mas também desempenha um papel emancipador essencial, inculcando dessa forma, um capital cultural libertador no espírito de seus educandos.

Além do mais, proporcionar a familiaridade com os bens culturais que integram a linguagem e o mundo em determinada profissão é algo indispensável.

### 3 CINEMA EM TELA: “O APEDREJAMENTO DE SORAYA M.”

A obra cinematográfica *O Apedrejamento de Soraya M.* proporciona um extenso campo para reflexões. Perante a narrativa cinematográfica, o filme narra a história verídica de Soraya Manutchehri, iraniana, de 35 anos, que foi acusada de adultério em agosto de 1986 e sentenciada ao apedrejamento no Irã. Casada há 22 anos com Ghorban-Ali, e mãe de sete filhos, Soraya é caluniada por seu próprio marido, que foi o mentor da acusação. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

Seu casamento com Ali, sete anos mais velho, ocorreu quando ela tinha 13 anos, eles tiveram nove filhos, sendo que dois nasceram mortos. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

Ghorban-Ali, marido de Soraya, queria se livrar de sua mulher para poder se casar com uma adolescente de 14 anos. Para não ter que amparar duas famílias e não ter que restituir o dote de Soraya, Ali já teria proposto o divórcio, mas Soraya não aceitou, pois ela não conseguiria sustentar os filhos com o dinheiro que ele daria, com isso, há uma conspiração contra ela esquematizada por seu marido e outros homens do vilarejo em que habitava. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

Após a morte inesperada da esposa de um vizinho, é ordenado a Soraya que trabalhe para este. E, assim, Ali articula algo para se livrar da esposa: denunciando-a de dormir com o vizinho. Entre chantagem e calúnias, o destino de Soraya foi projetado. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

No filme, há uma cena de tribunal, onde os homens que representam a lei do país em questão determinam o destino de Soraya: Ser condenada a morte por apedrejamento. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

Deste modo, as autoridades locais incitam os moradores do povoado a se voltarem contra sua amiga e vizinha. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

Soraya, parcialmente enterrada, é apedrejada em praça pública. Os primeiros a arremessarem pedras foram seu pai, filhos e marido. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

“Aja como um Homem; apedreje esta prostituta”, comanda o pai entregando as pedras nas mãos dos meninos de 11 e 9 anos. Soraya está enterrada até a cintura, braços amarrados, como um meio-totem para fora da terra, sob o forte sol do oriente, diante a população masculina da sua cidade, no Irã dos anos 80, crianças e anciãos estão presentes. Suas derradeiras palavras foram: “Como vocês podem fazer isto comigo, ou com qualquer outra pessoa? Eu sou Soraya, vizinha e amiga de vocês. Vocês me conhecem, fizemos refeições juntos, conversamos...”. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

Por fim, Soraya foi brutalmente apedrejada até a morte por uma multidão de homens, que incluiu se próprio pai, marido e dois de seus filhos. (O APEDREJAMENTO DE SORAYA M., 2008).

### 3.1 DISCRIMINAÇÃO E INJUSTIÇA: BASE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO IRÃ

No Irã, até 1979, ano da revolução, o país era governado pelo Xá Reza Pahlevi. O seu governo, embora muito corrupto e brutal (o que, aliás, foi uma das razões para a sua deposição), buscou modernizar e ocidentalizar o país, o que desagradou intensamente os mulás (líderes religiosos). Entretanto, as leis editadas em relação às mulheres estavam em muitas particularidades entre as melhores do mundo. (NAFISI, 2004, p. 50).

A pena de morte por apedrejamento foi estabelecida no Irã após a Revolução Iraniana em 1979, quando o país passou a ser uma República teocrática islâmica, sob o domínio dos extremistas islâmicos.

Os anos após a Revolução Iraniana longe de acolher às expectativas da população ocasionaram ao país mais protestos e uma onda de descontentamento ao governo.

Várias execuções foram decretadas pelos tribunais revolucionários islâmicos. As celas dos presídios, nos primeiros anos da revolução, eram cheias de manhã e esvaziadas no meio da noite. Nos corpos dos mortos, muitas vezes eram deixadas notas assegurando que aquele seria o fim de quem desobedecesse às leis islâmicas [...] (MELEIRO, 2006, p. 28).

Em um primeiro momento a população deu apoio integral ao novo governo; contudo, não necessitou muito tempo para que o regime principiasse as perseguições e conferisse um rígido código de conduta, buscando banir do país os hábitos

apreciados ocidentais e, assim, voltar à pureza do islã. Neste deslinde, foram as mulheres as maiores vítimas, o uso do véu, que não era obrigatório até então, foi prontamente colocado em lei; às mulheres foi determinado se acobertarem da cabeça aos pés em ambiente público, com a cor preta; foram impedidas também de usar maquiagem e pintar as unhas. Muitos direitos da mulher foram extintos e a mulher iraniana incidiu a valer a metade de um homem. Em um tribunal, por exemplo, necessita-se de duas mulheres para que seus testemunhos tenham o mesmo valor do testemunho de um homem. A mulher foi vetada de rir e de dialogar com o sexo oposto em ambientes públicos, e só sair à rua seguida do pai, irmão ou marido. Os recintos públicos foram reorganizados de tal forma que as mulheres não permanecessem no mesmo espaço que o homem. As novas leis incidiram também sobre outras extensões da vida das iranianas, a idade de casamento foi de dezoito para nove anos e no caso de divórcio ficou assentado que a mulher não tem direito a nada e os filhos permanecem sob a guarda do pai; e o apedrejamento regressou a ser a pena atribuída à mulher adúltera ou à prostituta. (NAFISI, 2004, p. 20).

As mulheres também são prejudicadas no próprio emprego da pena, as leis decidem que os homens que serão apedrejados devem ser enterrados até a cintura, já as mulheres devem ser cobertas até o busto, o que impede a sua escapada, além disso, as pedras não podem ser amplas, o satisfatório para matarem em um ou dois golpes, nem muito pequenas.

### 3.2 A MULHER IRANIANA NESTE INÍCIO DO SÉCULO XXI

Verifica-se, que a mulher iraniana neste início do século XXI é muito distinta daquela da época pós-revolucionário, quando sua liberdade e direitos foram limitados.

Como visto, há o despertar de uma nova consciência no Irã de hoje e à mulher iraniana cabe um papel fundamental no futuro desenvolvimento do país.

Atualmente à mulher iraniana compete um desempenho basilar quanto ao do país.

Neste diapasão, ressalta Sen (2000, p. 220):

Já não são mais receptoras passivas de auxílio para melhorar seu bem estar, as mulheres são vistas cada vez mais, tanto pelos homens como por elas próprias, como agentes ativos de mudança: promotoras dinâmicas de transformações sociais que podem alterar a vida das mulheres e dos homens.

Entretanto, isto não quer dizer que a batalha contra a violência e o abuso contra a mulher não seja uma preocupação. Tanto que atualmente a batalha versa no

sentido de uma condição de vida melhor para as mulheres em sociedades opressoras, bem como seu papel no desenvolvimento do país.

Mesmo com os citados progressos significativos, a mulher iraniana ainda tem de se sujeitar a leis antiquadas. O caso mais incisivo é a pena de morte por apedrejamento da prostituta ou da mulher adúltera. Em virtude de um divórcio perde a guarda dos filhos e não tem direito a nenhum tipo de pensão. É ordenada a iraniana casada à permissão do marido para a realização de variadas atividades e, desta forma, a solução achada pelas mulheres é não se casarem.

Conclui-se, portanto, que muitas leis vigentes no Irã não são seguidas, e tanto as mulheres como os homens buscam formas de burlá-las, ressalta-se também que as leis em sua grande maioria não correspondem à realidade. O que sucede presentemente no Irã é que sua sociedade está muito mais na dianteira do que o seu sistema legal.

#### 4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Discriminar é apartar, marcar, distinguir, diferenciar.

Para Cruz (2005, p.15):

(...) toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.

A discriminação não se associa com os princípios do Estado Democrático de Direito. Contudo, em uma apreciação mais apurada faz entender que situações há em que, sem denegar tais princípios, manifestar-se cogente a prática da discriminação.

Neste deslinde, nega-se a disposição da convivência em sociedade, denega-se a vida em Estado democrático, arranham inteiramente os princípios da isonomia, asseverado de forma clara o direito a igualdade na Constituição Federal (LGL\1988\3), de acordo com o enunciado no art. 3.º, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Independente do pretexto, motivo ou condição da origem a discriminação, será insignificante, normalmente vem seguida com um argumento.

Neste aspecto, encontramos respaldo nas palavras de Barros (1995, p.39):

(...) a palavra discriminação é de origem anglo-americana; do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção. (...) De acordo

com a doutrina italiana, ela traduz uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, no caso, o sexo, lesiva de um interesse econômico, moral, profissional ou de outra ordem.

Assim, todas as práticas discriminatórias contra a mulher compõem maneiras de violentá-la. Importante salientar os inúmeros casos do uso da força física masculina sobre o corpo da mulher ocorre através da íntima convivência com os homens agressores.

Neste diapasão, tais casos carecem ser careados com a advertência para se evitar contato com desconhecidos.

Apesar de que valham as suspeitas contra estranhos no processo de socialização feminina, as agressões partem em sua grande maioria, dos parentes, notadamente dos maridos e companheiros, a habitualmente chamada “violência doméstica”.

Isto posto ressalta-se a falsa concepção da crença de que a violência doméstica ocorre apenas entre as hierarquias inferiores da sociedade. Ela percorre as classes sociais, as etnias, independentemente do grau de escolaridade das mulheres agredidas e dos agressores. Salienta-se que tais agressões podem ser tipificadas como lesões corporais, assassinato ou estupro, bem como as formas psicológicas de agressão.

As agressões, mesmo que indiretamente, tem relação com a força física masculina, como componente intimidador, contudo isto não é motivo para alçá-la à condição de impulsão e causa para as agressões.

Salienta-se que em virtude de concepções preconceituosas, que inevitavelmente inferiorizam as mulheres, os homens acabam sendo posicionados como detentores do poder social. Tal premissa não apresenta razão que a explique, versa-se em um conglomerado de pontos retroalimentados e interligados.

Neste sentido, a não aceitação da sociedade quanto à violência contra a mulher apresenta um viés mais ideológico que prático.

A violência contra a mulher não é algo restrito a somente alguns países, tampouco uma ocorrência restrita da atualidade.

Embora baseados em definições variadas do fenômeno estudado, 35 estudos de 24 países revelam que entre 20% (Colômbia, dados de uma amostra nacional) e 75% (Índia, 218 homens e mulheres num estudo local) das mulheres já foram vítimas de violência física ou sexual dos parceiros. Em estudos com amostras nacionais dos Estados Unidos e Canadá, 28% e 25% das mulheres, respectivamente, reportam que foram vítimas deste tipo de violência. Em cidades dos Estados Unidos, uma entre cada seis mulheres grávidas já foi vítima da violência dos parceiros durante a gestação. De 10% a 14% de todas as mulheres norte-americanas



declararam que os maridos as forçam a fazer sexo contra a sua vontade (...) (BRANDÃO; GONÇALVES, 2004, p. 313).

Em nosso país, segundo Brandão; Gonçalves (2004, p. 314):

A violência doméstica e o estupro seriam a sexta causa de anos de vida perdidos por morte ou incapacidade física em mulheres de 15 a 44 anos – mais do que todos os tipos de câncer, acidentes de trânsito e guerras.

Valido ressaltar, que a violência contra as mulheres não compreendem somente atos de agressão contra o seu corpo, por meio do abuso sexual, tortura psicológica ou física, ou seja, a mulher sofre uma violência cotidiana, ligada e arraigada no imaginário social coletivo da nossa sociedade, de homens, e mulheres, que validam a dependência do sujeito feminino a comando do poder masculino.

É nítida no dia a dia, a concepção de estereótipos que amoldam maneiras singulares de discriminação e preconceito por meio de personagens da vida diária, por exemplo, a dona de casa, a doméstica, professorinha, e outros tipos, cuja representação se transtornou em um elemento tão vendível quanto qualquer outro artigo de consumo. Neste sentido ressalta-se também o corpo explorado por meio da mídia, além de convir às leis mandatórias do turismo sexual e do comércio.

Em nosso país, militantes dos direitos humanos, cientistas políticos e sociais têm se empenhado firmemente na averiguação, na denúncia e na divulgação dos elevados indicadores de violência perpetrada contra as mulheres pelos homens.

## 5. REFLEXÕES SOBRE A MULHER IRANIANA VERSUS A BRASILEIRA

Não basta ensinar ao homem uma especialidade. Porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto. A não ser assim, ele se assemelhará, com seus conhecimentos profissionais, mais a um cão ensinado do que uma criatura harmoniosamente desenvolvida. Deve aprender a compreender as motivações dos homens, suas quimeras e suas angústias para determinar com exatidão seu lugar exato em relação a seus próximos e à comunidade (EINSTEIN, 1981, p. 16).

O filme “O apedrejamento de Soraya M.” revela uma situação de amplo embate com a cultura ocidental.

Muito provavelmente, caso, nós brasileiros, tivéssemos nascido e sido educados de acordo com as leis do país em que se passa a história do filme, consideraríamos a situação correta, porém de acordo com nossas leis e tradições tais atos representam atentado aos direitos humanos. Deste modo, a tendência é ignorar

tais atos bárbaros em virtude da impossibilidade de alterar a ideologia representada pela religião.

Contudo, atualmente muitos casos de violência doméstica, por exemplo, são tratados de forma velada pela comunidade, ou seja, ouvir ou ver, por exemplo, um homem agredir uma mulher, muitas pessoas iriam, provavelmente, subir o volume da televisão ou sair para dar um passeio o que revela de certa forma que mesmo nos considerando uma civilização avançada, cometemos atos de igual crueldade.

Posto que tenha se modificado durante os séculos, a contenda sobre direitos humanos conduziu-se paralelamente a sequência de períodos que evidenciaram a desigualdade entre os homens e as mulheres, dessa forma, configurou-se um solar campo de forças, cuja fertilidade foi tematizada pelas mais distintas linguagens artísticas, dentre as quais se sobressaía o cinema.

Desta forma, a exploração didática e metodológica da obra cinematografia abre variadas possibilidades de implicação, empregada como baseamento para uma reflexão crítica sobre o direito, com a edificação da cidadania e a solidificação da democracia, contribuindo para que progressivamente as nações tomem comedimentos que garantam o reconhecimento e a observância universal e eficaz dos direitos humanos por todos os povos do mundo. Como efeito, a demanda pela ampliação da participação de docentes e discentes como atuantes de transformação.

Neste deslinde, os estudantes são atraídos a expressar suas realidades, despertando-os por aprender e evidenciar seu desempenho cívico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo publicado, primeiramente se faz imperativo acender o valor dos estudos didáticos conduzidos ao ensino de nível superior, onde os docentes devem atingir uma autocrítica e tomar consciência de seus encargos, para exercer da melhor forma sua funções, além da efetivação de experiências pedagógicas objetivando o aprimoramento dos distintos tipos de atividades sem deixar de lado as responsabilidades educativas.

Deste modo, além da compreensão total da programática sugerida, o docente deve ter uma formação holística baseada na maestria do processo de comunicação.

Presentemente temos uma nova realidade de dinamismo e tecnologia, e o aprofundamento da informação disponível é de extremado valor, no intento de perceber esse fim, várias estratégias são plausíveis, dentre elas é relacionar o direito e o cinema.

A finalidade basilar ao trabalhar o direito e o cinema com os educandos de graduação é fazê-los olhar o mundo dentro de uma conjuntura jurídica, entretanto, para que se tenha êxito em tal encargo é imprescindível treinar esse olhar jurídico, não se reduzindo somente a interpretação cerrada de contratos e textos jurídicos. A

intenção é conseguir um ensino jurídico mais compromissado com a realidade, tornando-os pessoas mais críticas, por conseguinte profissionais mais qualificados e humanos preocupados na concretização de uma justiça social mais ativa, almejando o bem-estar coletivo.

A sétima arte, utilizada como projeto pedagógico exhibe múltiplos horizontes em todos os campos da cultura: social, religiosa, filosófica, educacional, política, ou seja, colabora para uma versatilidade cultural mundial, envolvendo-se em um rico material de aula, altamente didático.

O filme “O Apedrejamento de Soraya M”, proporciona produtivo campo para reflexões, é uma chance especial para analisar os fundamentos que coordenam e guiam as relações jurídicas, trata-se, portanto, de uma chamada ao debate, para juntos estabelecermos um país que estime a diversidade e garanta o respeito aos direitos humanos.

A discriminação contra a mulher, pelo fato de negar ou limitar sua igualdade de direitos com o homem, é essencialmente injusta e compõe uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Deste modo, a colisão da discriminação da mulher em relação aos homens é escabrosa quando dizem respeito à humilhação a qual elas são resignadas, antiéticas pela razão de que a desigualdade contradiz a democracia e anti-sociais por represamento das competências individuais, colidindo no desenvolvimento do país.

Presentemente encontramos ampla apreensão por parte da sociedade com a constituição de identidades femininas e masculinas e com a problemática do gênero e do sexo. Observa-se durante a passagem dos anos é que minorias sexuais ou de gênero têm padecido mais do que aqueles que fazem parte à ampla parcela dos abarcados no mesmo mundo machista, patriarcalista, neoliberal, capitalista, e globalizado, cuja pessoa se contém cada vez mais em si mesmo, sustentando um culto ao individualismo e não descobrindo outro recurso a não ser atentar nos mais fracos o seu poder, conservado a ferro e a fogo durante a História.

Compreende-se, que a batalha contra a violência e pelos direitos humanos, a discriminação e o preconceito, não é só contra as mulheres, mas contra todos aqueles que são vítimas, deste modo, deve ser enfrentado como um mal a ser combatido, cuidado, disciplinado e apenado.

Neste diapasão não satisfazem somente leis dedicadas a combater a violência física contra a mulher. É necessário transformação de atitude. É fundamental talhar o mal pela raiz. É imprescindível encarar o assunto e afrontá-lo como um tema de educação, na família, na escola e sociedade, uma questão de Estado, cuja elucidação só será vista por meio de políticas públicas decisivas, diretas e sérias.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1995.
- BRANDÃO, Eduardo Ponte; GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). Psicologia jurídica no Brasil, 2004.
- CAVALCANTI, Manuel. O cinema como objeto do direito. Rio de Janeiro: Congregação da Faculdade Nacional de Direito, 1953.
- DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir: Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- EINSTEIN, Albert. Como vejo o mundo. Tradução de H. P. de Andrade. 11. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.
- FREIRE, Paulo. Ação cultural para a liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.
- HAIDT, Regina C. Cazaux. Curso de didática geral. São Paulo: Ática, 2003.
- LACERDA, Gabriel. O Direito no cinema. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.
- MATURANA, Humberto. Emoções e linguagem na educação e na política. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- MELEIRO, Alessandra. O novo cinema iraniano: arte e intervenção social. São Paulo: Escrituras, 2006.
- NAFISI, Azar. Lendo Lolita em Teerã: uma memória nos livros, 2004.
- O APEDREJAMENTO DE SORAYA M. Diretor: Cyrus Nowrasten. Roteirista: Betsy Giffen Nowrasteh, Cyrus Nowrasteh. Intérpretes: Shohreh Aghdashloo, Mozhan Marnò, James Caviezes, Navid Negahban, Ali Pourtash, David Diaan, Parviz Sayyad, Vida Ghahremani, Vachik Mangassarian, David Fariborz Davoodian, Maggie Parto, Prasanna Puwanarajah. Estados Unidos: DBA West, 2008. 111 min.
- SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- VEIGA, Ilma P. Alencastro. Repensando a didática. 23. ed. Campinas: Papirus, 2006.
- ZAMBONI, Silvio. A pesquisa em arte: um paralelo entre arte e ciência. 3 ed. Campinas: Autores Associados, 2006.

Como citar esse artigo:

LIMA, Aline Aparecida Novais Silva; AMARAL, Sérgio Tibiriça. Filme Retratos da Vida: o reconhecimento do genocídio como crime contra a humanidade após a Segunda Guerra Mundial., in BERNARDI, R.; SALIBA; M. G.; BERTONCINI, C; PASCHOAL, G. H. **Direito e Cinema em debate**. Jacareizinho – Paraná, UENP, 2015.

**Biografia dos autores:**

*Aline Aparecida Novais Silva LIMA*

Assistente/Estagiária  
Docente e Pós-Graduanda Direito do Trabalho e Previdenciário no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.

Advogada. e-mail: [aline\\_novais@hotmail.com](mailto:aline_novais@hotmail.com)

*Sérgio Tibiriça*

**AMARAL**

Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. Professor do Programa de Pós-Graduação da ITE-Bauru. Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. E-mail: [sergio@unitoledo.br](mailto:sergio@unitoledo.br).

# **FILME RETRATOS DA VIDA: O RECONHECIMENTO DO GENOCÍDIO COMO CRIME CONTRA HUMANIDADE APÓS A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL**

*Aline Aparecida Novais Silva Lima*

*Sérgio Tibiriça Amaral*

## **RESUMO**

A Segunda Guerra Mundial é o cenário que o diretor francês Claude Lelouch se inspirou para o enredo do filme Retratos da Vida(1981) [*Les uns et les autres*]. O filme narra o drama de quatro famílias de distintos países - Estados Unidos, França, Alemanha e Rússia que se unem através da dança e do drama de um mundo em guerra. O presente artigo propõe uma breve reflexão sobre a construção de *um novo direito* de proteção aos direitos humanos no plano internacional pós-guerra. Em especial as mudanças ocorridas decorrentes do holocausto, genocídio considerado crime contra a humanidade.

**Palavras-Chave:** Segunda Guerra Mundial. Crime Contra Humanidade. Genocídio. Igualdade.

## **ABSTRACT**

The World War II is the scenario that the french director Claude Lelouch was inspired to the plot of the film Portraits of Life (1981) [*Les et les autres each*]. The film tells the drama of four families from different countries - the United States, France, Germany and Russia to unite through dance and drama of a world at war. This article proposes a brief reflection on the construction of a new law to protect human rights in the post-war international level. In particular the changes occurred arising from the holocaust, genocide a crime against humanity.

**Keywords :** World War II. Crime Against Humanity. Genocide. Equality.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução dos Direitos Humanos no plano internacional após a Segunda Guerra Mundial a partir da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945.

A Carta de São Francisco é um marco histórico da internacionalização dos Direitos Humanos. Trava-se neste momento o surgimento do que Celso Lafer denomina de um *novo direito*, ou seja, uma nova tentativa da comunidade universal depois do insucesso do Pacto da Sociedade das Nações<sup>(1)</sup> de *constitucionalizar* as relações internacionais, limitando juridicamente o exercício do poder, que se encontra em pleno desenvolvimento até os dias atuais.

A Segunda Guerra Mundial foi um dos episódios mais trágicos da história da humanidade. Estima-se que morreram entre 50 ou 60 milhões de pessoas. As atrocidades cometidas contra uma raça, cor, religião, de povos distintos, marcaram negativamente este período. Fez o mundo repensar no que realmente somos e a necessidade de se respeitar as diferenças entre as pessoas.

E foi neste cenário de sofrimento causado pela Segunda Guerra Mundial, onde anárquico *estado de natureza* da guerra de todos contra todos e do *realismo* da visão maquiavélico-hobbesiana identificada como sendo a característica definidora da vida internacional, que o diretor francês Claude Lelouch, se inspirou para o enredo do filme Francês Retratos da Vida [*Les uns et les autres*] no ano de 1981. O filme narra a história de famílias diferentes que convivem com os massacres e atrocidades de um mundo em Guerra, em que o totalitarismo estatal era fortalecido à custa de graves violações contra os direitos humanos.

Neste contexto, o filme conta como a vida de diferentes famílias, ao longo de 03 gerações, na Rússia, França, Alemanha e Estados Unidos, todas ligadas pela música, são afetadas pela Segunda Guerra Mundial.

Na Rússia, a bailarina do Bolshoi Tatiana Itovitch perde seu marido, o músico Boris Itovitch, na guerra. Ela cria sozinha o filho deles, o bailarino profissional Sergei, que foge da União Soviética e vem a ter uma filha, a também bailarina Tania.

Na França, no pós-guerra de Paris, a cantora Evelyne é acusada de ter dormido com o inimigo e se muda para Dijon, onde ela tem uma filha, Edith. Na Alemanha, o pianista e maestro Karl Kremer deixa sua esposa Magda Kremer e seu filho para lutar na guerra.

Nos Estados Unidos, o famoso cantor pop Jack Glenn deixa sua esposa Suzan Glenn para entrar no exército e entreter as tropas em Londres. O filho deles Jason Glenn e sua filha, a cantora Sara Glenn, se tornam pessoas importantes do show business. Suas vidas são cruzadas em uma apresentação da Cruz vermelha do Bolero de Ravel em Paris.

Também na França, a violinista judia Anne Meyer se casa com o pianista Simon Meyer e ambos são enviados para um campo de concentração nazista, onde

Simon morre vítima do genocídio, o holocausto nazista. Na viagem de trem para o campo, Simon deixa o bebê na linha do trem na esperança de que seu filho sobreviva ao holocausto. E é nesta cena traumática que nossa pesquisa se inspirou para tratarmos do genocídio crime que tem como objetivo a eliminação da existência física de grupos nacionais, étnicos, *raciais*, e/ou religiosos. A compreensão do que foi o genocídio (2), o holocausto nazista, levou a comunidade internacional pensar em um recomeço. Foi preciso recomeçar, criar valores universais capazes de evitar nova barbárie contra a espécie humana.

Neste filme é possível apreender como a Segunda Guerra mundial atuou na dinâmica social da época com maridos, pais e filhos deixando suas famílias para pelejar e morrer na guerra, além do genocídio que representou a recusa frontal da diversidade e pluralidade, característica da condição humana na proposta de Hannah Arendt, que afrontou os princípios kantianos da hospitalidade universal e da confiança recíproca.

## A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

A Segunda Guerra Mundial aconteceu em virtude da tentativa da efetivação dos regimes nazifascistas pelo mundo por seus principais líderes: Adolf Hitler e Benito Mussolini. Sobre o início da Segunda Guerra Mundial, alguns pesquisadores apontam como umas das principais causas do conflito a imposição do Tratado de Versalhes (1919), principalmente sobre a Alemanha, e a Crise de 1929 que iniciou nos Estados Unidos, mas que se expandiu por toda a Europa. O período que compreende o final da Primeira Guerra Mundial (1919) e início da Segunda Guerra (1939) ficou conhecido como período do “entre guerras”, no intervalo de tempo entre os dois maiores conflitos da humanidade é possível perceber uma rápida ascensão do Regime Nazista na Alemanha e Fascista na Itália e a disseminação dessas ideologias entre a população européia.

Os Estados Totalitários formados pela Alemanha e Itália iniciaram sua política de expansão territorial no ano de 1931, a Itália invadiu a região da Abissínia (Etiópia); a região da Manchúria (China) foi tomada pelo Japão. A Alemanha começou sua política expansionista dentro do próprio território europeu, incorporou a região do Sarre e ocupou militarmente a região da Renânia. As pretensões imperialistas do nazi-fascismo, principalmente da Alemanha, eram agregar a região da Áustria e toda a região do leste europeu, ou os chamados Sudetos, que compreendiam as regiões que faziam fronteiras com a República Tcheca (Boêmia e Morávia). A Inglaterra e a França concederam aos alemães a ocupação destas regiões na conferência de Munique. Entretanto, ingleses e franceses asseguraram a proteção e a não invasão alemã de outros territórios no leste europeu (Polônia), ou seja, a Alemanha comprometia-se a não empreender uma nova expansão territorial sem o conhecimento franco-inglês. Dando continuação à política dos acordos, no ano de

1939, Hitler assinou com Stálin o pacto germano-soviético de não agressão e neutralidade entre Alemanha e União Soviética por dez anos.

Outro fato que fortaleceu a aliança dos países do Eixo aconteceu entre 1936 e 1939, na Espanha. O golpe militar empreendido pelo general Franco, que ficou conhecido como A Guerra Civil Espanhola, dizimou milhões de pessoas. Os principais líderes nazifascistas, respectivamente Hitler e Mussolini, apoiaram o golpe do general Franco e enviaram armas recém-criadas pela indústria bélica alemã para serem testadas diretamente em vidas espanholas. O apoio nazifascista consolidou a aliança que ficou conhecida como Eixo Berlim-Roma. Na década de 1930 do século XX, o Japão se despontava no continente asiático como uma grande potência imperialista, o país incorporou alguns territórios, principalmente a região da Manchúria, na China. Essa expansão territorial rapidamente levou o país a entrar em conflito com a União Soviética e alguns outros países imperialistas do ocidente. Desde então, o Japão iniciou uma aliança com a Alemanha e Itália, constituindo a aliança denominada Eixo Roma-Berlim-Tóquio. A principal política destes três países era o duro combate ao comunismo internacional que desencadeou o acordo chamado pacto anti-Komintern e a expansão territorial.

A chamada Liga das Nações, órgão internacional que prezava a paz mundial, nada fazia para barrar a expansão territorial alemã, italiana e japonesa. Em setembro de 1939, a Alemanha nazista invadiu a Polônia em retalhamento ao Tratado de Versalhes, que tinha incorporado o chamado ‘corredor polonês’ (território que tinha saída para o Mar) à Polônia, território que pertencia antes à Alemanha.

Até o ano de 1942, os países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) empreenderam enormes vitórias na Europa, incorporaram vários territórios. No ano de 1941, Hitler rompeu o acordo feito com a União Soviética e invadiu o país em busca de minérios, cereais e petróleo; até o final do ano de 1941, os alemães realizaram duras baixas no exército soviético, fato que mudou significativamente no ano de 1942, quando os soviéticos fizeram os alemães saborear duras perdas. Os países aliados (Inglaterra, França) passaram a ter o apoio da União Soviética e dos Estados Unidos da América. A União Soviética entrou na guerra a partir do momento em que Hitler rompeu com o pacto germano-soviético; os Estados Unidos já promoviam acordos de solidariedade com a Inglaterra, na chamada Carta do Atlântico, negociada pelo presidente Norte Americano Franklin Roosevelt e pelo primeiro-ministro inglês Winston Churchill.

Após os ataques japoneses à base naval de *Pearl Harbor*, os Estados Unidos declararam guerra ao Japão. A partir do ano de 1941, com a entrada da União Soviética e dos Estados Unidos, os aliados começaram a reverter a situação.

A Batalha de Stalingrado ocorrida na Rússia foi uma das primeiras grandes baixas no exército alemão. A partir de então, formava-se a primeira frente de luta dos aliados que direcionavam a marcha para a tomada de Berlim. Outra baixa nos países do Eixo foi a vitória dos Estados Unidos sobre a marinha japonesa em 1942, na Batalha de Midway. As forças inglesas e norte-americanas derrotaram no ano de



1943 as tropas do Eixo, no norte da África, na Batalha conhecida como El Alamein. Delineava, então, o fracasso do Eixo durante a Segunda Guerra Mundial. O golpe final foi dado pelos soviéticos (Exército Vermelho), que tomaram e marcharam sobre Berlim no ano de 1945. O nazista Hitler suicidou-se com um tiro de pistola e sua esposa Eva Braun envenenou-se; o líder fascista Mussolini e sua esposa foram fuzilados pela resistência italiana e seus corpos foram expostos em praça pública na cidade de Milão.

Após a morte dos líderes nazifascistas, uma última batalha ainda aconteceu, o conflito entre Japão e Estados Unidos no Pacífico. Os Estados Unidos dominaram as ilhas de Iwojima e Okinawa, a rendição japonesa foi logo consolidada. Em agosto de 1945, os Estados Unidos, com a vitória já consolidada, resolveram mostrar para o mundo o seu poder bélico e lançaram sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki duas bombas nucleares que as arrasaram, ceifando vidas de milhares de pessoas, decretando o fim da Segunda Guerra Mundial, mas iniciando uma nova etapa da história da humanidade, sobretudo no que tange a maior preocupação da comunidade internacional sobre a proteção dos direitos humanos.

## 2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.

Na guerra vemos abolida a proibição do homicídio. Há uma exceção do mandamento *não matarás*. E além de revogar essa proibição, ocorre sua legitimação e matar se torna algo comandado, conforme diz Lafer:

A guerra, apesar de caracterizar desde tempos imemoriais, a vida internacional, é uma situação-limite. Representa a abolição, durante a sua vigência, de um dos mais antigos tabus da espécie humana - a proibição do homicídio, base do direito à vida, hoje considerado o mais intangível dos direitos humanos. Com efeito, a guerra converte a ação de matar outros seres humanos não apenas em algo permitido e legitimado, como também em algo comandado. É esta exceção ao mandamento do *não matarás* que insere a guerra na agenda ética do problema do mal no mundo. Com efeito, considerando-se, como sugere Bobbio, as duas dimensões do mal - o mal ativo, associado à vontade de poder, à prepotência, ao exercício da violência em todas as suas formas, e o mal passivo, que se refere à perspectiva das vítimas, que sofrem uma pena sem culpa, pode-se dizer que a guerra representa a combinação destas duas dimensões do mal em grande escala. Não é por acaso que *projetos de paz*, como o do Abbé de Saint-Pierre, ou o de Kant, foram elaborados depois de guerras européias. Não é igualmente por acaso que a perspectiva das vítimas de guerra, a perspectiva *ex parte populi*, introduzida na agenda política pelos processos de democratização, tenha levado a diversas formas de pacifismo. (3)

Piovesan leciona que foram as guerras que formularam o processo de internacionalização dos direitos humanos, assim como o holocausto, os ataques a Hiroshima e Nagasaki, o que gerou uma irracionalidade sem precedentes e milhões de mortos, exigindo o pós-guerra um reconstruir. (PIOVESAN, 2003, p. 36).

O ano de 1945 é um divisor de águas para o tema dos direitos humanos e início do processo de internacionalização, podendo-se afirmar que existe um antes e um pós 1945.

Como bem preleciona Fábio Konder Comparato:

Ao emergir a 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos. (COMPARATO, Saraiva. 2010, p. 54)

Em 1945 nasce o direito internacional dos Direitos Humanos, tendo como Constituição: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consolidava o indivíduo como sujeito de direito internacional. Temos aqui nas palavras de Hannah Arendt, a idéia do "direito de ter direitos", que estará na base da construção dos regimes democráticos da Idade Contemporânea.

A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, e carregava consigo como objetivos o anseio pela paz. Na elaboração de um *direito novo*, a Carta levou em conta o que foi a destrutividade técnica dos instrumentos bélicos da Segunda Guerra Mundial, inclusive a bomba atômica, e a experiência do totalitarismo, que patrocinou os campos de concentração e o holocausto. Trata-se, à luz do que tinha sido o horror da guerra e o horror do holocausto, da incorporação da idéia kantiana do direito à hospitalidade universal, sem o qual nenhum ser humano pode, diante da soberania estatal, sentir-se à vontade e em casa no mundo.

Vejamos o teor do seu preâmbulo:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Em 2015 a Carta de São Francisco completa 70 anos e embora a ONU (Organização das Nações Unidas) caracterizar-se pela ação de um terceiro que não é um governo, mas uma instância de interposição num sistema interestatal, importante refletir como a ONU, como parte do processo vem favorecendo a afirmação dos direitos humanos.

### 3 O GENOCÍDIO COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE

A prática do crime de genocídio é tão antiga quanto à própria humanidade que chega a se confundir com ela, pois a idéia de exterminar um grupo diferente é quase que inerente à condição humana, como reflexo de seu mais profundo egoísmo.

A prática do genocídio ocorreu ao redor do mundo, em todos os períodos da história. No Oriente antigo era comum que as tribos vencidas fossem dizimadas, no Ocidente a Bíblia narra os diversos casos de genocídios.

Na Idade Média tais práticas podem ser exemplificadas com as Cruzadas: a) contra os albigenses; b) Vésperas Sicilianas em 1282; c) o extermínio dos anabatistas em Westfália em 1525; d) a morte sistemática dos nativos americanos, africanos e asiáticos pelos colonizadores europeus durante os séculos XVI e XIX, justificado pela ideia de civilizá-los.

No século XX as práticas genocidas continuaram a acontecer. Apesar de todo o avanço da civilização humana, foi o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala e na extensão, caracterizando o genocídio sistemático. Como exemplo, podemos citar: a) o massacre dos armênios pelos turcos; b) os crimes praticados por Hitler contra os judeus; c) os expurgos stalinistas na URSS; d) os vitimados pela guerra de Biafra na Nigéria, entre outros.

Mais recentemente podemos citar os crimes cometidos pelos tutsis contra os hutus em Ruanda e os conflitos étnicos deflagrados após a desintegração da antiga Iugoslávia, onde se pratica a chamada depuração étnica, que significa dar homogeneidade étnica a uma zona, utilizando a força para expulsar pessoas ou determinados grupos nesta área. Para tanto, foram utilizados estupros para impedir que os muçulmanos se reproduzissem.

Podemos ainda citar outros episódios de genocídios ocorridos no mundo, tais como: a) o massacre dos índios americanos; b) dos armênios pelos turcos, dos Incas e Astecas; c) um milhão e meio ou dois milhões de mortos na guerra do Vietnã; Serra Leoa, Moçambique; Angola; El Salvador; Nicarágua; Rússia, Irã, Israel; Coreia; Hiroshima; Nagasaki; Timor Leste, entre outros.

Embora os casos de genocídio no Brasil não se encontrem muito bem relatados pela historiografia como tal, podemos citar como exemplo: a) o extermínio dos índios pela Igreja Católica sob o pretexto de catequizá-los; b) a destruição do povoado de Canudos pelas tropas da recém instaurada República, e; c) a guerra do Contestado, em Santa Catarina, ocorrida entre 1912 e 1916.

Apesar de todos esses casos de genocídio acima mencionados, a idéia do crime de genocídio está ligada intrinsecamente aos crimes praticados pelos nazistas durante a Segunda Guerra.

Isso se explica porque esse tipo de violência foi tolerado durante muito tempo pela sociedade internacional, pois não havia nenhuma forma de proteção efetiva ao homem como gênero em nível internacional, embora já houvesse uma mentalidade de proteção aos direitos humanos e, por conseqüência, do respeito à coletividade, como forma de organização humana.

O uso da força em plano internacional sempre foi justificado pelas razões do Estado e sua necessidade de se expandir pela conquista de outros povos, em um primeiro momento, e depois pela necessidade de ampliar seu domínio econômico, após a acumulação de capitais.

Arendt desferiu críticas acirradas ao conceito de soberania, afirmando que “o ideal da inflexível auto-suficiência e auto-domínio contradiz a própria condição humana da pluralidade. Nenhum homem pode ser soberano porque a Terra não é habitada por um homem, mas pelos homens (...)” ARENDT, 2003, p. 246. A qualificação técnico-jurídica do genocídio como crime contra humanidade é uma conseqüência da ruptura totalitária.

Entretanto, sabemos que o processo de positivação das declarações de direitos humanos contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram construídos de acordo com acontecimentos históricos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representou um marco na história da evolução dos direitos humanos, significou a partilha de valores comuns em um sistema de princípios fundamentais da conduta humana que legitima a universalidade de valores fundamentais.

Nas palavras de Bobbio:

... Com essa declaração, um sistema de valores é \_pela primeira vez na história\_ universal, não em princípio, *mas de fato*, na medida em que o consenso sobre a sua validade e sua capacidade de reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo as mais universais das religiões, a cristã, envolveram *de fato*, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade). Somente depois da Declaração Universal que podemos ter certeza histórica de que a humanidade \_ toda humanidade \_ partilha de valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade de valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

Vejamos a definição do Dicionário Aurélio para o crime de genocídio:

Trata-se de crime contra a humanidade, que consiste em, com o intuito de destruir total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometer contra ele qualquer dos atos seguintes: matar membros seus, causar-lhes graves lesão à integridade física ou mental; submeter o grupo a condições de vida capazes de o destruir fisicamente, no todo ou em parte; adotar medidas que visem a evitar nascimentos no seio do grupo; realizar a transferência forçada de crianças num grupo para outro.

Segundo Carlos Eduardo Adriano Jupiassú "essa categoria de delito surgiu com os processos do Tribunal de Nuremberg, embora o termo crimes contra a humanidade seja conhecido, desde a IV Convenção de Haia de 1907, referente às leis e aos costumes da guerra terrestre por meio da chamada cláusula Martens". O Tribunal criado, pelos governos da França, EUA, Grã-Bretanha e URSS -vencedores do conflito- para punir os grandes criminosos de guerra das potências Européias do Eixo, tinham competência e jurisdição, em relação *aos crimes contra a paz, crimes de guerra e os crimes contra humanidade e do crime de conspiração para cometimento de tais crimes*. Princípios, jurisdição e competência análogos caracterizaram o Tribunal de Tóquio, criado em 19 de janeiro de 1946, para julgar e punir os criminosos do Extremo Oriente. Posteriormente, em 13 de fevereiro de 1946, a Assembléia Geral da ONU retomou a definição de crime contra a humanidade antes formulada pelo Estatuto de Nuremberg, e na sua resolução de 11 de dezembro de 1946. Reconheceu tais princípios como Princípios de Direito Internacional Penal, com um regime específico e distinto de responsabilidade.

Apesar de ilícitos, os comportamentos contrários à paz, antes de Nuremberg não chegaram a configurar ilícitos penais. Existiam de fato, tratados que contestavam a legitimidade da guerra como mecanismo de solução de conflitos e controvérsias internacionais, seja como instrumento de política nacional, além de convenções que fixavam leis e costumes de guerra, uma espécie de regulamentação jurídica da guerra e, portanto o uso de força armada em conflitos internacionais, como o direito de Haia que tratava dos direitos e deveres dos beligerantes e busca restringir e disciplinar a escolha dos meios de destruição (4). Merece destaque ainda o Direito de Genebra, de 1964, revista e ampliada em 1906 e 1929, que se preocupava com a proteção do ser humano durante o período de conflito armado.

Cabe ressaltar que a concepção de *crimes contra a humanidade*, previsto no artigo 6.º "c" do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, procurava tipificar, como ilícito penal, o ineditismo da dominação totalitária, que por meio de assassinatos, o extermínio, à redução à escravidão, a deportação, as perseguições por razões políticas, raciais e religiosas, carregava uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes de guerra. (LAFER, 2009, p.168).

Quanto ao Estatuto de Nuremberg como Direito do momento pós-guerra, embora consideremos correta a afirmação de as potências vitoriosas criaram um Tribunal *ad hoc*, é igualmente viável a afirmação de que este proporcionou desdobramentos importantes no tempo, à medida que levou à afirmação de um

Direito Internacional Penal como pressuposto da necessidade de exigências fundamentais de vida na sociedade internacional.

Cumpre-se destacar que o genocídio só adquiriu o significado independente em 1948, quando a Assembléia Geral da ONU adotou a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de sorte que antes da Convenção, em 1946, considerava-se que o genocídio era "a recusa à existência de inteiros grupos humanos e, portanto um delito de direito dos povos, que contrastava com o espírito e os objetivos das Nações Unidas, delito que o mundo civilizado condena". Surge assim, a Resolução nº 96 (11.12.46), que é originária da 6ª Comissão da 1ª Assembléia Geral das Nações Unidas. (JUPIASSU, 2004, p.223)

O artigo 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 define o crime como:

Na presente Convenção, entende-se por genocídio os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- a) assassinato de membros do grupo;
- b) atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;
- c) submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência forçada das crianças do grupo para outro.

Para Jan Eliasson, vice-secretário-geral da ONU, "A Convenção sobre o Genocídio tem no seu cerne o compromisso de proteger as populações vulneráveis da violência em massa." (5)

O crime de genocídio apresenta-se como uma das questões principais do direito internacional, pois constitui, sem sombra de dúvidas, na maior violação dos direitos humanos.

Trata-se de crime que afeta diretamente o núcleo essencial do ser humano, qual seja, o direito de ser diferente, por exemplo, pertencer a uma religião diferente, uma outra raça, etnia ou grupo nacional, defender idéias políticas contrárias ou ter uma cultura diversa.

No crime de genocídio fica evidenciado um desrespeito inadmissível à dignidade da pessoa humana e à sua liberdade. O genocídio caracteriza-se assim, pela intolerância contra a diversidade humana, pois a categorização da humanidade como algo unitário ainda não foi possível.

Nas palavras de Flávia Piovesan (6):

neste cenário, fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado ao Estado, isto é, não deve ser restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua

vez, esta concepção inovadora aponta para duas importantes conseqüências:

1. A revisão da noção tradicional de soberania absoluta do estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;
2. A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito .

Dessa forma, conclui-se que a Convenção para Prevenção do Genocídio, na linha do desenvolvimento do Direito Penal do segundo pós-guerra, exclui a responsabilidade coletiva ao buscar a individualizar a responsabilidade penal do agir criminoso. Ela tutela os direitos humanos *ex parte populi*, estabelecendo responsabilidade penal aos governantes, dos funcionários e dos particulares( artigo IV) na pratica ou participação do crime de genocídio. ( LAFER, 2009, p.171)

No Brasil a referida Convenção foi ratificada pelo Decreto 30.822 de 1952 e, logo após, em 1956, foi editada a Lei nº 2.889 /56 que não fugiu aos tipos de genocídio descritos na Convenção.

Nesta mesma linha, o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, estabeleceu a competência para o julgamento de quatro categorias de crimes: a) o crime de genocídio; b) os crimes contra a humanidade; c) os crimes de guerra; e d) crimes de agressão.

## CONCLUSÃO

A Carta de São Francisco é um marco histórico da internacionalização dos Direitos Humanos. Trava-se neste momento o surgimento do que Celso Lafer denomina de um *novo direito*, ou seja, uma nova tentativa da comunidade universal depois do insucesso do Pacto da Sociedade das Nações de *constitucionalizar* as relações internacionais, limitando juridicamente o exercício do poder, que se encontra em pleno desenvolvimento até os dias atuais. A partir dela foi elaborada a Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e a Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do crime de Genocídio, aprovada também no quadro da ONU, constituem marcos inaugurais da nova fase histórica que ainda se encontra em pleno desenvolvimento.

Após a Segunda Guerra Mundial, dezenas de convenções internacionais foram celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das Organizações Regionais, não apenas no âmbito dos direitos individuais, mas também de natureza civil e política no plano internacional, além da afirmação dos direitos dos povos e direitos de humanidade.

Nas palavras do vice-secretário-geral da ONU, Jan Eliasson: “é importante analisarmos por que continuamos não conseguindo impedir atrocidades em massa, apesar das lições aprendidas, apesar do conhecimento das causas e apesar de termos garantido que nunca mais aconteceriam”.

O ano de 2015 marca 70 anos desde o fim do Holocausto e 70 anos desde o estabelecimento de instituições destinadas a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, como a ONU, oportunidade para considerar o que ainda deve ser feito para proteger as pessoas e construir sociedades “onde a tolerância supere o ódio”.

Finalmente conclui-se que mais importante do que fundamentar os direitos humanos é efetivamente protegê-lo. Devemos proporcionar meios para que sejam garantias fundamentais de todos os seres humanos. Este é o desafio.

## NOTAS DE FIM

1. Sociedade das Nações, também conhecida como Liga das Nações, foi uma organização internacional, idealizada em 28 de abril de 1919, em Versalhes, nos subúrbios de Paris, onde as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial se reuniram para negociar um acordo de paz. Sua última reunião ocorreu em abril de 1946.
2. Raphael Lemkin (1900-1959), jurista judeu polonês, ao tentar encontrar palavras para descrever as políticas nazistas de assassinato sistemático, incluindo a destruição dos judeus europeus, cunhou o termo “genocídio”, em obra seminal de 1944, denominada Axis Rule in Occupied Europe. Isso ocorreu no final da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo se encontrava chocado perante os acontecimentos na Alemanha nazista. Lemkin criou uma palavra que tinha o prefixo grego *genos* (que significa raça, ou tribo) com o sufixo de origem latina *cídio* (em inglês, cide), que deriva do vocábulo latino *caedere*, que significa matar, destruir, aniquilar. Disponível em : <http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005143>. Acesso em 25 de fev. 2015.
3. LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. Estud. av., São Paulo , v. 9, n. 25, Dec. 1995. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 15 fev. 2015.
4. Destaque para as convenções da Primeira Conferência de Paz de Haia de 1889, revista e ampliadas na Segunda Conferência de 1907.
5. Disponível em: < <http://nacoesunidas.org/onu-marca-65o-aniversario-de-convencao-que-previne-e-pune-o-genocidio/>>. Acesso em 25 de fev.2013.
6. Disponível em:< <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em 15 fev. 2015.

## BIBLIOGRAFIA

A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em:< <http://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em 10 fev.2015.

BATALHA DE SOLFERINO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em:



<[http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Batalha\\_de\\_Solferino&oldid=34467933](http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Batalha_de_Solferino&oldid=34467933)>.

Acesso em: 15 fev. 2015.

CANÊDO, Carlos. "O genocídio como crime internacional." Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Carvalho, Leandro. Segunda Guerra Mundial. Disponível em:

<<http://www.brasilecola.com/historiag/segunda-guerra-mundial.htm>> Acesso em 10 fev. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 54.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível

em:<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em 10 fev. 2015.

Decreto 30.822 de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio. Disponível em: <

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 25 fev. 2015.

Dicionário Brasileiro da língua portuguesa, 11ª edição, supervisionada por Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira.

JUPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. "O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal." Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 221 a 223.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. Estud. av., São Paulo, v. 9, n. 25, Dec. 1995. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 15 fev. 2015.

<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141995000300014>.

LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo- 7ª Ed. Companhia das Letras, 2009.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Artigo Disponível em:<

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em 15 fev. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 6. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. Crime de Genocídio. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 04 julho. 2009

## **O APEDREJAMENTO DE SORAYA M. NO CALEIDOSCÓPIO JURÍDICO**

Como citar esse artigo:

*Diego Nassif da Silva*

SILVA, Diego Nassif. O apedrejamento de Soraya M. no caleidoscópio jurídico, in BERNARDI, R.; SALIBA, M. G.; BERTONCINI, C; PASCHOAL, G. H.

**Direito e Cinema em debate.** Jacarezinho – Paraná, UENP, 2015.

*“Que esse cara tem me consumido, a mim e a tudo que eu quis.”*

(Esse Cara: Cazuza)

### **RESUMO**

Enfocando alguns dos múltiplos recortes jurídicos possíveis sobre filme 'O Apedrejamento de Saraya M.', expande sua análise para o âmbito geral e impessoal buscando argumentos que permitam guiar a percepção e a busca por transformações. Discutindo temas como penas cruéis e de morte, estado laico, direitos humanos, devido processo legal, minorias, violência doméstica e familiar e cultura de consumo, conclui que o tipo de violência sofrida por Soraya é traço universal entre mulher nas culturas patriarcais, principalmente em função da cultura sexista, dominadora e, por isso, violenta tendente a consumir, como um objeto, suas vidas e seus sonhos.

**Palavras-Chave:** Pena de morte; Estado laico; Devido processo legal; Violência doméstica; Cultura de consumo.

### **ABSTRACT**

Focusing some of the multiple possible legal clippings about movie 'The Stoning of Saraya M.', expands your review for the general and impersonal context looking for arguments enable to guide the perception and the search for transformations. Discussing topics such as cruel and capital punishment, secular state, human rights, due process of law, minorities, domestic violence and consumer culture, concludes that the type of violence suffered by Soraya is universal trait among women in patriarchal cultures, mainly due the sexist culture, dominating and therefore violent tending to consume, as an object, their lives and their dreams.

**Keywords:** Capital punishment; Secular State; Due process of law; Domestic violence; Consumer culture.

### **Biografia do autore:**

**SILVA**

Mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes e em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor de Direito na Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti. Analista judiciário no TRF-4ª Região.

## INTRODUÇÃO

Enterrada até o tórax. Os braços amarrados junto ao corpo, acima dos cotovelos. Sem ter como fugir ou se proteger, foi apedrejada até a morte por seus familiares, autoridades e vizinhos do pequeno povoado, conforme fora sentenciado. Do cadáver insepulto depositado de véspera à beira do riacho sobraram apenas alguns ossos, ignorados pelas feras selvagens. Quem é Soraya M.? Uma menina de 9 anos no único registro impessoal que restou da sua existência.

A história que nos é contada pelo filme 'O Apedrejamento de Soraya M.' tem origem no livro homônimo escrito por Freidoune Sahebjam, jornalista franco-iraniano que, em agosto de 1986, no vilarejo de Kuhbpayeh, no Irã, foi abordado por Zahra, tia de Soraya que, em sua última conversa com a protagonista, prometeu contar sua tragédia ao mundo.

Em resumo, Soraya Manutchehri sofria a violência doméstica do marido, Ghorban-Ali, carcereiro local que, querendo se casar com Malaka – menina de 14 anos oferecida pelo pai condenado à morte em troca da liberdade –, para obter o divórcio sem ter de pagar pensão e devolver o dote de Soraya, arma um teatro público de acusações infames no intuito de sujeitá-la a um tribunal corrupto e assim condená-la à morte por adultério segundo costumes religiosos locais.

Penas cruéis, degradantes, desumanas e de morte, devido processo legal, corrupção, islamismo, Estado laico, direitos humanos, minorias e grupos vulneráveis, igualdade de gênero, violência doméstica e familiar contra a mulher. De qual tema trata o filme? Como qualquer recorte de realidade, os fatos comportam diferentes abordagens, sempre a prestigiar um ângulo, enfatizar outro aspecto, lançar luz a um terceiro sentido. O presente artigo propõe-se, assim, a transitar brevemente em meio a algumas dessas múltiplas janelas que esta obra artística de não-ficção abre na seara jurídica, encontrando argumentos que permitam concretamente guiar a percepção e a busca por transformação da realidade denunciada.

## 1 PENAS CRUÉIS, DEGRADANTES, DESUMANAS E DE MORTE

Dentre os métodos de execução da pena capital existentes na atualidade (decapitação, eletrocussão, enforcamento, injeção letal, fuzilamento e apedrejamento), aquela sofrida por Soraya sem dúvida é uma das mais cruéis:

El Código Penal iraní es muy concreto sobre la forma en que se llevará a cabo la ejecución y los tipos de piedras que deben emplearse. El artículo 102 establece que, para la ejecución por lapidación, los varones serán enterrados hasta la cintura y las mujeres hasta el pecho. El artículo 104 establece, en relación con la pena por adulterio, que las piedras empleadas no deberán ser “tan grandes como para matar a la persona de una o dos pedradas, ni tan pequeñas que no puedan calificarse de piedras”. Esto deja

bien claro que el propósito de la lapidación es infligir un gran dolor y una muerte lenta (ANISTIA INTERNACIONAL, 2008).

Quando o Irã se tornou uma república islâmica, em 1979, passou a adotar a Sharia, ou seja, normas jurídicas baseadas na interpretação de escritos da religião islâmica. Com isso, penas como o apedrejamento se tornaram parte do código penal. Entre os chamados delitos contra a vontade divina (*hudud*) apenados com lapidação está o adultério, que deve ser comprovado por testemunhas presenciais, por confissão (repetida quatro vezes) ou pelo ‘conhecimento’ do juiz de que o delito de fato ocorreu. Apesar de ser prevista também para homens, a maior parte das pessoas condenadas à lapidação são mulheres (ANISTIA INTERNACIONAL, 2008).

Embora o filme seja ambientado em 1986, sabe-se que a prática ainda é atual no Irã considerando que em 2010 Sakineh Mohammadi Ashtiani restou condenada à esta pena de lapidação após controverso processo judicial. O caso chamou a atenção da mídia internacional, tendo o presidente brasileiro à época pleiteado ao líder iraniano a concessão de asilo à condenada. O pedido foi negado, mas, por pressão da comunidade internacional a pena capital foi suspensa (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Não obstante a condição de república islâmica permaneça na atualidade, é de se ressaltar que a morte por apedrejamento não constitui tema pacífico mesmo entre religiosos islâmicos, existindo países de orientação islâmica que não a adotam. O certo é que, após recorrentes denúncias de afronta aos direitos humanos na década de 2000, uma forte pressão internacional se abateu sobre os países que ainda aplicam penas cruéis, degradantes, desumanas e de morte (1).

Além do trágico desfecho, a pena de apedrejamento tem o claro propósito de infligir dor e humilhação, podendo ser considerada cruel, degradante, desumana. Acerca da possível distinção Gomes (2008) relata que o tratamento degradante “ocorre quando há humilhação de alguém perante si mesmo ou perante outros, ou leva a pessoa a agir contra sua vontade ou consciência”, ao passo que o tratamento desumano impõe “esforços que vão além dos limites razoáveis (humanos) exigíveis”, englobando, portanto, a pena ou tratamento degradante. Quanto às penas cruéis, Galvão (1995, p.173) informa serem aquela que “intensificam o sofrimento da vítima desnecessariamente, revelando no agente uma brutalidade além do normal”.

Por sua vez, Nilo Batista e Raul Zaffaroni (2003, p.233), à luz do princípio da humanidade, lecionam:

2. Em função do princípio da humanidade, toda pena que se torna brutal em suas consequências é cruel, como aquelas geradoras de um impedimento que compromete totalmente a vida do indivíduo (morte, castração, esterilização, marcas cutâneas, amputação, intervenções neurológicas). Igualmente cruéis são as consequências jurídicas que se pretendam manter até a morte da pessoa, porquanto impõem-lhe um sinete jurídico que a converte em alguém inferior (*capitis diminutio*). (...).

3. Uma pena que não é cruel em abstrato, ou melhor, em relação ao que acontece na maioria dos casos, pode porém tornar-se cruel em concreto diante de certa pessoa ou de certas circunstâncias peculiares (...).

Melhor posição, porém, parece ser a adotada por Moraes (2005, p.336) que, dentro da noção de penas cruéis compreende a tortura, os tratamentos degradantes e os tratamentos desumanos, numa mesma escala que, por todas as vias “acarretam padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre”, ou seja, “refletem uma mesma realidade” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p.140) repudiada tanto à luz da dignidade da pessoa humana.

A propósito, no ponto, prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da Organização das Nações Unidas (ONU, 1948):

Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

(...)

Artigo 5º Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Embora não tenha sido expressamente vedada a pena de morte, na Resolução 2857 (XXVI), de 1971, a Assembleia Geral da ONU (1971) afirmou que:

(...) para garantir plenamente o direito à vida consagrado no artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o objetivo principal a atingir é o de reduzir progressivamente o número de crimes puníveis com a pena de morte, tendo em conta a conveniência de abolir essa pena em todos os países;

Neste rumo, seguidas resoluções foram editadas na ONU pedindo a moratória global das execuções obtendo em 2014 o número recorde de 117 estados membros favoráveis à medida) (ONU, 2014). E não poderia ser diferente, pois, Nas palavras de José Afonso “uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte” (2008, p.201-202).

No Brasil, excetuada a Carta de 1937 - art.122, §13 -, todas as constituições limitaram a pena de morte aos crimes militares em tempo de guerra, destacando por vezes a expressão 'guerra externa' (BULOS, 2008, p. 272). Atualmente a Constituição de 1988, dispõe no seu art. 5º, inciso XLVII, que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso XIX, hipótese em que o método de execução previsto é o fuzilamento - Decreto-Lei 1.001/69, art.56.

Num aspecto mais amplo, porém, importante ressaltar que os recentes conflitos armados no Oriente Médio, no norte da África e no sul da Ásia tem apontado na radicalização da violência e na retomada da pena capital – muitas

praticadas com requintes de crueldade inerentes aos propósitos terroristas de vários grupos, notadamente o denominado Estado Islâmico.

## 2 ISLAMISMO, ESTADO LAICO, UNIVERSALIDADE E HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Ao contrário do que as recentes manifestações islamofóbicas do mundo ocidental transparecem, brutais penas capitais conduzidas sob o manto do Estado não são exclusivas do islamismo. Pelo contrário: a lei mosaica (Lei de Moisés), e que, portanto, compõe a Torah e a Bíblia Cristã, preveem várias hipóteses de para o apedrejamento – o que de modo algum estaria previsto expressamente no Corão, mas em relatos da vida de Maomé.

Seja como for, mostra-se equivocado considerar a Sharia, enquanto produto jurídico da religião islâmica, a razão do trágico tratamento dispensado a Soraya. Quantas 'bruxas' não forma queimadas pela Igreja Católica e quantas outras pessoas não tiveram as mais absurdas mortes determinadas em nome da religião ou de qualquer outra espécie de crença ou culto ao longo da história? De outra parte, quantas execuções da pena capital, mesmo em países laicos, não se transmutaram em sessões brutais de aniquilação da dignidade humana?

Nos países com regime democrático, os Estados Unidos e o Japão são os únicos a praticar a pena capital. Ao lado deles, China, Irã, Iraque, Paquistão e Sudão respondem por 91% das execuções praticadas em 2006 (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015).

O filme 'A Espera de Um Milagre' chocou o público ao dramatizar algumas execuções na cadeira elétrica. Já na vida real, mesmo sendo considerado o mais avançado, a injeção letal, que promete levar o condenado à morte sem dor, já foi protagonista de episódios como o de Clayton Lockett, em Oklahoma, Estados Unidos, que agonizou por cerca de meia hora após a aplicação do composto supostamente letal e indolor (UOL, 2014).

De toda sorte, mundo afora a pena capital não encontra apenas na religião seu fundamento de legitimidade e tanto em estados laicos como em estados cuja autoridade ampara-se em alguma ordem religiosa a pena capital está a afrontar direitos humanos reconhecidos pela ONU.

Uma das características dos direitos humanos é a sua universalidade, porque inerentes à condição humana. São destinados a todas as pessoas, sendo 'impensável a existência de direitos fundamentais circunscritos a uma classe, estamento ou categoria de pessoas' (BREGA FILHO, 2002, p. 62).

Essa característica da universalidade dos direitos humanos representa um grande desafio quando confrontado com o direito à liberdade religiosa ou mesmo à condição de minoria cultural. De fato, muitos dos direitos reconhecidos como universais acabam encontrando algum óbice em culturas e religiões por todo o globo.

Um exemplo disso é a cultura de algumas tribos indígenas sul-americanas de matar o recém-nascido que apresente alguma deficiência ao nascer. Difícil de ser constatada, esta prática, que nos remete à Grécia Antiga – onde o filho deficiente deveria ser arremessado do monte Taigeto –, de um lado encontra amparo no respeito à cultura da minoria indígena (DUDH, art. 18 e art.231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88), de outro, porém, afronta um dos mais elementares direitos humanos, o direito à vida.

Contudo, muitos princípios e costumes da cultura grega e indígena são elogiados e respeitados por pessoas de grupos culturais diversos. Nesta linha, Noah Feldman publicou artigo lembrando que por muito tempo, até meados do século XIX, em diversos aspectos, a Sharia dispensava às mulheres tratamento mais equânime em relação aos homens do que a legislação dos países ocidentais:

To many, the word 'Shariah' conjures horrors of hands cut off, adulterers stoned and women oppressed. By contrast, who today remembers that the much-loved English common law called for execution as punishment for hundreds of crimes, including theft of any object worth five shillings or more? How many know that until the 18th century, the laws of most European countries authorized torture as an official component of the criminal-justice system? As for sexism, the common law long denied married women any property rights or indeed legal personality apart from their husbands. When the British applied their law to Muslims in place of Shariah, as they did in some colonies, the result was to strip married women of the property that Islamic law had always granted them — hardly progress toward equality of the sexes. (FELDMAN, 2008).

Sob esta perspectiva a própria noção de civilização ou de desenvolvimento torna-se equívoca, chamando atenção para uma outra característica não menos importante dos direitos humanos: a historicidade. Ou seja, como qualquer direito, os direitos humanos surgiram de “condições históricas objetivas” (SILVA, 1998, p. 180) que permitiram seu reconhecimento. Toda busca pela positivação, proteção e implementação de direitos pressupõem sua negação ou ameaça. Os próprios dogmas da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial são constructos culturais frutos de nosso tempo. Aceitar que povos e culturas diferentes encontram-se em momentos ou dimensões diferentes equivale a aceitar que as condições históricas condicionam o grau ou o tipo de efetivação dos direitos humanos formalmente reconhecidos assim como podem impulsionar o reconhecimento e positivação de outros direitos.

Situando-se a questão entre universalidade (formal) e historicidade (material) a melhor solução destes casos difíceis certamente não passa pela eliminação dessas religiões e culturas locais e minoritárias, protegidas contra tal espécie de violência (DUDH, art. 30). Mas também não se harmoniza com o negligenciamento dos direitos das pessoas vítimas dessas práticas religiosas e

culturais. Nestes termos, a eliminação de uma prática ofensiva a um direito humano não deve se confundir com a própria religião ou cultura, que, em cada caso, dentro do possível a cada tempo, se não admitir uma mudança estrutural do costume, deve abrir mão da sua execução e propagação, sob pena de intervenção estatal – algo, de fato, deveras dificultoso em estados não laicos.

Assim, mesmo que o direitos humanos tais como o direito à liberdade religiosa seja colocada em sérias dúvidas nos estados não laicos, não está necessariamente nesta condição, na religião ou na cultura em si a origem da ofensa sofrida por Soraya. Sem dúvida a Sharia foi utilizada na condução do seu processo bem como na fixação da sua pena, contudo, a ausência do devido processo e o ímpeto dos corruptos julgadores mostrou-se fator determinante ao trágico desfecho.

### 3 DEVIDO PROCESSO DE DIREITO E PROCESSO HERMENÊUTICO

Ao contrário do que afirmou Montesquieu, os juízes não são simplesmente a boca que profere as palavras da lei. Existem condições elementares à interpretação e aplicação de qualquer lei ou paradigma jurídico e que passam muito além do domínio da língua falada e escrita – deles cuida a hermenêutica jurídica.

A subsunção do fato à norma, ou seja, a adequação de uma conduta ou fato concreto à norma jurídica (norma-tipo) comumente esbarra se não na ambiguidade e imprecisão do código linguístico, nas dificuldades do processo de reapresentação do sentido normativo à luz de fatores contextuais, tais como a completude e harmonia do próprio sistema jurídico, fins, valores, cultura, tempo e lugar. Em resumo, somente diante do caso posto é que se torna possível dar vida e concretude à norma jurídica. Eis a lição de Eros Grau:

O fato é que praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos. (GRAU, 2003, p.40)

(...) a interpretação do direito não é uma atividade de conhecimento, mas sim construtiva, portanto decisional, embora não discricionária, (...). (GRAU, 2003a, p.62)

Isso, contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma. Dizendo-o de modo diverso: o intérprete não é um criador ‘ex nihilo’, ele produz a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la. (GRAU, 2003a, p. 80-81)

Marçal Justen Filho acrescenta no seguinte sentido:



A textura aberta da linguagem também não produz autonomia para o aplicador, o qual tem compromisso com o sistema normativo e com a vontade legislativa. Cabe escolher um dentre os sentidos possíveis, comportados pela expressão linguística. Ou seja, há limites quanto às escolhas possíveis. Mais ainda, o aplicador tem o dever de respeitar a vontade normativa e eleger, no elenco limitado das acepções possíveis, a alternativa reputada mais adequada. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 157)

Se a norma jurídica depende desse processo hermenêutico para sua aplicação ao caso concreto, cada caso concreto deve passar pelo devido processo hermenêutico para se garantir que é a norma jurídica que está sendo aplicada – e não a vontade particular dos julgadores. Trata-se de mais uma decorrência do advento do chamado Estado de Direito, expressão de Welker, utilizada pela primeira vez em 1813 (FERREIRA FILHO, 2002, p. 2).

Os ingleses chamaram de *Rule of Law* – ou supremacia do direito – o conjunto de três princípios que, após alcançar as doutrinas jurídicas continentais, converter-se-iam nos princípios do Estado de Direito:

- a) Legalidade – Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. No *De Legibus at Consuetudinibus Angliae*, Henri Bracton expressa a ideia do primado da lei: '*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege quia lex facit regem*' – não é o rei que faz a lei, mas a lei que faz o rei (BOBBIO, 2002, p. 169-170);
- b) Isonomia – a igual sujeição de todos (inclusive autoridades) perante a lei e aos tribunais comuns, sendo, no fundo, a manifestação de dois elementos da noção material de lei: a generalidade e a impessoalidade;
- c) Devido Processo Legal (ou *Due Process of Law*) – que é a consagração pelo direito comum das liberdades do cidadão ante a sua sujeição ao controle de juízes e tribunais ordinários, independentes e imparciais (FERREIRA FILHO, 2001, p.100-106).

Tratando-se a Sharia de normas jurídicas, naturalmente o julgamento de Soraya careceu não apenas de um devido processo legal, com acusadores e defensores para exercício do contraditório e ampla defesa, mas também de um devido processo hermenêutico realizado conjuntamente com juízes ordinários, independentes e imparciais, garantindo que a acusada somente restaria obrigada a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei geral e impessoal (DUDH, art. 7º, 10 e 11).

O filme deixa bem claro que isso não ocorreu, colocando a seguinte questão: a Sharia foi devidamente aplicada; ou melhor, é a Sharia que se aplicou?

A inescusável participação do intérprete no processo hermenêutico releva igualmente a sua susceptibilidade a aspectos de ordem social, tais como a cultura (patriarcal na maior parte do mundo) incluindo aí os preconceitos e discriminações dirigidas a minorias e grupos vulneráveis.

Com isso em vista, no filme, mais o que a sumariedade do julgamento de Soraya, impressionou a cega aceitação do veredito pelo povo da comunidade onde vivia, revelando que a condenação não era esperada, mas desejada em sua maioria (2).

#### 4 MINORIAS, GRUPOS VULNERÁVEIS, IGUALDADE DE GÊNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Na Revolução dos Bichos, Orwell (s.d., p.93) provoca: “Todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que os outros”. A igualdade entre todas as pessoas prevista nas declarações de direitos constituiu uma afirmação, não uma constatação. Nesse contexto, a diferença pode surgir como razão de prestígio ou de segregação. Nos estados em que todos são iguais em direitos mínimos, considerando que a igualdade é tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, o tratamento diferenciado somente se justificaria para um tratamento melhor. “Quatro pernas bom, duas pernas melhor!” (s.d., p.93) – baliram as ovelhas.

Assim, o reconhecimento da diferença tornou-se um privilégio, revelando a luta pelo direito à diferença uma nova dimensão no contexto da luta pela igualdade protagonizada pelos grupos historicamente excluídos. Igualdade esta muitas vezes conquistada nominalmente através das legislaturas, mas sem efetividade principalmente por abraçar um indivíduo ideal e abstrato (normal) ignorando a realidade das pessoas concretamente estabelecidas. Em resumo, ao indivíduo pós-moderno já não basta ser reconhecido como igual, ele deve ser reconhecido em sua diferença.

E de fato, as relações de igualdade elementares à democracia não são apenas de ordem socioeconômica, mas também de natureza sociocultural. Para tanto, mais do que contrariar a ordem jurídica então vigente, foi necessário ir de encontro com as normas e práticas sociais estabelecidas. A normalidade constituiu uma terceira barreira para quem se depara com os outros, com a exclusão, com a indiferença, com a intolerância. Sobretudo a fragmentariedade da modernidade líquida pôs abaixo diversos paradigmas, problematizando o indivíduo situado, multifacetado.

Diferentemente dos chamados grupos vulneráveis (vitimizados, não dominantes ou hipossuficientes) nas minorias é possível extrair uma noção de identidade entre seus membros(3). É que, embora nos grupos vulneráveis se possa constatar eventual estigma, um descrédito em função de um atributo comum não condizer com um comportamento ou o *status* que exercem ou almejam (atributo x estereótipo), tal condição implica efeitos em relações específicas e delimitadas de hipossuficiência em dado aspecto objetivo da vida social. Não se é, *e.g.*, idoso, criança, jovem, consumidor, empregado em tempo integral e por toda a vida e nem sempre isso é um fator relevante de *discrímen* na sociedade. Já o mesmo não se pode

dizer de negros, mulheres, grupos étnicos e religiosos, *e.g.*, casos em que o estigma aferido a dado tempo e lugar em uma certa sociedade é sempre integral e generalizado, pois dizem respeito ao seu ser (e não a um estar)(4), levando a um círculo vicioso de exclusão, vulnerabilidade e violação de direitos.

É esse fator subjetivo, intrínseco à sua condição humana, que torna um grupo populacional, identificado pelo estigma criado pelas normas sociais em torno da sua diferença, em uma minoria. E é a consciência dessa diferença e da inexorabilidade em relação a sua existência que faz surgirem em minorias mais politizadas, ante sua latente vulnerabilidade social, ações de autoafirmação, ditas ações afirmativas.

O feminismo, enquanto luta pelo direitos das mulheres, enquadra-se como movimento de ação afirmativa de uma minoria. Nesse âmbito, citando Rosiska, Bonavides (2001, p.70) confirma que “no radical confronto entre os sexos, que não se tem podido evitar, vê-se que o ‘feminismo da igualdade se prolonga como feminismo da diferença’”, vindo a complementar (2001, p.71):

O trabalho é a redefinição do feminismo mal-compreendido, um caminho diferente do que aquele equivocadamente trilhado de busca de ‘igualdade de condições com os homens’ na vida pública, simplesmente porque os valores femininos, o universo feminino, nas suas específicas condições e circunstâncias, é imprescindível, não precisa ser descartado, e deve ser elevado. O padrão masculino, seu modo de ser e agir, não é o melhor do mundo, aliás, é numa cultura hegemônica masculina que o Ocidente está naufragando.

A desigualdade de gênero ainda é realidade mesmo em repúblicas democráticas como o Brasil. É possível citar à exaustão estatísticas demonstrando o impacto do sexismo nos salários, nos cargos e empregos, nas eleições e em diversas outras posições de destaque. Mesmo em face disso, não se pode ignorar as relevantes conquistas quando se tem em comparação a realidade de mulheres como Soraya. E nesta comparação, a semelhança que salta aos olhos logo no primeiro momento é a violência doméstica e familiar, que, não obstante também atingir crianças, jovens e idosos, amplamente encontra as mulheres como principais vítimas no Brasil e na maior parte do mundo.

De destaque mundial, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), surgiu como resposta normativa a esta chaga que acomete os lares brasileiros. Publicada a 8 de agosto de 2006, a lei traz uma série de medidas inovadoras no intuito de facilitar o acesso à justiça e à tutela dos seus direitos, tais como a previsão de criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e de delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Também prevê medidas protetivas de urgência cujo pedido dispensa a intervenção de advogado. E embora opte pelo caminho da maior criminalização, com

aplicação de penas mais graves e restrição de direitos – gerando fundadas críticas (BREGA; SALIBA, 2006, *passim*) –, não se pode negar que seu principal papel é o de propiciar à mulher, que geralmente se encontra submetida a uma posição de vulnerabilidade, instrumentos para reclamar e fazer valer seus direitos e sua dignidade.

Mas nenhum instrumento legal opera por si mesmo e o Conselho Nacional de Justiça (2013) aponta que, após uma inicial queda, a violência doméstica e familiar contra a mulher continua a apresentar números alarmantes no Brasil. Além da melhoria da estrutura de atendimento pelo Estado, necessário ressaltar que, muitas vezes a falta do pedido da medida protetiva pela vítima da violência redonda na ausência de deflagração do aparato posto à sua disposição. Arrefecidos os ânimos, os laços familiares, a relação com os filhos, a fé no amor e a paixão frequentemente aparecem como mote para renunciar à proteção estatal.

Não se pode ignorar que considerável parte da violência doméstica contra mulheres encontra-se vinculado ao elemento passional – não raro associado ao consumo de drogas (lícitas e ilícitas). A paixão sem dúvida é um dos mais arrebatadores sentimentos do ser humano, capaz de conduzi-lo em meio aos mais delirantes e absurdos pensamentos e atos. Mas nem sempre é assim. Além de desordens psíquicas e psicossociais, os costumes e a cultura influenciam decisivamente o comportamento humano.

Especificamente no filme em tela, tem-se claro que a agressão e morte de Soraya não eram motivadas por alguma paixão que Ghorban-Ali nutria em relação a ela, nem se evidencia qualquer moléstia que o impedisse de estar consciente de seus atos. O que fica claro, todavia, é uma posição de dono, de posse, que o marido deve exercer socialmente sobre a esposa e filhos.

Apropriação e consumo são outra faceta das relações sociais para com o gênero feminino.

## 5 A MULHER E A CULTURA DE CONSUMO

A condição humana é o que hoje, juridicamente, permite impede que se tratem negros, índios, mulheres como objetos de direitos, e não sujeitos de direito. Hannah Arendt, mulher, judia, imigrante, pensadora, encontrou nessa condição o fundamento de um direito, o maior de todos: o direito a ter direitos. Direitos estes brutalmente negados a grupos populacionais por todo o globo sob o manto dos totalitarismos. A retomada do paradigma jusnaturalista não representou o mero resgate do liberalismo kantiano, mas o reencontro da humanidade à luz do existencialismo:

O primeiro esforço do existencialismo é o de por todo homem no domínio do que ele é e de lhe atribuir toda responsabilidade de sua existência. E

quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que o homem é responsável pela sua restrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens. (SARTRE apud AQUINO, 1997, p. 317)

Como esclarece Brito (2010, P.187-188), em sua acepção jurídica, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica, sendo incorreto afirmar que a pessoa tem direito à personalidade, uma vez que, antes, é desta que surge a capacidade, a aptidão, a habilidade, de ser sujeito de direitos e obrigações. Por uma ficção jurídica, passou-se a atribuir personalidade a entes que não eram humanos. Hoje, aliás, se reconhece a titularidade de direitos e obrigações a entes despersonalizados, como o condomínio edilício, a herança jacente ou vacante, a massa falida e o nascituro.

Nesse passo, a característica mais evidente da pessoa, enquanto pessoa humana, é a própria condição humana, que lhe confere uma dignidade inerente, não podendo jamais ser considerada objeto de direito, mas sempre sujeito de direitos. Em outros termos, a pessoa humana é sempre um fim em si, o valor-fonte de todos os valores (5).

Nem sempre foi assim. A retomada do paradigma do direito natural é recente na história da humanidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, principal paradigma deste horizonte, não completou sequer 70 anos.

Artigo 6°. Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica. (ONU, 1948)

É natural, portanto, que esse processo de dignificação (quando não de humanização mesmo) se encontre diferentes níveis ou etapas ao redor do planeta. Vale mencionar a lição de Reinero Antônio Lérias:

(...) os homens nascem, vivem e morrem sob uma cultura de legitimação de formas de poder de um dado grupo social sobre outro. Nas sociedades greco-romana, onde a escravidão era legítima, o filho de um escravo era criado desde os primeiros dias de vida sob o da inevitabilidade de sua posição de submissão; (...). Outrossim, o mesmo acontecia com o servo de gleba, ou vilão, no feudalismo, porquanto era educado para ser subalterno a uma ordem social ditada e legitimada pela religião (...). (...) o mesmo se deu e se dá com o assalariado contemporâneo, que busca de um lado, manter o emprego, mesmo que sob condições aviltantes de outro luta, sem cessar por melhores condições de vida. (2008, p.115)

Essa matriz produtiva encontra-se na raiz da intolerância. Como explica citado autor (2008, p.123), a Revolução Agrícola levou à domesticação de equinos, bovinos, muares, entre outros, para movimentar os instrumentos agrícolas, “mas nos

lugares em que estes animais não existiam, o expediente utilizado foi a substituição deles por seres humanos”, tendo feito uso da escravidão “as grandes ‘civilizações’ da antiguidade”. Esclarece, ademais, (2008, p.123) que “escravidão não significava cor de pele, pois a própria palavra inglesa para escravo, ‘*slaves*’, quer dizer eslavos” e mesmo grupos étnicos africanos praticavam a escravidão com outros povos, não subsistindo qualquer justificativa para a associação da cor de pele à escravidão senão ideologias, inclusive de matriz religiosa, historicamente estabelecidas também sobre as bases da eugenia.

Ora, outra forma de apropriação de seres humanos por outros ‘superiores’ é o sexismo, pelo qual o gênero feminino historicamente torna-se vítima do homem. Lérias relata diversas práticas sociais que revelam a posição de submissão e desprestígio da mulher nas culturas de sociedades de todo o mundo em várias épocas, destacando que, porquanto os direitos das mulheres tenham sido reconhecidos pelas sociedades ocidentais a partir da Revolução Francesa, “os exemplos e críticas podem ser citados ‘*ad nauseum*’, porquanto a distância entre o discurso e a realidade é abissal” (2008, p. 121). A exemplo, cita a luta pela conquista do útero, decidir livremente ter ou não filhos, e a luta contra a publicidade midiática “que procura transformá-la em uma mercadoria de consumo, o mito da *sexy-symbol*; outro expediente utilizado por aqueles que consideram ainda ser a sociedade humana propriedade do macho” (2008, p. 122).

Neste horizonte percebemos que Soraya não é só vítima da violência doméstica (principal vertente na discriminação de gênero), da religião, da corrupção e violência estatal, das majorias da sociedade local, mas de toda a humanidade, que, alimentando doces sonhos de apropriação e consumo, estende sua sede de poder sobre tudo e sobre todos.

George Orwell, no seu distópico 1984, revela pelas bocas de torturador e torturado:

- Como é que um homem afirma seu poder sobre outro, Winston? Winston refletiu.
- Fazendo-o sofrer.
- Exatamente. Fazendo-o sofrer. A obediência não basta. A menos que sofra, como poder ter certeza que ele obedece tua vontade e não a dele? O poder reside em infligir dor e humilhação. (...). (2005, p. 254)

E então, como um brinquedo velho, Soraya foi abusada, humilhada e descartada não apenas para que se legitimasse a obtenção de um novo ‘brinquedo’, capaz de satisfazer os desejos de apropriação e consumo de seu ‘dono’, mas também para provar à comunidade o poder que exercia sobre ela.

## CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a discorrer acerca de algumas das múltiplas perspectivas jurídicas que o filme 'O Apedrejamento de Saraya M.', uma obra artística de não-ficção, foi capaz de despertar ao denunciar a tragédia ocorrida com uma mulher no Irã em meados da década de 1980.

Adotando como base diversos recortes desta realidade retratada, permitiu-se expandir sua análise para situações de âmbito geral e impessoal. Com isso, foi possível identificar uma relação que reforça não só a mensagem final da obra artística - a história de uma mulher para o mundo - mas que também une todas as mulheres no mundo, ou melhor, toda a humanidade, em torno da história de uma só mulher.

Soraya não foi apenas vítima de pena de morte - em si uma frontal violação do direito humano à vida -, mas de uma pena cruel, degradante, desumana que, embora prevista também para homens, tem evidentemente encontrado nas mulheres seu principal alvo, sendo recorrentes os relatos internacionais de mulheres condenadas à lapidação em diferentes países.

Nesse passo, observou-se que, apesar da adoção de escritos religiosos como base da ordem normativa estatal ser incompatível com o estado laico, esta condição, verificada com certa frequência junto a povos islâmicos, não é por si causa determinante para a adoção da pena de morte ou, especificamente, da pena de lapidação nem do tratamento dispensado às mulheres - até mesmo porque a pena de morte é prevista em estados laicos assim como, no passado, tratamento pior já foi dispensado a mulheres bem como a crimes em geral em repúblicas democráticas ocidentais.

Com isso, percebe-se que embora a historicidade dos direitos humanos constitua fator relevante no processo de reconhecimento e efetivação universal, tal não significa necessariamente uma vedação ou impedimento, devendo ser reclamada sua implementação seja individualmente mediante o exercício hermenêutico em tribunais ordinários, independentes e imparciais caso a caso, seja mediante a luta social e política cotidiana no reconhecimento da dignidade inerente à condição humana, especialmente na proteção de grupos vulneráveis e minorias.

A obra cinematográfica em questão, neste aspecto, deixou claro que não só as provas de adultério foram forjadas como o julgamento foi viciado, não sendo possível ter garantia de que a condenação ou a pena de apedrejamento aplicada foi fruto da Sharia, da vontade individual dos juízes ou mesmo para satisfazer os anseios da comunidade - o devido processo de direito lhe foi negado. Em todo caso, ficou evidente a posição de vulnerabilidade social de Soraya dada a sua condição de mulher, uma minoria à qual, por definição, são negados direitos por uma condição inerente à sua existência, à sua identidade, à sua diferença.

Nesta linha, a violência doméstica e familiar sofrida por Soraya surge como traço mais universal entre as mulheres nas culturas patriarcais, amplamente majoritária no mundo, seja em função de uma dada condição particular de vulnerabilidade, seja

em função da cultura sexista, dominadora e, por isso, violenta tendente a consumir, como um objeto, suas vidas e seus sonhos.

Por fim, percebe-se que a Soraya, assim como a muitas mulheres vítimas de toda forma de violência mundo afora, o que de fato foi negado foi a própria condição humana. Diante deste quadro, as palavras de Jean-Paul Sartre ganham verdade: “A violência, seja qual for a maneira como ela se manifesta, é sempre uma derrota”. Frise-se: uma derrota da humanidade.

## NOTAS DE FIM

1. Dentre tanto outros, veja-se o caso de Safiya Hussaini, condenada à lapidação por adultério na Nigéria, em 2002 em CRUZ, Álvaro Ricardo 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. 37.
2. Além da multidão não esconder a avidez por encontrar culpados, o linchamento de Fabiane Maria de Jesus, no Guarujá/SP, em 2014 é prova da força de que historicamente dispõem justiceiros de plantão, não raro encontrando na porção mais vulnerável ou estigmatizada da sociedade, o destino de toda espécie de ofensa. (UOL. Mulher linchada carregava bíblia com fotos das filhas. Uol notícias: violência em São Paulo, 06 de maio de 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2014/05/06/mulher-linchada-carregava-biblia-com-fotos-das-filhas.htm>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015). A letra de 'Geni e o Zepelim', de Chico Buarque, revela o que veremos adiante: que o processo de humilhação e subjugação de outrem são utilizados tanto pelo indivíduo quanto pela sociedade para satisfazer seu anseio de conquistar/exibir poder.
3. Importante salientar que o processo de identificação não precisa ser feito pelo próprio indivíduo de modo autônomo e voluntário. Ou seja, a identidade pode ser feita de maneira externa ao indivíduo, sendo na verdade muitas vezes imposta a ele pelo meio social.
4. A distinção é tênue mas fundamental, pois entre o ser e o mero estar existe um contínuum. Uma dada condição outrora restrita a certas relações sociais pode vir a ser generalizada pela sociedade, tornando-se marca social indelével sobre dado grupo populacional, dominando seu convívio social a tal ponto que passe a integrar a consciência pessoal dos indivíduos que o integram (identidade), que a partir daí passam a viver esta condição.
5. A colocação é de Miguel Reale: “Pode parecer paradoxal, mas é substancialmente verdadeira a afirmação de que, quanto mais são vertiginosas as mutações resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico, mais ainda se impõe o encontro de soluções serenamente baseadas no primado da razão tendo como referencial a integralidade da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores e direitos universais, por ser o homem o único ente cujo ser é seu dever ser”. (REALE, Miguel. Paradigmas da Cultura Contemporânea. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 143)

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *Dados e estatísticas sobre a pena de morte*. Disponível em: <[http://www.amnistia-internacional.pt/dmdocuments/FF\\_PM\\_07.pdf](http://www.amnistia-internacional.pt/dmdocuments/FF_PM_07.pdf)>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL, *Lapidaciones en Irán*. Madri, janeiro de 2008. Disponível em:



<[https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Documentacion\\_LAPIDACIONES\\_AGO 09.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Documentacion_LAPIDACIONES_AGO 09.pdf)>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, 12 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

BATISTA, Nilo; et al. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - teoria geral do direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOBBIO, *O futuro da democracia*. 8 ed. rev. ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. A mulher, o direito e o ministério público. In: *Argumenta*: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, n. 1, Jacarezinho: UENP, 2001.

BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Juizados especiais criminais e violência doméstica e familiar. In: *Argumenta*: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, n. 6, Jacarezinho: UENP, 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRITO, Jaime Domingues. Pessoas com deficiência e o artigo 93 da Lei 8.213/91, p. 186-204. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Orgs.). *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social*: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1. ed. Birigui: Boreal, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf)>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo 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.

FELDMAN, Noah. Why Shariah? *New York Times*: Magazine, 16 de março de 2008. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2008/03/16/magazine/16Shariah-t.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2008/03/16/magazine/16Shariah-t.html?_r=0)>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GALVÃO, Fernando. *Aplicação da Pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GOMES, Luiz Flavio. Magistratura/SP - Você sabe a diferença entre 'tratamento desumano' e 'tratamento degradante'? *Portal LFG*, 16 de maio de 2008. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080516142509297](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080516142509297)>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

GRAU. Eros Roberto. *Interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. Ética, moral, ciência e direitos humanos. In: *Argumenta*: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, n. 7, jan./jul., Jacarezinho: UENP, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Irã liberta condenada a morrer apedrejada*. Internacional, 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,ira-liberta-condenada-a-morrer-apedrejada,1142364>>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. A/RES/217. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU pede retorno da moratória à pena de morte no Paquistão e na Jordânia*. UN Multimídia, 22 de dez. de 2014. Disponível em: <<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2014/12/onu-pede-retorno-da-moratoria-a-pena-de-morte-no-paquistao-e-na-jordania/>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pena de Morte*: Resolução 2857 (XXVI) da Assembleia Geral de 20 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

ORWELL. George. 1984. Tradução de Wilson Velloso, 29 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, [s.d.].

REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.

AQUINO, Rubim Santos Leão de [et al.]. *História das sociedades*: das Sociedades modernas às sociedades atuais. 36. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1997.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30 ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

UOL. Mulher linchada carregava bíblia com fotos das filhas. *Uol notícias*: violência em São Paulo, 06 de maio de 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2014/05/06/mulher-linhada-carregava-biblia-com-fotos-das-filhas.htm>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

UOL. EUA: injeção letal falha e condenado agoniza por mais de meia hora. *Uol notícias*, 30 de abril de 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2014/04/30/eua-injecao-letal-falha-e-condenado-agoniza-por-mais-de-meia-hora.htm>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

Como citar esse artigo:

RODRIGUES, Daniel  
Colnago; LIMA, João  
Angelo Barbosa;  
AMARAL, Sérgio  
Tibiriça. Revisão crítica  
dos novos paradigmas  
dos direitos das  
mulheres no Sistema  
Interamericano de  
Direitos Humanos, in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia dos autores:**

*Daniel Colnago*  
**RODRIGUES**  
Mestrando em Direito  
Processual Civil pela  
USP.

*João Angelo Barbosa*  
**LIMA**  
Discente do 9º Termo  
do Centro  
Universitário Toledo  
de Presidente  
Prudente/SP.

*Sérgio Tibiriça*  
**AMARAL**  
Coordenador do curso  
de Direito e Professor  
titular de Teoria Geral  
do Estado e Direito  
Internacional do  
Centro Universitário  
de Presidente  
Prudente/SP.

## **REVISÃO CRÍTICA DOS NOVOS PARADIGMAS DOS DIREITOS DAS MULHERES NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

*Daniel Colnago Rodrigues*  
*João Angelo Barbosa Lima*  
*Sérgio Tibiriça do Amaral*

### **RESUMO:**

O presente trabalho tem como objeto principal investigar tema que, contemporaneamente, tem gerado profundas mudanças no paradigma tutela dos direitos humanos das mulheres. Trata-se, em questão, de novas tendências no âmbito interamericano, que possibilitaram adoção de postura crítica dos direitos humanos. Em um primeiro momento, destaca-se sobre o respeito e garantia dos direitos humanos das mulheres, a fim de se estipular seguras premissas. Num segundo momento, objetivando compatibilizar as premissas anteriores com questões teóricas e práticas da Corte IDH, bem como sobre os reflexos do desafio de implementação das sentenças. Por fim, projetando uma análise crítica a respeito, os fundamentos que embasam as novas tendências dos direitos humanos das mulheres, tudo a fim de se sustentar e alcançar o real sentido da proteção não só na comunidade civil internacional, mas de circunstâncias análogas.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Direitos das mulheres. Sistema Interamericano. Novos paradigmas. Tutela efetiva.

### **ABSTRACT:**

This work has as main objective to investigate that issue, simultaneously, has generated profound changes in the paradigm protection of human rights of women. It is concerned, new trends in the inter, which enabled adoption of critical view of human rights. At first, stands out on the respect and guarantee of human rights of women, in order to stipulate safe premises. Secondly, in order to reconcile the above premises with theoretical and practical issues of the IACHR, as well as the reflections of the challenge of implementation of judgments. Finally, casting a critical analysis about the foundations that support the new trends of the

human rights of women, all in order to sustain and achieve real sense of protection not only in international civil community, but similar circumstances.

**Keywords:** Human Rights. Women's rights. Inter-American system. New paradigms. Effective protection.

## INTRODUÇÃO

As questões a que se pretendem examinar, sob foco da temática de novas tendências dos direitos humanos das mulheres – e consequentemente, sobre uma *transversalización de la perspectiva de género (gender mainstreaming)*(1) - a fim de se perquirir sobre uma revisão crítica da tutela das mulheres vítimas de violência na sociedade civil, bem como de situações análogas pertinentes como a das mulheres indígenas, migrantes, daquelas que procuram estabelecer e viver de acordo com uma orientação sexual ou ainda sobre outras condições que indiquem ao direito da mulher, devida e efetiva tutela jurisdicional efetiva(2).

Por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual se estabeleceu o tratamento igualitário de gênero e que determinou todo um sistema evolutivo - axiológico de diversos tratados internacionais sobre os direitos das mulheres, chegou-se, assim, a toda extensão do ideário defendido por Norberto Bobbio em sua obra *A era dos direitos*(3).

Com efeito, as questões iniciais que fazem referência ao respeito e garantia dos direitos humanos das mulheres, fixam premissas pertinentes ao respeito da sistematização de pensamentos que levam a um contexto intercultural de direitos, mas que, inevitavelmente, se complementam.

Detida atenção para as questões teóricas e de práxis processuais da Corte Interamericana, a fim de se organizar toda uma ligação com as premissas iniciais, forneceram um esqueleto seguro para, em momento próprio, expor todos argumentos considerados como o ponto mais alto e profundo do trabalho.

A problemática, contudo, não se restringiu – como na maioria dos trabalhos a respeito e até da própria doutrina – a somente análise crítica a respeito da violação dos direitos das mulheres na sociedade civil, mas também, a situação das mulheres indígenas mediante uma transição paradigmática cultural, bem como sobre o tratamento desigual às mulheres afrodescendentes, migrantes e violações da liberdade sexual da mulher. Em verdade, parte da análise de toda celeuma muito se atentou as argumentações de *Hannah Arendt*(4) ao desdizer que as fundamentações dos direitos humanos não se atrelam a natureza humana, mas sim as *resoluções políticas*. Tal postura metodológica de examinar os casos temáticos de violações de

direitos humanos não é destituída de relevância filosófica, visto que mais interessa para os rumos desta pesquisa a valoração de novas tendências dos direitos das mulheres.

Enfim, é sob estímulo da provocante passagem de *Cançado Trindade*(5), em seu voto proferido no *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, onde afirma-se que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo Mito de Sísifo. Bastou-se dizer: *A matéria de direitos humanos é ainda obra inacabada*.

## 1. RESPEITO E GARANTIA AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: *PREMISSAS*

Aceita a premissa de que a arquitetura protetiva dos direitos humanos contribui eficazmente para o avanço de determinadas reflexões(6) a respeito dos direitos das mulheres, levando-se em conta certas particularidades históricas(7) e influências domésticas de alguns países, idealizou-se que o respeito e garantia à estes direitos(8) concebia verdadeira chave conceitual para todo o sistema de investigativo.

Embora não seja objeto específico do trabalho, menciona-se que o processo de internacionalização dos direitos humanos (9) muito cooperou para o fortalecimento da proteção e respeito dos direitos e redução do domínio reservado do Estado(10), onde tanto nos termos propostos de Andrew Hurrell(11) como nos de Lindgren Alves(12), proporcionou-se uma *mentalidade avançada a respeito da proteção e difusão de certos direitos*.

Nesse contexto, a própria justificação do respeito e garantia dos direitos humanos levou a setorização da tutela dos direitos das mulheres. Contudo, não se limitando somente às perspectivas domésticas, mas bem como as dos Sistemas regionais – *como a maioria da doutrina se reporta* – revelou-se verdadeiro propósito do trabalho e em verdadeira tarefa de se analisar um novo paradigma da tutela dos direitos das mulheres na sociedade internacional, seja por meio da análise dos casos contenciosos da Corte IDH, seja por seleções temáticas de violações dos direitos das mulheres, como: Tutela dos direitos da mulher indígena; Mulheres na condição de migrantes, ou ainda sobre o direito à orientação sexual e direitos reprodutivos. Bastou-se, dizer: Embora cada aspecto mereça detida reflexão e trabalho apartado, são elementos constitutivos do que então se denomina de um novo paradigma da tutela dos direitos humanos das mulheres.

Sob efeito, numa perspectiva trazida por Norberto Bobbio (13), onde o reconhecimento dos direitos é pressuposto para que se atinja a efetiva tutela e respeito aos direitos humanos – *que lhe rendeu boas críticas doutrinárias*(14) – mas que marcou o surgimento de uma estrutura normativa de proteção aos direitos das mulheres (15). A partir das noções de igualdade de tratamento na Declaração Universal – *graças, em verdade, aos esforços de Eleanor Roosevelt* - é que evidenciou ampla evolução dos tratados internacionais a favor da mulher, sendo a

Convenção da Guatemala (1979), o documento internacional que trouxe um progresso mais expressivo.

De todo modo, a estrutura normativa internacional trouxe o que é denominado por Rawls(16) de *regras de ordem que são essenciais a um sistema de liberdades fundamentais*, remetendo, inclusive, ao tema de *constitucionalização do direito internacional*(17). Afora toda longevidade que se possa alcançar com determinadas reflexões e premissas, certo é que a pessoa humana é valor que o direito deve proteger(18), tanto em sede de legislação interna, quanto no âmbito internacional, principalmente quando se está diante de novos paradigmas dos direitos humanos das mulheres.

## 2. A CORTE INTERAMERICANA E A IMPLEMENTAÇÃO DE SENTENÇAS: ASPECTOS TEÓRICOS E A PRÁXIS PROCESSUAL

Como se sabe, após a condenação de um Estado perante a Corte IDH, surge-se toda uma questão relevante acerca do cumprimento da sentença, bem como de sua implementação. Por outro lado, a determinação do teor da obrigação de executar as sentenças decorre pelo não cumprimento primário da responsabilidade assumida pelo Estado(19).

A vista de todo um panorama, crítica inicial que merece destaque é a formulada por Carvalho Ramos(20), onde aborda problemática logística de uma Corte para 550 milhões de pessoas, fazendo pensar a respeito da real efetividade do sistema procedimental bifásico do Sistema Interamericano(21). A esta observação, Cançado Trindade(22) propõe *alternativamente* o acesso direto a Corte, impedindo, assim, uma filtragem excessiva que prejudica a prestação de uma *tutela judicial efetiva*(23).

O assunto, verdadeiramente, tem implicação sobre a operabilidade prática da tutela interamericana, onde, apesar de serem extensas as condenações temáticas (desaparecimento forçado (24), massacres(25), tortura(26), e demais) evidente se demonstrou certa problemática latente ao se constatar a não executividade das sentenças da Corte(27). A isto, recorre-se a dispositivos auxiliares, como as figuras de monitoramento das sentenças, intituladas de *Compliance*(28) e *Treaty Bodies*(29). Deste modo, aponta-se, segundo o proposto de *André de Carvalho Ramos*, para uma *crise de efetividade*(30).

Tais soluções à problemática, demonstram-se insuficientes por não assegurarem uma segurança jurídica às vítimas de violações de direitos humanos e da possibilidade dos Estados-réus de continuarem a assumir uma postura pretérita. Enquanto no âmbito doméstico brasileiro se debatia sobre a dispensa de homologação da sentença internacional e concessão do *exequatur* à carta rogatória(32), o caso *Loyaza Tamayo versus Peru*(31), em decisão inovadora, trouxe a sistemática de que, embora se tenha obrigatoriedade não se tem executividade da

sentença, o Estado possui liberdade para disciplinar leis próprias que versem sobre a forma de cumprimento da sentença(34). Em contrapartida, a doutrina alemã a despeito da Corte Européia (*Europäischer Menschenrechtskonvention*), traz o entendimento de que deve-se admitir uma postura recursal quase que supranacional, ou seja, deve-se haver a obrigatoriedade do cumprimento das sentenças internacionais(35) e que garanta a devida indenização às vítimas(36).

Por todo exposto, as considerações interpostas nos direcionam a questões axiológicas acerca da efetividade do respeito e garantias dos direitos humanos das mulheres.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS NOVOS PARADIGMAS DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Os pensamentos e detidas reflexões anteriormente estabelecidas, mesmo que de forma não tão sistematizada, serviram de balizas para se atingir o ápice de todo o trabalho: Uma análise crítica a respeito das novas tendências dos direitos humanos das mulheres no âmbito regional interamericano.

A tutela internacional em busca da *igualdade de gêneros* (36), enquanto parâmetro inicial da análise, reflete na obrigação estatal de não se descriminar a mulher enquanto gênero, mediante sua condição cultural ou liberdade de orientação sexual e direitos reprodutivos(37), atingindo uma posição de combate às práticas discriminatórias.(38)

Caso paradigmático *Maria da Penha*, enquanto situação de violência doméstica onde o Estado não age com a devida diligencia mediante repetidas denúncias, demonstra a mais típica violação aos direitos da mulher(39). Contudo, em situações de violência sexual e ineficiência do acesso à justiça, que este conceito estava intimamente interligado ao de tortura (40), uma vez que tal ato infligia sofrimentos físicos e mentais na vítima(41). Como facilmente se percebe, o encaminhamento desta temática, pressupõe, necessariamente, que novos modelos temáticos de violações aos direitos das mulheres não estarão atrelados unicamente a sua condição sexual, mas também às condições culturais, afetivas e sociais.

Num emblemático caso de violação aos direitos das mulheres indígenas(42), registrou-se que por haver uma transição cultural paradigmática, deve-se ampliar o acesso à justiça e também a averiguação de violações de direitos humanos, por se tratar de categoria hipossuficiente que merece uma tutela especial em relação aos seus direitos(43). Essa concepção – que se vê como uma *primeira nova tendência dos direitos humanos das mulheres*, traz ínsita a ideia de que a vulnerabilidade da vítima se afere de acordo com seu grau cultural de interação social, ocasionando efeitos muito mais intensos decorrentes das violações, visto que a soma da característica sexual feminina com a condição cultural indígena, pode afetar o acesso à justiça.



Em busca de novas tendências, os aspectos sobre as condições políticas de um Estado também refletem na tutela dos direitos humanos, tanto o é que a situação dos direitos das mulheres em um contexto de conflito armado amplia as violações e destruições da dignidade da mulher a nível cultural, social, familiar e individual, a fim de que tal prática do Estado seja melhor avaliada em sede de Justiça de transição. É nisso que se explica no caso *Plán de Sanchez vs. Guatemala e Massacre de las dos Erres vs. Guatemala*(44). Daí se pode inferir que, ao se discutir sobre as novas tendências dos direitos humanos das mulheres, adentramos em outros campos materiais que fazem parte da problemática.

Basta imaginar – *para confirmação do argumento* – a situação de desaparecimento de mulheres indígenas durante suposta ditadura militar, onde estão sendo apurados mediante condenação pela Corte Interamericana em temática de Justiça de transição.

Em razão do entendimento da Corte Interamericana, nos casos *Atala Riffo versus Chile* e *Artavia (fertilização in vitro) versus Guatemala*, considera-se que o Estado tem de respeitar a orientação sexual da mulher e o seu direito à fertilização in vitro a fins de otimização de tratamento médico, destacando-se uma *primeira tendência dos direitos das mulheres*.

Contudo, aspecto assaz era sobre a violência das mulheres em âmbito doméstico, o qual rendeu vários reflexos normativos. No entanto, um segundo novo paradigma surgiu com o caso *María Franco versus Guatemala*, quando a Corte decidiu que não o Estado não devia tão somente averiguar os casos de violência às mulheres e sua devida omissão, como se havia refletido no *Caso Maria da Penha versus Brasil*, mas também em casos de feminicídio, falta de acesso à justiça e certas políticas públicas a respeito. A exemplo, o ordenamento jurídico italiano(45) que trata do tema com afinco, reconhece que a mentalidade interamericana, é muito mais desenvolvida por conta do real enfrentamento das problemáticas(46).

Todos os questionamentos estabelecidos, geram reflexos na própria tutela da dignidade da pessoa humana(47), enquanto confrontação sobre a valorização preestabelecida nos ordenamentos jurídicos(48) e que, de certa maneira, possuem determinada relevância para uma análise crítica.

Sendo assim, de forma não tão sistematizada enquanto se pretendia, mas apenas rascunhos que direcionem uma análise crítica a respeito, foi o que se procurou nos argumentos. Atendendo-se até certas orientações à uma teoria crítica dos direitos humanos(49), cujo reforço dos direitos e garantias formais de grupos desfavorecidos em alguns ordenamentos jurídicos, traduz todo o empenho de uma análise crítica das novas tendências dos direitos humanos das mulheres, reluziu em uma nova perspectiva científica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante a toda síntese do trabalho, algumas premissas básicas foram traçadas a fim de seguramente adentrar a problemática da efetivação das novas tendências dos direitos humanos das mulheres no âmbito interamericano. Em momento próprio, cuidou-se de trabalhar sob um panorama diferenciado com a qual a doutrina vem se debruçando. Então, algumas considerações finais são postas:

*Primeira consideração final:* Apesar de se iniciar com uma rápida lembrança sobre internacionalização dos direitos humanos, o foco realmente trabalhado foi do respeito e garantia dos direitos humanos das mulheres, onde, buscou-se recursos na doutrina estrangeira a fim de se perquirir premissas básicas seguras.

*Segunda consideração final:* Noutro viés, relevante importância sobre a sistemática de execução e monitoramento das sentenças da Corte tenha se demonstrado oportuna, pois justamente, embora se aja uma contradição lógica entre as premissas e a práxis processual, meios alternativos se revelam como parte da solução à problemática.

*Terceira consideração final:* Mediante a constatação de novas tendências dos direitos das mulheres no sistema interamericano, particularidades fundamentais foram de suma importância científica para a comprovação temática. De outro modo, busca-se determinado enfoque que cede uma característica científica as investigações, procurando-se prestar efetiva contribuição a comunidade internacional dos direitos humanos.

Acredita-se que as noções até aqui debatidas sejam úteis para o desenvolvimento do tema proposto, na medida em que se transplanta um tema esgotado para o campo da complexidade objetiva e subjetiva, a fim de reinventar teses já exaustivamente confrontadas.

## NOTAS DE FIM

1. *Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de evaluar las implicancias para mujeres y hombres de cualquier acción planificada, incluyendo legislación, políticas y programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres así como también de los hombres constituyan una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales de modo que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y la desigualdad no sea perpetuada. El fin último es alcanzar la igualdad de los géneros' (A/52/3). Esta definición es apropiada para describir lo que los órganos de supervisión internacional deberían hacer en el campo de los derechos humanos.* (MEDINA, Cecilia. Derechos Humanos de la Mujer ¿Dónde estamos ahora en las Américas? Chile: Universidad de Chile, ?? p. 01)
2. Ver mais: MEDINA, C. The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence”, en M. Castermans, F. van Hoof y J. Smith (eds.) The role of the Nation-State in the 21st Century. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 117 – 134.

3. (...) a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez esteja apenas começando”. (BOBBIO, Norberto. A era de direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 46).
4. DUARTE, André. O pensamento à sombra da Ruptura, política e filosofia em Hannah Arendt. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000, p.43.
5. Corte IDH. Voto separado no Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 04.07.2006. Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade.
6. LOCHAK, Daniele. *Les Droits de l’Homme. nouv edit.* Paris: La Découverte, 2005, p. 116.
7. Ver mais: TONG, Rosemaire Putnam. *Feminist Thought – a more comprehensive introduction.* Oxford: Westview press, 1998.
8. CARVALHO RAMOS, André de. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118-119; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2006, p. 282
9. Por todos: PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 92.
10. CASSESE, Antonio. *International Law.* New York. Oxford University Press, 2001, p. 350; LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 156; DUNSHE DE ABRANGES, C.A. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p.149; SIMMA, Bruno. *International Human Rights and General International Law: a comparative analysis. Collected Courses of the academy of European Law, v. IV, book 02, Netherlands: Kluwer Law International, 1995, p. 166.*
11. POWER, Andrew Hurrell. *Principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world.* In: Tim Dunne and Nicholas J. Wheeler. *Human Rights in Global Politics.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 277.
12. ALVES, J.A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós modernidade. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.164
13. Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento. (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 09)
14. LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 265 – 267. Ver também: REICH, Norbert. *Postmodernismo em la teoria jurídica.* Derecho y economia em el estado social. Madrid: Tecnos, 1988, p. 113; TEUBNER, G. After legal instrumentalism? Strategic model of postregulatory law. Dilemas of law in the welfare state. New York: Teubner, 1986.
15. Embora não haja, no âmbito interamericano, um ponto fixo para se iniciar toda linha do tempo, podemos citar a criação da Comissão Interamericana das Mulheres (CIM) em 1928, Havana (Cuba), cujo propósito era se estabelecer um centro de estudos sobre a condição legal da mulher nas Américas.
16. RAWLS, John. *Las libertades fundamentales y su prioridad. Libertad, igualdad, y derecho.* Barcelona: Ariel, 1988, p. 16.
17. Para mais estudos acerca do tema, conferir: LEITE DA SILVA, Caíque. Do realismo à constitucionalização do direito internacional. Londrina: Revista de Direito Público, v.9, n.01 jan/abr. 2014, p. 135 – 162.
18. LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de proteccion de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales.* 3 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 25; Ver mais: CARVALHO RAMOS, André de. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

19. ECHR. Papamichalopoulos and others v. Greece (Article 50), 31 October 1995, Series A no. 330-B, §34; Scozzari and Giunta v. Italy, 13 July 2000, §249. Mais recentemente: Scordino v. Italy [GC], 29 March 2006, §233; Fourth Section, *Johansson v. Finland*, 6 September 2007, §64; Manoussakis and others v. Greece, 26 September 1996, §45.
20. CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.
21. Afora a questão entre efetividade e segurança do Sistema Interamericano, Christine Cerna (2001, p. 77) relata que alto são os gastos com poucos casos da Corte, prevalecendo, portanto, certa crítica doutrinária a respeito das práticas processuais internacionais. (The Inter-american system for the protection of human rights. In 95 American Society of International Law Proceedings. 2001, p. 75-79).
22. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Direito Internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 686; *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos* (1948 – 1995): evolución, estado actual y perspectivas, in BARDONNET, Daniel e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (orgs.). *Derecho Internacional y Derechos Humanos/ Droit International et Droits de l'Homme*, La Haye, 1996, p. 47 – 95; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The consolation od the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human rights: preent state and perspectives at the turn of the century*, in *30 Columbia Human Rights Law Review* (1998), n. 01, p. 01 – 27.
23. BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006. vol.I. p. 636.
24. Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolívia. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 191; Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 del septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 202; Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 209.
25. Corte IDH. Caso Massacre Plán de Sánchez vs Guatemala. Sentencia del 29 de abril de 2004. Fondo. Série C, nº 105; Caso de lo Masacre de Paripán vs Colombia. Setencia de 15 de septiembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 134; Caso de la Massacre del Pueblo Bello vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 140; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia del 01 de julio de 2006. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 148; Caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 163; Caso de la Masacre de las Dos Erres vs Guatemala. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 211.
26. Corte IDH. Caso Loyaza Tamayo vs. Peru. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Fondo. Série C, nº33; Caso de la “ Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala. Sentencia del 08 de marzo de 1998. Fondo. Série C, nº 37; Caso Cesti Hurtado vs. Peru. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Fondo. Série C, nº56; Caso Cantoral Bonavides vs. Peru. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Fondo. Série C, nº 69; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru. Sentencia del 08 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 110; Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 07 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 114.
27. ANDRADE, Isabela Piacentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana. *Revista Brasileira de Direitos Internacional*. Curitiba, v.3, n.3, jan./jul. 2006.
28. Ver mais: RAMAZINI, Isabela Gerbelli Garbin. *O prometido é devido: compliance no sistema interamericano de direitos humanos*, 2014. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014.
29. RAMOS, André Carvalho de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316.
30. RAMOS, André Carvalho de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

31. HITTERS, Juan Carlos. *Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros*. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. La Plata, año XXXV, n. 56, 1995, p. 292; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 736 e 737
32. Ver mais: Corte IDH. *Case of Loayza-Tamayo vs. Peru*. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of September 22, 2006.
33. Prenota-se, ainda, questão controvertida a respeito: Embora seja pacífico na doutrina internacional a mera dispensabilidade da homologação da sentença internacional pelo STJ, quais, efetivamente, são os reflexos do pronunciamento da Corte a respeito da liberdade do Estado-réu em cumprir a sentença, sendo que na maioria dos casos, as Constituições são omissas a respeito? – A respeito, Flávia Piovesan anota: “ (...) ao consagrar o primado do respeito a estes direitos como paradigma propugnado para a ordem internacional, este princípio invoca, por assim dizer, a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Por isso, ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do direito Constitucional, mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 08).
34. MURRAY, Peter L; STÜNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
35. A Corte no caso *Aloeboetoe vs. Suriname*, determinou a criação de uma fundação a fim de melhor garantir o cumprimento da indenização pecuniária à vítima, bem como no caso *Comunidade Moiwana*, onde adotou-se o Fundo de Desenvolvimento. (RAMÍREZ, Sergio García. *La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones*. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 44; AYALA CORAO, Carlos M. *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Estudios Constitucionales*. Ano 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 174). A despeito, Cançado Trindade (1999, p. 184) alerta que é de se esperar que todos os Estados-partes busquem equipar-se para assegurar a fiel execução das Sentenças da Corte Interamericana. (...) As vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte Interamericana declarado um direito – quanto ao mérito do caso, ou reparações lato sensu, - ainda não têm inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação. (Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Fabris, 1999, v. II, p. 184.)
36. A respeito, a Corte destacou a Opinião Consultiva 4/84, onde estipulava: “*a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo conprivilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza*” (Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.)
37. A respeito dos direitos humanos das mulheres enquanto ao aborto no Sistema Europeu, conferir: Corte EDH. *Case of A, B and C v. Ireland*, Fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010.
38. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, citados en Corte

- IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170; véase también Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54, citados en Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185.
39. A comissão estabeleceu que a ineficiência judicial facilita a perpetuação de um ambiente de violência doméstica, uma vez que a involuntariedade do Estado acarreta a ausência de sanção destes atos. (CIDH. Informe de fondo nº 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes (Brasil), 16 de Abril de 2001, párr. 56).
  40. CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, Caso 10.970, Raquel Martín de Mejía (Perú) del 1º de marzo de 1996; Informe de Fondo Nº 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001.
  41. CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, Caso 10.970, Raquel Martín de Mejía (Perú) del 1º de marzo de 1996. Sección V. Consideraciones Generales, B. Consideraciones sobre el fondo del asunto.
  42. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 295, párr. 185
  43. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 233-234.
  44. Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.
  45. Ver mais: MOLLER OKIN, S. Diritti delle donne e multiculturalismo. Roma: Raffaello Cortina Editore, 2007.
  46. SPINELLI, Barbara. Femicidio: dati e riflessioni intorno ai delitti per violenza di gener. Regione Emilia Romagna – Assessorato Promozione Politiche Sociali, A cura di C. Karadole e A. Pramstrahler, 2011, pp.125-142.
  47. JACKSON, Vicki C. *Constitutional dialogue and human dignity: States and transnational constitutional discourse*. Montana Law Review, n.65, 2004, p. 15; NEUMAN, Gerald L. *Human dignity in United States constitutional law*. In: SIMON, Dieter; WEISS, Manfred (Ed.). *Zur autonomie des Individuums*, 2000, p. 250; WHITMAN, V. James Q. *The two western cultures of privacy: Dignity versus Liberty*. Yale Law Journal, n. 113, 2004, p. 1151; MCCRUDDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. European Journal of International Law, n.19, 2008, p. 155; GIRARD, Charlotte; HENNETTE-VAUCHEZ. *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, 2005, p. 24.
  48. GRIMM, V. Dieter. Die Würde des Menschen ist unantastbar. In: 24 Kleine Reihe. Stuttgart: Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, 2010, p. 05.
  49. FLORES, Joaquín Herrera. Introducción General. In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Pelotas: Educat, 2005, p. 27.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, J.A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós modernidade. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ANDRADE, Isabela Piacentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana. Revista Brasileira de Direitos Internacional. Curitiba, v.3, n.3, jan./jul. 2006.

AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Estudios Constitucionales*. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007.

BOBBIO, Norberto. A era de direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2006. vol.I.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Direito Internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Fabris, 1999, v. II.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2ed., rev. e atual. Porto Alegre: Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 1995): evolución, estado actual y perspectivas, in BARDONNET, Daniel e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (orgs.). *Derecho Internacional y Derechos Humanos/ Droit International et Droits de l'Homme*, La Haye, 1996.

\_\_\_\_\_. The consolidation of the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human rights: present state and perspectives at the turn of the century, in 30 Columbia Human Rights Law Review (1998), n. 01.

CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Processo Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York. Oxford University Press, 2001.

CERNE, Christine M. The Inter-american system for the protection of human rights. In 95 American Society of International Law Proceedings. 2001.

Corte EDH. Papamichalopoulos and others v. Greece (Article 50), 31 October 1995, Series A no. 330-B, §34.

\_\_\_\_\_. Scozzari and Giunta v. Italy, 13 July 2000, §249.

\_\_\_\_\_. Scordino v. Italy [GC], 29 March 2006, §233.

\_\_\_\_\_. Case of A, B and C v. Ireland, Fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010.

\_\_\_\_\_. *Johansson v. Finland*, 6 September 2007, §64

\_\_\_\_\_. Manoussakis and others v. Greece, 26 September 1996, §45.

Corte IDH. Voto separado no Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 04.07.2006. Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade.

\_\_\_\_\_. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

\_\_\_\_\_. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

\_\_\_\_\_. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

\_\_\_\_\_. *Case of Loayza-Tamayo vs. Peru*. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of September 22, 2006.

\_\_\_\_\_. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Sentencia de 27 del noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas, Série C, nº 191.

\_\_\_\_\_. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C.

\_\_\_\_\_. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

\_\_\_\_\_. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

\_\_\_\_\_. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia del 23 del noviembre de 2009. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 209.

\_\_\_\_\_. *Caso Masacre Plán de Sánchez vs Guatemala*. Sentencia del 29 de abril de 2004. Fondo. Série C, nº 105.

\_\_\_\_\_. *Caso de lo Masacre de Paripán vs Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 134.

\_\_\_\_\_. *Caso de lo Massacre del Pueblo Bello vs Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 140.

\_\_\_\_\_. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 01 de julio de 2006. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 148.

\_\_\_\_\_. *Caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 163.

\_\_\_\_\_. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 211.

\_\_\_\_\_. *Caso Loyaza Tamayo vs. Peru*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Fondo. Série C, nº 33.

\_\_\_\_\_. *Caso de la “ Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala*. Sentencia del 08 de marzo de 1998. Fondo. Série C, nº 37.

\_\_\_\_\_. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Fondo. Série C, nº 56.

\_\_\_\_\_. *Caso Cantoral Bonavides vs. Peru*. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Fondo. Série C, nº 69.

\_\_\_\_\_. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Sentencia del 08 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 110.

\_\_\_\_\_. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.



\_\_\_\_\_. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 07 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 114.

\_\_\_\_\_. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

\_\_\_\_\_. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

\_\_\_\_\_. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

DUARTE, André. O pensamento à sombra da Ruptura, política e filosofia em Hannah Arendt. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

DUNSHE DE ABRANGES, C.A. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

FLORES, Joaquin Herrera. Introducción General. In MOURA, Marcelo Oliveira de. Irrompendo no Real: Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Pelotas: Educat, 2005.

GIRARD, Charlotte; HENNETTE-VAUCHEZ. *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*. PARIS: Presses Universitaires de France – PUF, 2005.

GRIMM, V. Dieter. Die Würde des Menschen ist unantastbar. In: 24 Kleine Reihe. Stuttgart: Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, 2010, p. 05.

HITTERS, Juan Carlos. *Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros*. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. La Plata, año XXXV, n. 56, 1995.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional dialogue and human dignity: States and transnational constitutional discourse*. Montana Law Review, n.65, 2004.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LOCHAK, Daniele. *Les Droits de l'Homme. nouv edit*. Paris: La Découverte, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE DA SILVA, Caíque. Do realismo à constitucionalização do direito internacional. Londrina: Revista de Direito Público, v.9, n.01 jan/abr. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MCCRUDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. European Journal of International Law, n.19, 2008.

MEDINA, Cecilia. *Derechos Humanos de la Mujer ¿Dónde estamos ahora en las Américas?* Chile: Universidad de Chile, ano ??

\_\_\_\_\_. *The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence*, en M. Castermans, F. van Hoof y J. Smith (eds.) The

role of the Nation-State in the 21st Century. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr, Kluwer Law International, La Haya, 1998.

MOLLER OKIN, S. Diritti delle donne e multiculturalismo. Roma: RaffaelloCortina Editore, 2007.

MURRAY, Peter L; STÜNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

NEUMAN, Gerald L. *Human dignity in United States constitutional law*. In: SIMON, Dieter; WEISS, Manfred (Ed.). *Zur autonomie des Individuums*, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2006.

\_\_\_\_\_. Temas de direitos humanos. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMAZINI, Isabela Gerbelli Garbin. O prometido é devido: *compliance* no sistema interamericano de direitos humanos, 2014. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014.

RAMÍREZ, Sergio García. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

RAWLS, John. *Las libertades fundamentales y su prioridad. Libertad, igualdad, y derecho*. Barcelona: Ariel, 1988.

REICH, Norbert. Postmodernismo em la teoria jurídica. In: *Derecho y economia em el estado social*. Madrid: Tecnos, 1988.

SIMMA, Bruno. *International Human Rights and General International Law: a comparative analysis*. Collected Courses of the academy of European Law, v. IV, book 02, Netherlands: Kluwer Law International, 1995.

SPINELLI, Barbara. *Femicidio: dati e riflessioni intorno ai delitti per violenza di gener*. Regione Emilia Romagna – Assessorato Promozione Politiche Sociali, A cura di C. Karadole e A. Pramstrahler, 2011.

TEUBNER, G. *After legal instrumentalism? Strategic model of postregulatory law*. Dilemas of law in the welfare state. New York: Teubner, 1986.

TONG, Rosemaire Putnam. *Feminist Thought – a more comprehensive introduction*. Oxford: Westview press, 1998.

WHITMAN, V. James Q. *The two western cultures of privacy: Dignity versus Liberty*. Yale Law jornal, n. 113, 2004.

# **O QUE O APEDREJAMENTO DE SORAYA M. ENSINA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL: O PROBLEMA DA SUBORDINAÇÃO E O ESVAZIAMENTO DA LEI**

Como citar esse artigo:

CREDO, Raquel de Naday; BOGO, Ana Paula Conde. O que o apedrejamento de Soraya M. Ensina sobre a violência contra a mulher no Brasil: o problema da subordinação e o esvaziamento da lei, in BERNARDI, R.; SALIBA, M. G.; BERTONCINI, C; PASCHOAL, G. H. **Direito e Cinema em debate**. Jacarezinho – Paraná, UENP, 2015.

*Raquel De Naday Di Credo  
Ana Paula Conde Bogo*

## **RESUMO**

O problema do machismo e da violência doméstica contra a mulher tratada no filme “O Apedrejamento de Soraya M.”, motiva a análise desta realidade. No Brasil, a Lei n 11.340/2006 prevê como o problema deve ser tratado. Utilizando o método sistêmico, arvorado no funcionalismo e no estruturalismo, o texto se desenvolve para compreender as razões das mulheres permanecerem em ambientes ou em relacionamentos com características violentas, bem como quais são os efeitos da recorrência de crimes contra a mulher em face à sociedade, ao Poder Judiciário e ao Estado.

**Palavras-Chave:** violência doméstica; subordinação; recorrência; esvaziamento legal.

## **RESUMEN**

El problema del machismo y la violencia doméstica contra las mujeres tratadas en la película "La verdad de Soraya M.", motiva el análisis desta realidad. En Brasil, la Ley n. 11.340/2006 establece cómo se debe tratar el problema. Utilizando el método sistémico, criado en el funcionalismo y el estructuralismo, el texto desarrolla para comprender las razones que las mujeres se quedan en entorno o en las relaciones con características violentas y cuáles son los efectos de la repetición de los crímenes contra la mujer en la sociedad, el Poder Judicial y el Estado.

**Palabras Clave:** violencia domestica; subordinación; recurrencia; vaciado Legal

## **Biografia das autoras:**

*Raquel de Naday Di  
CREDDO*  
Mestranda pela  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná. E-  
mail:  
raquel.dicreddo@yah  
oo.com.br

*Ana Paula Conde  
BOGO*  
Mestranda pela  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná. E-  
mail:  
anapaulabogo@hotm  
ail.com

## INTRODUÇÃO

Discutir sobre o machismo em idos do século XXI pode parecer, a princípio, uma discussão histórica, mas nos bastidores ainda é uma realidade.

Histórias que narram práticas machistas e de violência contra a mulher instilam os sentidos e direcionam pautas temáticas de discussão.

A discussão sobre o machismo vem à tona não só por sua condição de desequilíbrio social, mas pelas consequências que provoca em relação à violência de gênero que traz em uma de suas modalidades a violência contra a mulher.

A violência contra a mulher compreende uma forma específica de violência, cujo fator de risco é justamente ser mulher, e atinge variadas vertentes. As mais comuns são a psicológica, a física e a sexual.

É no âmbito das relações familiares que a violência de gênero é mais controversa. Por uma análise lógico-dedutiva, os familiares deveriam ser pessoas caras umas a outras e nesses ambientes não caberia espaço para a violência e sim para o afeto, porém, o desequilíbrio emocional e cultural evidencia um outro cenário.

O termo “machismo”, em seu sentido denotativo, pode ser verificado como o comportamento que não admite a igualdade entre os gêneros, prevalecendo o sentimento de superioridade do gênero masculino.

Sob tal perspectiva, desenvolve-se que aqueles que possuem atitudes contrárias à igualdade de gênero, considerando o gênero masculino como predominante, é denominado machista.

O comportamento machista, pode variar em extremos, pode ocorrer através de uma atitude sutil, quase imperceptível, tão imbrincada culturalmente, que pouco se sente, mas continua a manter o jugo de um sobre o outro. Há casos que o comportamento é tão explícito e provoca consequências tão nefastas que impulsiona ondas de manifestações contrárias, estudos, produções literárias e cinematográficas.

O Direito se imiscui nessa temática com o objetivo de reger as condutas sociais com o objetivo de superar a problemática, e a diferença cultural entre os países pode ser considerada elemento essencial para as mais variadas estratégias em relação ao tratamento da desigualdade de gênero.

Especificamente no Brasil, a necessidade de tratamento às mulheres em situação de violência doméstica foi fundamental para a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Enquanto que em países orientais o avanço legislativo é menos expressivo por questões culturais.

O avanço legislativo reflete a necessidade social de solução para o problema da violência contra a mulher, bem como impulsiona a evolução cultural e social dos gêneros, na tentativa de reduzir as desigualdades e o contexto histórico de submissão da mulher, inclusive no que tange à proteção de direitos e acesso à justiça.

A Lei Maria da Penha nasce com o propósito de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, regulamentando o § 8º do art. 226

da Constituição Federal, em atendimento à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, conhecida como a Convenção de Belém do Pará, e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; criando os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; com a alteração do Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

A promulgação de uma lei que garante tratamento especializado à violência de gênero no ambiente doméstico vai além da regulamentação aos casos específicos, que são inúmeros; objetivam também uma evolução cultural, com vistas à redução da violência e valorização do papel da mulher dentro da família e da sociedade.

Em muitos casos de violência doméstica embora haja a representação contra o agressor, há também o perdão e a reconciliação, e os envolvidos continuam a viver no mesmo conjunto familiar, podendo haver ou não novos registros de violência contra a mulher.

No caso das famílias que apresentam registros de violência contra a mulher recorrentes e em nada modificam a condição inicial surgem os questionamentos sobre o esvaziamento da Lei Maria da Penha e os reflexos judiciais decorrentes da situação em destaque.

O ponto de partida deste trabalho é a leitura da obra cinematográfica “O apedrejamento de Soraya M.” aliada à revisão bibliográfica sobre a violência contra a mulher. A leitura dos textos foi orientada pelas seguintes questões: (1) Por que razões as mulheres se mantêm em um ambiente ou em um relacionamento com características de violência? (2) Quais os efeitos da recorrência de crimes contra a mulher à sociedade, ao Poder Judiciário e ao Estado?

Utilizando o método sistêmico, arvorado no funcionalismo e no estruturalismo, o texto se desenvolve sem que haja o esgotamento das fontes, dividido em três partes: Extração textual da obra cinematográfica e enfrentamento do ponto comum da violência doméstica contra a mulher; análise da recorrência dos casos de violência doméstica contra a mulher e o esvaziamento da lei; e, por fim, as consequências judiciais do estudo da recorrência.

## 1 A HISTÓRIA DE “SORAYA M.” E O PARALELO BRASILEIRO: O PROBLEMA DA SUBORDINAÇÃO

A obra cinematográfica “O Apedrejamento de Soraya M.” ilustra a história, baseada em fatos reais, da iraniana Soraya Manutchehri, escrita por um jornalista franco-iraniano que relata a condenação à morte, por apedrejamento, em razão de suposto adultério.

Segundo o filme, o marido de Soraya estava descontente com seu comportamento como esposa e teria interesse em se casar novamente. Caso o homem contraísse segundas núpcias não teria condições de manter duas esposas, e

também não tinha interesse em devolver o dote à primeira esposa. Diante de tal situação, com dois companheiros, forjou provas para incriminar Soraya do cometimento de adultério, cuja pena prevista era a de morte por apedrejamento e com isso estaria livre para um novo casamento, sem que precisasse se endividar.

A obra mostra que no Irã as mulheres acusadas de adultério deveriam apresentar provas que demonstrassem sua inocência para que não fossem condenadas, ou seja, deveriam apresentar provas negativas do adultério para evitar a condenação.

O caso narrado foi julgado por uma comissão de homens, e por ser considerada culpada, segundo as leis do país, a personagem foi condenada à pena de morte por apedrejamento.

A história de Soraya M. evidencia mais do que as duras leis do Irã, evidencia a questão da subordinação da mulher, que de maneira mais ou menos intensa, a depender da região, atinge mulheres de todo o mundo.

No Brasil, até 1830, era permitido ao marido matar a mulher quando a encontrasse em flagrante adultério (BRASIL, STF, 2011, s/p.), por questões de honra, como prevê o livro quinto, título XXXVIII das Ordenações Filipinas. Não é de se espantar que em outras culturas também houvesse tal previsão.

Essa perspectiva é curiosamente exposta pelo pesquisador Mohomed, desmistificando a cultura Islâmica. Apesar de ser comum considerar que a mulher no Islã estaria em situação de inferioridade e debaixo das piores condições, na realidade, na Europa e no mundo inteiro as mulheres têm problemas. (MOHOMED, 2011, P.395-396)

A pesquisa de Mohomed revela que em todas as culturas há um ponto comum para que a violência doméstica contra a mulher ocorra, ao que se identifica como a ocorrência da subordinação. Subordinação essa marcada por uma problemática histórica do patriarcado, pela dependência financeira, física ou emocional.

A mulher ao longo dos anos conquistou maiores espaços na estrutura social. Inicialmente com a revolução francesa e a instalação do capitalismo e mais adiante com a Segunda Guerra Mundial as mulheres foram impulsionadas ao mercado de trabalho para desempenhar tarefas consideradas masculinas, tendo em vista a redução contingencial dos homens e a necessidade de movimentação econômica. Tais fatos históricos são considerados marcos na mudança de paradigmas sobre o papel da mulher nas mais variadas camadas sociais, contudo ainda sofre preconceitos e limitações.

Amartya Sen considera que as mulheres são agentes da mudança social, cuja participação ativa promove o desenvolvimento e consequentemente a liberdade, de si, de seu povo, de seus filhos, de sua comunidade, sendo imperioso retificar as desigualdades que arruinam o bem estar das mulheres (SEN, 2010, p. 247).

Considerar a mulher como agente da mudança social contraria a estrutura histórica do patriarcado, fazendo com que o machismo ainda permeie as formações

comunitárias e impulsiona uma recente ação dominadora do homem sobre a mulher, na tentativa de manter as estruturas ancestrais. A violência ocorre para manter o jugo e se arrocha para evitar a tentativa de libertação.

Com o intuito de compreender a complexa relação entre homens e mulheres é importante apresentar ao debate o aspecto da subordinação.

La Boétie, já em 1549, pregava que um tirano só pode fazer mal enquanto os subordinados preferirem aguentá-lo a contrariá-lo (LA BOÉTIE, 1549, p. 5). Na visão do autor, o poder do tirano não deveria assustá-los, afinal, é só um, e suas atitudes não deveriam ser prezadas pelos dominados porque os trata de maneira cruel e desumana (LA BOÉTIE, 1549, p.6). O tirano será destruído no dia em que houver a recusa de servi-lo.

A ideia de subordinação e servidão trazida por La Boétie pode ser aplicada a diversas hipóteses de subordinação pois, via de regra, consiste em amarras culturais, religiosas ou sociais mas não reais.

De acordo com o autor, são as pessoas que se deixam escravizar. Quando se decide pela falta de liberdade e prefere o jugo é o subordinado que aceita o mal. (LA BOÉTIE, 1549, p.10-11)

Adotando essa perspectiva, as mulheres subordinam-se a uma ideia propagada pelos dominadores e são conduzidas por eles aceitando as mais diversas agressões. Essa voluntariedade, contudo, deve ser analisada sob a óptica da irracionalidade, ou seja, a subordinação inerente a condição que se lhes impõem e não da vontade consciente em se manter submissa e humilhada.

Segundo Meneghel, a violência contra a mulher decorre da estrutura de dominação masculina. “A violência entre os gêneros é um fenômeno produzido historicamente e ocorre quando existem relações de poder assimétricas, constituindo hierarquias, visíveis ou não” (MENEGHEL, et. al. Repercussões da Lei Maria da Penha [...] 2013, s/p.)

O estudo de Araújo (2008, s/p.) indica que a dominação masculina exerce uma dominação simbólica sobre o tecido social, e considera que a relação de poder que o homem tem sobre a mulher é fator preponderante para que o homem sinta que possui o “direito” de agredi-la por qualquer motivo, atingindo mulheres de todas as classes sociais.

A ideologia de gênero é um dos principais fatores que levam as mulheres a permanecerem em uma relação abusiva. Muitas delas internalizam a dominação masculina como algo natural e não conseguem romper com a situação de violência e opressão em que vivem.

Além da ideologia de gênero outros motivos também são frequentes, tais como: a dependência emocional e econômica, a valorização da família e idealização do amor do casamento, a preocupação com os filhos, o medo da perda e do desamparo diante da necessidade de enfrentar a vida sozinha, principalmente quando a mulher não conta com nenhum apoio social e familiar. (ARAÚJO, 2008, s/p.)

A postura submissa enfrenta uma visão obscura: o auto menosprezo. Para aquelas que vivem a dualidade da dominação masculina e submissão feminina não enxergam para si uma realidade diferente da que vivem; amarras psicológicas muito difíceis de superar, bem diferente da “sem vergonhice” e da “falta de vergonha na cara” que se costuma socialmente bradar para justificar a situação da submissão.

A escolha pela submissão está intimamente ligada a elementos psicológicos, envolvendo personalidades de um lado dominadoras e de outro lado propensas à baixa estima e dominação ou subserviência. Não raras as vezes o agressor possui uma atuação psicológica forte, complexa e envolvente, que é capaz de aprisionar as companheiras em seu comportamento agressivo, causando reflexos em toda estrutura familiar.

[...] a violência psicológica não afeta somente a mulher de forma direta. Ela atinge a todos que presenciam ou convivem com a situação. Por exemplo, os filhos que testemunham a violência psicológica entre os pais podem passar a reproduzi-la por identificação ou mimetismo<sup>4</sup>, passando a agir de forma semelhante com a irmã, colegas de escola e, futuramente, com a namorada e esposa/companheira (SILVA, et al. 2007, s/p.)

A situação de violência contra a mulher ao afetar outros indivíduos que convivem com a situação faz nascer um ciclo de dificuldades de convivência, de desvalorização das mulheres e das relações domésticas, o que indiretamente afeta todo o contexto social em que as personagens estão inseridas.

O problema da violência contra a mulher dentro do ambiente doméstico não só gera o mencionado ciclo de dificuldades e probabilidades do aumento da violência, ligado à segurança pública, como também evidencia o problema da saúde pública, “embora não específico da área da Saúde, uma vez que é resultado de uma complexa interação de diversos fatores, que podem ser individuais, sociais, econômicos, culturais, dentre outros” (BRASIL, 2005, p.6)

A violência sofrida, mesmo quando internalizada inconscientemente, gera reflexos no corpo. Distúrbios alimentares, musculares, psicológicos, sem dizer das lesões causadas pelas agressões físicas e da costumeira relação do agressor com o uso de drogas lícitas e ilícitas. Não basta ao Estado o regramento das condutas pela Lei, na tentativa de resguardar a segurança no ambiente social e familiar, é preciso manter os profissionais da saúde em alerta para o atendimento e tratamento dos casos de violência.

As situações de violência doméstica iniciam-se silenciosamente e podem sofrer um aumento gradativo em intensidade e consequências: violência psicológica, cerceamento da liberdade individual da vítima, constrangimento, humilhações, baixando a autoestima de forma que a vítima tolere a violência física. Muitas mulheres não percebem que estão vivendo em uma situação de violência doméstica, e com a repetição dessas condutas passam a internalizá-la como natural, reforçando



sua baixa-estima e agravando a situação de fragilidade. Enganam-se e fingem que não ocorre violência. (SILVA, et. al., 2007, s/p.)

A violência contra a mulher chega ao seu ápice na hipótese do femicídio, que, como explica Pasinato (2011, p.224), compreende a expressão utilizada para designar os assassinatos de mulheres que ocorrem pelo fato de serem mulheres. Uma discriminação baseada no gênero, decorrente de uma vida de terror, e não um fato isolado na vida da vítima.

Carcedo (2010, p.4) ressalta que o termo “femicídio” tem cunho político e legal para referir às mortes de mulheres causadas por homens, seja ela unitária ou não, decorrentes desse conflito de gênero: o machismo.

No femicídio, as mortes, decorrentes do gênero, são intencionais e se relacionam com o fato das mulheres não estarem desempenhando seus papéis de gênero adequadamente, reforçando as diferenças de poder entre homens e mulheres, e uma condição de manutenção dessas diferenças. Os crimes podem ser cometidos individual ou coletivamente. (PASINATO, 2011, p.28-29)

Esse é o caso de Soraya M. e tantas outras mulheres pelo mundo que morrem em decorrência da violência de gênero causada pelo machismo.

Há diferentes cenários onde os femicídios podem ocorrer, tornando esse conjunto de mortes heterogêneo e complexo, embora se possa afirmar que todos eles são provocados pela condição de discriminação e subordinação das mulheres na sociedade patriarcal. (MENEGBEL, et. al., Femicídios [...] 2013, s/p.)

O femicídio é o fim não desejado a uma trajetória de violência e abusos. O momento que revela e renova todos os abusos anteriores. E o mais lastimável passo para que alguma justiça possa ser realizada em prol das mulheres em situação de violência doméstica.

## 2 O PROBLEMA DA RECORRÊNCIA NO ESVAZIAMENTO DA LEI

No Brasil, a previsão legal ao combate à violência de gênero é direcionada à modalidade específica da violência doméstica contra a mulher, praticada por sujeitos com ou sem vínculo familiar ou que mantenham, com a mulher agredida, relação íntima de afeto.

Desde 2006, no sistema legislativo brasileiro, há um destaque à garantia de proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar através de procedimentos humanizados.

A promulgação da Lei nº 11.340/2006 trouxe em seu bojo uma nova visibilidade ao antigo problema da violência contra a mulher no ambiente doméstico: ampliou a proteção a essas mulheres e fez nascer novas ações em rede em torno

dessa problemática, criando protocolos às instituições de saúde, de segurança, um novo instrumento ao Poder Judiciário e novas políticas a serem implementadas pelo Poder Executivo.

O tratamento desse grupo específico de vítimas da violência se fez necessário ante o histórico social de estruturas paternalistas, que tinha na figura do homem o “chefe da família” e na mulher a “dona de casa”.

Em que pese o patriarcado ter sido superado em suas formas originárias, não se pode negligenciar que ainda está presente em inúmeras famílias, um ranço social que se perpetua, algumas vezes de forma silenciosa, outras de maneira escancarada.

Essa condição social foi objeto de estudo para a elaboração da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (1), sendo fundamental para a sua estruturação e aprovação, como se vê:

O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de ação afirmativa que têm por objetivo implementar “ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas”.

As iniciativas de ações afirmativas visam “corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia”. [...]. (BRASIL, 2004, s/p. grifo do autor)

No Brasil não é comum os registros de ocorrência de crimes de ódio em decorrência do gênero fora do ambiente doméstico, mas é cotidiano os registros de violência doméstica contra a mulher justamente pelo aspecto da subordinação, como já discutido anteriormente, e em razão da estrutura social hierárquica que embasa a formação histórica das famílias,

Esse cotidiano de registros teve significativa ampliação por essa inovação legislativa – seja pelas vias policiais, seja pelas instituições de saúde, que com seus protocolos, permite que o problema seja conhecido. Uma vez conhecido, as vítimas têm maiores condições de buscar ajuda.

[...] a Lei visa transformar a relação entre vítimas e agressores, assim como o processamento desses crimes, o atendimento policial e a assistência do ministério público nos processos judiciais. A Lei enfrenta a violência enraizada em uma cultura sexista secular que mantém a desigualdade de poder presente nas relações entre os gêneros, cuja origem não está na vida

familiar, mas faz parte das estruturas sociais mais amplas. (MENEGHEL, et. al. Repercussões da Lei Maria da Penha [...], 2013, s/p.)

Como anteriormente exposto, a ideia da lei é alinhar o ideal igualitário predominante, discutido, debatido e defendido, com a realidade de desigualdade intrafamiliar, rompendo com a essência patriarcalista que a legislação brasileira nutria em seu bojo – o homem como centro e a mulher como objeto de proteção (PEGORER, 2013, p. 67).

O sentimento de temor e desproteção das mulheres agredidas é real, e infelizmente a previsão legal não consegue dar efetiva proteção frente aos abusos cometidos.

A aplicação de medidas protetivas pelas instituições que prestam atendimento a mulheres vítimas de violência ainda é um ponto crítico. Em pesquisa realizada em Porto Alegre, as mulheres declararam não se sentirem seguras em relação à cessação das agressões e ameaças, pois os agressores não são responsabilizados e o sistema policial, quando acionado, não responde aos pedidos de proteção com a rapidez e presteza necessárias (MENEGHEL et al., 2011, s/p.)

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha ampliado a proteção à mulher em situação de violência em seu ambiente doméstico e consiga dar um tratamento diferenciado a essa problemática, não significa que o quadro de condutas violentas recorrentes tenha deixado de existir. Acredita-se que o problema tenha ficado mais visível e as vítimas tenham se tornado mais acessíveis, contudo é uma dificuldade a ser superada.

A aplicação das medidas de proteção - como o afastamento do lar, a proibição de aproximação da vítima – nem sempre é eficaz pois os agressores descumprem as determinações judiciais sem qualquer pudor, sem dizer que muitas mulheres os aceitam novamente no ambiente doméstico, por ameaças ou promessas de mudança,

Não raras são as vezes que as mulheres denunciam seus agressores com o desejo de que com esse “susto” as agressões cessem. Pode funcionar em alguns casos, mas a reincidência é marcante.

Esse propósito de alinhamento entre o ideal igualitário e a realidade prescindem de um tratamento holístico, não só punindo o agressor com o rigor que se espera, mas promovendo, nos dizeres de Pegorer (2013, p.78), mecanismos de transformação dos valores patriarcais, reabilitando-os, bem como implementando programas de prevenção.

A reincidência evidencia o problema do esvaziamento da Lei, pois significa que o trabalho psicológico dos agentes de saúde, a proteção do sistema policial, e a decisão judicial não foram, isoladas ou cumuladas, suficientes para fazer cessar as agressões, com o retorno à situação inicial, que tira a credibilidade da norma e traz

dificuldade de implementação de novos programas, ou seja, o agressor fica em uma cômoda situação, pois, a determinação judicial, a Lei, não foram suficientes para que seus impulsos de agressão fossem desmaterializados.

[...] a mera existência de uma lei formal no universo jurídico não garante que a vítima de violência doméstica terá efetivo acesso à justiça, nem que haverá eficácia da norma, ou seja, que a lei terá força para realizar os efeitos sociais para os quais ela foi criada. (BEZERRA, 2011, p. 14).

Dentre os mecanismos de transformação dos valores patriarcais, há uma “permanente pressão sobre os governos estaduais e municipais para que invistam na criação de novos serviços e na capacitação de pessoal para atendimento especializado” (CEPIA, 2013, p. 8).

Esses serviços têm natureza multidisciplinar, cuja atuação é realizada no que se denomina “rede de atendimento”, em que profissionais de diversas áreas são capacitados a tratar do problema da violência doméstica contra a mulher. Interessante notar que essa capacitação não envolve apenas a técnica; envolve também a capacitação psicológica para receber as mulheres vitimadas, bem como na ponderação do momento da intervenção.

[...] à Lei n. 11.340/06, popularizada como Lei Maria da Penha, cujas inovações simbolizam novos horizontes à luta feminina, [...] não se pode conferir [...] todas as esperanças de erradicação da violência doméstica enquanto sua funcionalidade ficar restrita, pragmaticamente, ao âmbito punitivo. Dai a se falar na transversalidade de gênero como mecanismo de avaliação das políticas originadas, a fim de que se passe a investir no caráter reeducativo e reabilitador do agente e, com isso, atingir efetivamente as bases da estrutura hierarquizante. (PEGORER, 2013, p. 79)

A viabilização dos atendimentos de saúde, segurança e jurídicos à vítima pode ser considerado o primeiro passo para o enfrentamento do problema. Mas é preciso mais. O atendimento da vítima auxilia no fortalecimento pessoal das mulheres vitimadas pela violência, com a tentativa paulatina de recuperar a estima e o valor que lhe fizeram acreditar inexistentes. Mas é preciso atingir o agressor em seus valores, oportunizando a compreensão da necessidade de dominar-se. A ação ideal não é tarefa fácil.

### 3 AS CONSEQUÊNCIAS JUDICIAIS NA RECORRÊNCIA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

No debate da violência de gênero e da transversalidade, é preciso considerar o papel do Poder Judiciário na otimização dos serviços prestados às mulheres em

situação de violência doméstica e a referência da ação judicial como expectativa de garantia de segurança e solução dos conflitos apresentados.

Se a Lei não basta em si mesma, para que se valha é preciso que o Poder Judiciário lhe concretize efetivamente através de suas ações, diante dos casos apresentados diariamente.

É preciso que a Lei Maria da Penha seja tratada pelos operadores do Direito com a relevância que de fato possui no combate da violência contra a mulher, na tentativa de coibir, através das decisões prolatadas, a violência no âmbito das relações domésticas.

O art. 41 da Lei nº11.340/2006 tem por objetivo evitar que, aos delitos cometidos no âmbito das relações domésticas, sejam aplicadas normas de cunho despenalizador, não considerando tais ações como de menor potencial ofensivo.

[...] verifica-se que o art. 41 da Lei Maria da Penha não é inconstitucional, uma vez que, ao vedar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos delitos domésticos, apenas ressaltou o legislador, nos limites que o poder constituinte lhe reservou, que os delitos domésticos são mais gravosos. A Lei Maria da Penha, no limite de sua competência, apenas criou uma exceção ao que dispôs a Lei n. 9.099/1995. (OLIVEIRA; CAMACHO, 2012, p. 105)

Fechar os olhos a um problema recorrente, relegando-o a baixo potencial ofensivo, pode trazer vastas consequências à vida da vítima, ao núcleo familiar, e, em consequência, ao núcleo social, promovendo o ciclo de violências já ponderado inicialmente.

No julgamento do Habeas Corpus nº 106212 o Ministro Marco Aurélio afirma que o art. 41 da Lei Maria da Penha, que afasta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais nos casos de violência doméstica, dá concretude ao art. 226, parágrafo 8º da Constituição Federal que dispõe que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, STF, 2011, s/p.),

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a constitucionalidade da Lei Maria da Penha fortalece a sua aplicação pelo Poder Judiciário que não pode mais se esquivar sob a alegação do vício.

Somente aqueles com visão meramente simplista e sem qualquer responsabilidade acerca da indisfarçável discriminação contra a mulher, questionam a inconstitucionalidade da sobredita legislação. Ao utilizarem de tais argumentos e polemizar acerca da sua inaplicabilidade, juristas cerceiam o direito das mulheres fazerem jus aos seus direitos adquiridos. Esquecem que a “atividade-fim” de um operador do direito é garantir o cumprimento da norma e fazer a verdadeira justiça. (OLIVEIRA; CAMACHO, 2012, p. 104)

Ao Poder Judiciário é atribuída grande responsabilidade e o tratamento negligente da recorrência de condutas violentas à mulher no âmbito doméstico leva ao esvaziamento do conteúdo legal, descaracterizando o papel de garantidora dos direitos humanos, e ainda, desconstruindo a estruturação protetiva criada.

Embora não seja o único Poder responsável em conferir eficácia aos dispositivos legais que amparam a mulher de maneira especial, é, com certeza, o que tem relação mais direta com a defesa dos direitos humanos. Contudo, a omissão do Poder Público, sobretudo do Poder Judiciário, tem sido determinante para a manutenção destes assombrosos índices de violência. (OLIVEIRA; CAMACHO, 2012, p. 107)

Segundo o Ministro Dias Toffoli, em seu pronunciamento no referido julgamento do Habeas Corpus nº 106212, a necessidade de proteção à mulher nasce da necessidade de superar a desigualdade histórica que a mulher vem sofrendo em relação ao homem ao longo dos anos. (BRASIL, STF, 2011, s/p.).

O Poder Judiciário representa uma das tramas da rede multidisciplinar que se forma para viabilizar o atendimento conjunto, de modo que o enfraquecimento das tramas ou pior, a ausência dessa trama, torna frágil a atuação de propósito uno do Estado.

A razão motivadora de trabalhar com o tema em comento surgiu a partir do reconhecimento de que o Judiciário [...] pode obstaculizar o acesso das vítimas de violência doméstica à justiça, caso não analise a lei Maria da Penha sob uma perspectiva de gênero, ou seja, levando em conta que essa legislação é uma compensação para se encontrar a igualdade material entre homens e mulheres. Daí a importância de se estudar a respeito do tema: a de se encontrar caminhos para que o Judiciário lide de maneira apropriada com as questões que envolvem a violência doméstica contra a mulher. (BEZERRA, 2011, p. 14)

Villas, dissonante do posicionamento adotado na Lei nº 11.340/2006, defende que a discussão sobre a diferença de gênero não passa de um sectarismo cego, sendo relevante o debate sobre a violência doméstica em seu sentido lato. Para esse autor a concentração da pena no âmbito criminal não permite a adoção de outras formas de composição dos conflitos, e, por conseguinte, não resolve o problema da violência familiar. “[...] ante a inflexibilidade legal, processar-se-á criminalmente o agressor, mas não se atingirá a solução do foco do problema” (VILLAS, 2013, p. 71- 72).

Segundo o autor, a medida criminal deve ser considerada a *ultima ratio*, e sua adoção não guarda proporção à proteção da família prevista pela Constituição Federal brasileira.

O posicionamento de Villas, consideravelmente diverso à proposta da Lei Maria da Penha, defende uma reestruturação do sistema de garantias de proteção, saindo da perspectiva do gênero, passando à perspectiva do núcleo familiar.

A medida criminal prevista pela Lei Maria da Penha é de extrema relevância não só pelo seu escopo educativo, mas pela resposta justa que se deve dar à prática de condutas criminosas praticadas no âmbito doméstico, que, como já se disse, deveria ser ambiente de afeto e paz e não cenário de agressões.

Em que pese a família seja núcleo que merece atenção redobrada do Estado, tendo, inclusive, alçado expressamente pela Constituição Federal a referência de “base da sociedade” no *caput* do art. 226, a proteção especial da mulher, materializada em Lei, evidencia uma atuação positiva que busca recobrar os anos de repressão sofridos historicamente e atualmente pelas mulheres em razão do gênero.

Não se negligencia que algumas relações doméstico-familiares violentas ocorrem motivadas não apenas pelo gênero, mas sim por um conjunto de diversos fatores particulares de cada núcleo familiar. Mas a violência doméstica contra a mulher, em decorrência do gênero, é uma realidade que não pode ser descuidada. Por sua recorrência merece atenção especial pelos variados segmentos que compõem a rede de proteção, proporcionando o atendimento combativo.

Das relevantes ponderações colocadas em debate por Villas, faz surgir novas ideias a serem implementadas, com a eficaz promoção da família e o trabalho coletivo para a redução da violência, cujo tratamento adote critérios da peculiaridade de cada família. Contudo, não se mostra prudente a continuidade do posicionamento do autor quando descredita a ocorrência da violência doméstica contra a mulher em razão do gênero. Nem mesmo quando posiciona-se pela inconstitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, ou pelo afastamento da responsabilização criminal do agressor.

As medidas previstas na Lei Maria da Penha podem ser organizadas em três eixos de intervenção [...]. O primeiro eixo trata das medidas criminais, para a punição da violência. Nele estão procedimentos como a retomada do inquérito policial, a prisão em flagrante, preventiva ou decorrente de pena condenatória; a restrição da representação criminal para determinados crimes e o veto para a aplicação da lei 9099/95 a qualquer crime que se configure como violência doméstica e familiar contra a mulher. No segundo eixo encontram-se as medidas de proteção da integridade física e dos direitos da mulher que se executam através de um conjunto de medidas protetivas com caráter de urgência para a mulher aliado a um conjunto de medidas que se voltam ao seu agressor. Integram também esse eixo as medidas de assistência, o que faz com que a atenção à mulher em situação de violência se dê de forma integral, contemplando o atendimento psicológico, jurídico e social. Finalmente, no terceiro eixo, estão as medidas de prevenção e de educação, compreendidas como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social da violência e da discriminação baseadas no gênero. (PASINATO, 2010, p.220 – grifo nosso)

O estudo de Pasinato revela a existência de eixos de intervenção para a efetivação da Lei, que ao serem observados pelo Poder Judiciário objetivam reduzir a recorrência das ações violentas.

O reconhecimento judicial da necessidade de proteção familiar pode caminhar no mesmo sentido da proteção à mulher. Se o uso da palavra “condenação” tem cunho pejorativo, sua aplicação pode ser ampla e diversa da pena corporal de restrição da liberdade ou de condições vazias. Entre as condições da decisão judicial podem estar previstos: inserção em grupos de apoio, participação em atividades terapêuticas, desenvolvimento de novas atividades laborativas que contribuam para a reestruturação da família e das relações de gênero.

A atuação do Poder Judiciário é fundamental para a mudança dos paradigmas da sanção, oportunizando a manutenção do núcleo social cujo trabalho conjunto da rede de atendimento pode oferecer. Implementadas políticas públicas também em prol do agressor, essas podem ser consignadas na sentença judicial, como parte da formação cultural e humanitária aos jurisdicionados.

Os benefícios para a vítima virão a partir da melhoria da prestação do serviço jurisdicional, já que assim ela será efetivamente protegida, tendo como via de consequência maior respaldo para denunciar seu agressor e mais força para romper o ciclo da violência (BEZERRA, 2011, p. 15)

A aplicação de sanções alternativas à prisão consiste em uma das hipóteses de manutenção do equilíbrio social e familiar quando os envolvidos ainda estão imbuídos desse espírito. Mas, se os envolvidos não pretendem manter a unidade familiar é preciso estar atento às necessidades apresentadas, de maneira que a determinação judicial seja coativa e perspicaz ao estabelecer condições que impeçam a prática de condutas violentas motivadas pelo ódio, pelo ressentimento e por uma honra psicológica.

A multidisciplinariedade da Lei reclama o atendimento multidisciplinar das situações de violência em análise, contudo, o papel do Poder Judiciário é relevante desde que atue com seriedade no tratamento do problema.

Decisões que se fundamentam no posicionamento de Villas ou que consideram a reconciliação motivo suficiente para não aplicação da Lei, para absolvição dos agressores com a extinção da punibilidade tiram a força cogente da norma e a respeitabilidade da instituição judiciária.

O Poder Judiciário deve se imiscuir na tarefa de combater os problemas sociais e as condutas contrárias à norma, sob a pena do descrédito.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mal que cala, perpetua e abala gerações, vira estudo, força, luta; por uma, por todas, por transformação, por justiça.

A abordagem da temática machista e o enfrentamento da violência contra a mulher utilizando de instrumentos cinematográficos viabiliza o debate e a reflexão e aproxima lutas que territorialmente estariam distantes.

O combate ao machismo e a luta pela igualdade de direitos entre homens e mulheres foi objeto do discurso bradado pela atriz Patrícia Arquette ao receber o prêmio de melhor atriz coadjuvante durante a premiação do Oscar no ano de 2015, evidenciando mais uma vez a aproximação entre o Direito e o Cinema, a importância e a atualidade desta análise.

Debater a temática do machismo e da violência contra a mulher aguça os sentidos da descoberta em se compreender suas razões.

Se há destaque de mulheres na história, esse espaço foi conquistado a duras penas. Rememorar a ideia criacionista do mundo, em que a mulher é originada de uma costela do homem, propaga a condição de submissão por uma vontade superior.

Ainda que de forma singela, a pesquisa tentou compreender as razões de no atual estágio da evolução social ainda existir o ranço social do machismo e a consequente exposição de mulheres à situação de violência doméstica.

Longe de defender aqui a tese literário-social Machadiana do determinismo o que se pode compreender é que o machismo ainda é uma manifestação estrutural e cultural, que se propaga, muitas das vezes, em razão do meio.

A obra cinematográfica que reproduz a situação de Soraya Manutchehri, denota a cultura iraniano-islâmica em sua vertente radical, em um ambiente onde o machismo foi predominante para a manipulação da realidade e condenação à morte violenta.

Essa realidade machista radical não é prejuízo apenas da cultura islâmica, pois existem pesquisas a demonstrar que perante o Estado Islâmico existem outros posicionamentos favoráveis às mulheres; é uma realidade em todos os países, razão pela qual impescinde proteção por organismos nacionais e internacionais.

O que se conseguiu inicialmente apurar é que a violência doméstica ocorre em situações de fragilidade da vítima, que reconhece emocionalmente a sua condição de subordinada ao sexo oposto, motivadas por diversas formas: razões financeiras, familiares, psicológicas, entre outras.

Por sua vez, sobre o agressor, o que faz sentido sobre sua conduta é a atuação psicológica forte, que gradativamente diminui as perspectivas da mulher envolvida. Inicialmente as agressões psicológicas são reconhecidas como base para a subordinação. A mulher reconhece seu pouco valor e o interioriza. Nesse momento a atuação dominadora e violenta será facilmente desenvolvida, podendo atingir seu ápice com o femicídio.

As repetidas ocorrências de violência contra a mulher dentro de uma mesma unidade familiar preocupa e traz a necessidade de um tratamento holístico, baseado na transversalidade. O relevante passo para os cuidados específicos a esse tipo de violência no Brasil é marcado pela Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que comunga não só várias disciplinas jurídicas, como também a formação de uma rede de atenção multidisciplinar.

Apesar do conteúdo penalizador da norma e da previsão de atendimento em rede, a recorrência dos casos mostra que é preciso a aplicação efetiva no combate à violência doméstica, sob a coima de cair no esvaziamento, pois, se o agressor não se sente atingido, coagido pela perspectiva de punição os casos serão recorrentes, o ciclo de violências se perpetua.

Ademais, quando o Poder Judiciário, responsável pela aplicação da norma, deixa de fazê-lo sob a pecha da inconstitucionalidade, da reconciliação, há uma aviltante afronta à marcha evolutiva dos direitos da mulher, às ações afirmativas a frente da igualdade dos gêneros.

Grande é a responsabilidade de todas as entidades no combate à violência doméstica contra a mulher e consequente rompimento do ciclo de violência social, oferecendo tratamento integral de atendimento às vítimas e aos agressores, na escalada evolutiva da igualdade e superação do patriarcalismo.

#### NOTAS DE FIM

1. A lei nº 11.340/2006 é conhecida como Lei Maria da Penha, por ser Maria da Penha “símbolo da luta da mulher contra a violência doméstica, haja vista ter sido vítima de duas tentativas de homicídio cometidos por seu então companheiro, em 1983, uma com o disparo de tiros enquanto ela dormia e outro com a tentativa de eletrocutá-la, além das inúmeras agressões sofridas, culminando por deixa-la paraplégica”. (PEGORER, 2013, p.75)

#### REFERÊNCIAS

ALVES, Rejane Aparecida et al. Homens, vítimas e autores de violência: a corrosão do espaço público e a perda da condição humana. Interface (Botucatu), Botucatu, v. 16, n. 43, dez. 2012. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832012000400002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832012000400002&lng=pt&nrm=iso). Acessos em 18 jan. 2015.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. Psicologia para América Latina, nº 14, outubro de 2008. Disponível em <[psicolatina.org/14/gênero.html](http://psicolatina.org/14/g%C3%BAnero.html)>. Acesso em 11.01.2015.

BEZERRA, Higyna Josita Simões de Almeida. Aplicação da Lei Maria da Penha à luz da perspectiva gênero-sensitiva: o acesso à justiça da mulher vítima de violência doméstica em João Pessoa/PB. 2011. 139f. Dissertação (mestrado) – UFPB/ CCJ, João Pessoa, 2011. Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/pos/wp-content/uploads/2013/07/Hygina-Josita-Lei-Maria-da-Penha.pdf>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20.12.2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. DOU de 8.8.2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em 20.12.2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. 340 p. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto\\_violencia.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto_violencia.pdf). Acesso em 20.12.2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Política das Mulheres-SMP-PR. Exposição de motivos nº 016 – SMP/PR. Brasília: Secretaria de Movimentos Populares, 2004. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/SMP/2004/16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/SMP/2004/16.htm) Acesso em 23.01.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: STF declara a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta1/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175260>. Acesso em 21.02.2015.

CARCEDO, A. No olvidamos ni aceptamos. Femicidio em Centro América, 2000-2006. San Jose: CEFEMINA, 2010. Disponível em: <http://www.redfeminista-novienciaca.org/sites/default/files/documentos/FemicidioenCA.pdf>. Acesso em 18.01.2015.

CIDADANIA, ESTUDO, PESQUISA, INFORMAÇÃO E AÇÃO (CEPIA). Violência Contra a Mulher e Acesso à Justiça: Estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais. Relatório Final. Outubro de 2013. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/11/CEPIA\\_PesqVCMulhereAcessoaJustica\\_out2013.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/11/CEPIA_PesqVCMulhereAcessoaJustica_out2013.pdf) Acesso em 29.12.2014.

GOMES, Romeu, et al. Violência contra a mulher: uma questão transnacional e transcultural das relações de gênero. In BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. P.117-140. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto\\_violencia.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto_violencia.pdf). Acesso em 20.12.2014.

LA BOÉTIE, Étienne de. Discurso Sobre a Servidão Voluntária. Fonte Digital. EBooksLibris – EbooksBrasil. 2006. Disponível em: [http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao\\_voluntaria.pdf](http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao_voluntaria.pdf). Acesso em 20.12.2014.

MENEGHEL, Stela Nazareth et al. Femicídios: narrativas de crimes de gênero. Interface (Botucatu), Botucatu , v. 17, n. 46, set. 2013. Disponível em

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832013000300003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832013000300003&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 18.01.2015.

\_\_\_\_\_. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, Mar. 2013. Disponível em [http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232013000800015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000800015&lng=en&nrm=iso). Acesso em 18.01. 2015.

\_\_\_\_\_. Rotas críticas de mulheres em situação de violência: depoimentos de mulheres e operadores em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, Abril 2011. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2011000400013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011000400013&lng=en&nrm=iso). Acesso em 24.02.2015

MINA, Ana Paula da Silva. CARNEIRO, Rachel Simba. Um estudo sobre a violência doméstica contra a mulher na sociedade contemporânea. Polêmica Revista Eletrônica, v.11, n.4, 2012. Disponível em [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/4329/3144](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/4329/3144). Acesso em 11.01.2015.

MISTRETTA, Daniele. Lei Maria da Penha: Por que ela ainda não é suficiente? Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança da UNESP/Marília. Ed. 8, Dezembro 2011, p. 1-8. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/1641>. Acesso em 22.02.2015.

MOHOMED, Carimo. Islam y Mujer: a propósito de dos obras de Fátima Mernissi. Cadernos Pagu, n.36, p 395-403. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n36/n36a16.pdf>. Acesso em 18.01.2015.

O APEDREJAMENTO de Soraya M. Direção: Cyrus Nowrasteh. Produção de Todd Burns et. al. Produtora Roadside Attractions et. al. Distribuição MPower Distribution. 2008. DVD e BlueRay. 114 min. son., color.

OLIVEIRA, Elisa Rezende. Violência doméstica e familiar contra a mulher: um cenário de subjugação do gênero feminino. Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança da UNESP/Marília. Ed. 9, maio 2012, p.150-165. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2283>. Acesso em 28.12.2014.

\_\_\_\_\_. A permanência de uma justiça transitória: o conflito de gênero no universo das varas criminais. Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança da UNESP/Marília. Ed. 11, maio 2013, p.1-14. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/3005>. Acesso em 28.12.2014.

\_\_\_\_\_. CAMACHO, Henrique. Lei Maria da Penha e Política Criminal: Uma constante luta em prol da efetivação dos direitos humanos das mulheres. Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança da UNESP/Marília. Ed. 9, maio 2012, p.97 – 112. Disponível em

<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2239/1857>.

Acesso em 22.02.2015.

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. Cadernos Pagu, n.37, p. 219-246, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf> . Acesso em 18.01.2015.

\_\_\_\_\_. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? Civitas (Porto Alegre), Porto Alegre, v.10, n.2, p. 216-232, mai-ago 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6484>. Acesso em 29.12.2014

PEGORER, Mayara Alice Souza. De Maria Amélia a Maria da Penha: A evolução da legislação penal e das construções jurídicas na proteção dos direitos sexuais da mulher. Revista Argumenta, n.19, p.65-81, 2013. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/377>. Acesso em 20.12.2014.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Legislação brasileira e portuguesa ordenando a execução das Ordenações Philippinas - Quinto livro das Ordenações. Legislação, Brasil, século XIX. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em 22.02.2015

RAMOS, Meirielei Sousa. MACHADO, Gustavo Silveira. Lei Maria da Penha: Avanço necessário mas ainda insuficiente. Cadernos Aslegis, n.38, p.52-59, set/dez 2009. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11292>. Acesso em 22.02.2015.

SAMARA, Eni de Mesquita. Mistérios da “Fragilidade Humana”: o Adultério Feminino no Brasil, Séculos XVII e XIX. Revista Brasileira de História. São Paulo, v.15, nº29, p.57-71, 1995. Disponível em: [http://www.anpuh.org/revistabrasileira/view?ID\\_REVISTA\\_BRASILEIRA=14](http://www.anpuh.org/revistabrasileira/view?ID_REVISTA_BRASILEIRA=14). Acesso em 22.02.2015.

SANTOS SILVA, Luciana. GOUVEIA, Eliane Hojaij. O que queres tu mulher? Manifestações de gênero no debate sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha. CONSTRUINDO A IGUALDADE DE GÊNERO – 5º prêmio, 2010, *on line*, 30 p. Disponível em [http://www.memoria.cnpq.br/premios/2009/ig/Agraciados\\_5PremioIgualdadeGenero/MestresEstudantes\\_Doutorado/LucianaSantosSilva.pdf](http://www.memoria.cnpq.br/premios/2009/ig/Agraciados_5PremioIgualdadeGenero/MestresEstudantes_Doutorado/LucianaSantosSilva.pdf). Acesso em 27.01.2015.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 461p.

SILVA, Luciane Lemos da. ET AL. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. Interface (Botucatu), Botucatu, v.11, n.21, p.93-103, jan/abr.2007. Disponível em [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832007000100009&lng=es&userID=-2](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100009&lng=es&userID=-2) Acesso em 11.01.2015.

VILLAS, Marcelo Alberto Chaves. Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência Contra as Mulheres. In: Curso Capacitação em Gênero: Acesso à justiça e violência contra as mulheres, 2012, Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. P. 65- 86. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capitacaoemgenero.pdf> Acesso em 29.12.2014.

## **ESTAMIRA: NECESSIDADE DE RECICLAGEM DA MENTE HUMANA, PARA UMA MELHOR EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SOCIAL**

*Francislaine de Almeida Coimbra Strasser  
Marcela Almendros*

Como citar esse artigo:

STRASSER, Francislaine de Almeida Coimbra; ALMENDROS, Marcela. Estamira: Necessidade de reciclagem da mente humana, para uma melhor educação ambiental e social in BERNARDI, R.; SALIBA; M. G.; BERTONCINI, C; PASCHOAL, G. H. **Direito e Cinema em debate**. Jacarezinho – Paraná, UENP, 2015.

### **Biografia das autoras:**

*Francislaine de  
Almeida Coimbra  
STRASSER*  
Mestranda pela  
Instituição Toledo de  
Ensino

*Marcela ALMENDROS*  
Mestranda pela  
Instituição Toledo de  
Ensino

### **RESUMO:**

Este artigo teve como objetivo demonstrar o entrelace entre o direito e o cinema, analisando o documentário “Estamira” sob uma ótica jurídica calçada importância da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Posteriormente, foi analisado o discurso reiterado da protagonista durante o documentário sobre a finalidade dos restos produzidos pela sociedade que são descartados com descuido e descaso no meio ambiente. Embora as alucinações sofridas por Estamira, fruto de uma vida repleta de problemas sociais e familiares, despertasse a dúvida no espectador sobre sua sanidade, pois discursa de maneira categórica e com total domínio sobre o assunto que a fortalece entre tantos problemas: o lixo. Estamira critica o exagero, o consumismo e a negligência de uma sociedade que está cega diante de tantos desperdícios. Do lixo da civilização, ela supera a sua condição de miserável e coloca em questão valores fundamentais, lembrando especialmente do trabalho e da dignidade.

**Palavras-chave:** Estamira; lixo; Política Nacional de Resíduos Sólidos; inclusão ou exclusão social; consumismo exacerbado.

### **ABSTRACT:**

This article aimed to interlace between the right and the cinema, analyzing the documentary "Estamira" under a legal perspective and the importance of the National Solid Waste Policy. It was later discussed the speech reiterated the protagonist in the documentary about the purpose of the waste produced by the company are disposed of carelessness and neglect on the environment. Among all hallucinations suffered by Estamira, the result of a life filled with social and family problems, the protagonist awakens doubt in the viewer about his sanity as speech categorically and with full knowledge of the subject that strengthens among many problems:

waste. Estamira critical exaggeration, consumerism and the neglect of a society that so many blind to waste. The garbage of civilization, it overcomes its condition miserable and calls into question fundamental values, often forgotten by society. Estamira also makes an analogy to work and sacrifice for it.

**Key-words:** Estamira; trash; National Solid Waste Policy; inclusion or exclusion; excessive consumption.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a relação construtiva entre o mundo jurídico e o cinema, tendo como suporte o documentário Estamira.

Destarte, no primeiro segmento do artigo trata-se do problema da inclusão e da exclusão social sob a ótica dos catadores de lixo, usando como paralelo a história de Estamira, uma mulher de 63 (sessenta e três) anos de idade, que faz do aterro sanitário, que recebe mais de oito mil toneladas de lixo da cidade do Rio de Janeiro, onde vive, o meio de subsistência. Estamira, que é vítima de uma série de problemas sociais e familiares, preocupa-se, entre tantos devaneios, por questões de importante interesse global.

Logo em seguida passou-se a refletir sobre o convite que o diretor nos faz a respeito de mudança nos paradigmas nos núcleos da sociedade com alta renda para possibilitar mudanças de inclusão para os catadores de lixo, que representam os marginalizados nesse sistema de consumo exacerbado, visando efetivar a dignidade para essas pessoas.

Finalmente observamos para se chegar as conclusões, o impacto que a questão do lixo traz para o meio ambiente, focalizando a importância da proteção ambiental, respaldando-se na Legislação Nacional de Resíduos Sólidos.

## 1 A INCLUSÃO E EXCLUSÃO SOB A ÓTICA DOS CATADORES DE LIXO EM ESTAMIRA

No presente trabalho trabalharemos alguns conceitos prévios e indispensáveis para enfocarmos a respeito da inclusão e exclusão social. Assim pode-se afirmar que a vida humana não é uma coisa que tenha seu ser já feito, acabado, completo, como ocorre com a pedra, por exemplo. E também não é como um objeto que perfaz uma trajetória no espaço, como a órbita do astro. É tudo ao contrário, algo completamente diverso, é um fazer-se em si mesmo. A cada momento a vida se encontra na necessidade de resolver o problema de si mesma.



Vivemos numa circunstância, num mundo determinado, limitado, de forma que o homem deve experimentar ter a alegria de conhecer-se, de ser livre para realizar seus desejos diante de inúmeras possibilidades que a vida lhe oferece.

É aqui que se encaixa esse processo tão complexo de inclusão e exclusão social dentro do sistema capitalista, haja vista que as escolhas somente existem para qualquer ser humano, a partir do momento que também são oferecidas oportunidades para tanto. Logo, a distribuição de riquezas dentro do sistema capitalista é diretamente proporcional a liberdade que o homem tem de fazer escolhas, notadamente investimentos, na medida que os ricos sempre estão incluídos e os marginalizados cada vez mais excluídos do sistema de produção.

Ora, o sociólogo Zygmunt Bauman afirma que:

Um espaço ordenado é governado pela norma, de forma que a lei precede a realidade. E jamais a lei alcançaria a universalidade sem direito de traçar o limite de sua aplicação, criando como prova disso, uma categoria universal de marginalizados, fornecendo assim um lugar de despejo dos que foram excluídos, reciclados em refúgio humano. (BAUMAN, 2005, p.43)

A produção dos seres refugados ou excluídos da sociedade é fruto da modernização. A sociedade progrediu tanto, que a quase totalidade de produção e de consumo humanos se tornaram mediados pelo dinheiro, pela mercantilização, de forma que não se diz mais em soluções globais para problemas locais, mas soluções locais para problemas globais; notadamente para reciclagem de lixo, mas não só do lixo material, que aqui está tratando, que é aquele produzido pelas pessoas, inclui-se, também de forma relevante o lixo social, seres humanos que vivem à margem do sistema.

Os indivíduos na sociedade de consumo passaram a ficar duvidosos de seus valores, o que realmente importa, o que tem valor, do que não tem valor. As percepções se tornam conflituosas, presidindo o aspecto da descartabilidade. Bauman descreve uma geração constituída por mal-estares, em que o amor, as relações amorosas já não têm mais sentido, imperando a angústia e a ansiedade, instigando inclusive a marginalização.

Entretanto, apesar de sermos vítimas de um sistema que concentrou riqueza, poder e não advertiu que a sustentabilidade, que o progresso deva estar aliado a estratégias de conservação da biodiversidade do planeta, impera na sociedade pós moderna o individualismo e o egoísmo.

Pensamos na própria segurança, em estratégias de defesa. Como se a marginalização não fosse fruto das más condições sociais, mas sim como se fosse uma opção feita pelo outro para seguir no caminho da criminalidade, da exclusão, à sombra do sistema, como ocorre com os catadores de lixo, pessoas descartáveis, vítimas desse capitalismo.

E então projetamos no Estado, a responsabilidade para assegurar a nossa segurança, pois diante da evidente concentração econômica, tem-se como sequelas uma visão classista, elitista, historicamente desprezadora do coletivo.

Dessa forma, os problemas da exclusão social e da remoção do lixo humano pesam muito na moderna sociedade capitalista, pois como trabalhar com esse problema que enfrenta dois extremos, de um lado o consumo exacerbado, o desperdício e de outro a miséria extrema.

Essa é uma questão muito séria, haja vista que enquanto sociedade de consumo, fazemos parte da cultura do lixo. Vive-se em tempos de “liberdade” e os excessos têm que ser suprimidos, mas nem mesmo o homem sabe o caminho para tanto. Eis o homem moderno. E então nos deparamos com o descarte de objetos que não nos servem mais, pois esse homem moderno passou a ser insaciável. Como diria Zigmunt Bauman, “nosso planeta está cheio”: *“Numa sociedade líquida-moderna, as realizações individuais não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se transformam em passivos, e as capacidades, em incapacidades.”* (1).

Seguramente quando o sociólogo nos desperta para tal fato, é que diante de tantos lixões e aterros sanitários, não basta reciclar, pois o que é necessário mudar é a forma de pensarmos. Entretanto, a miséria humana e material perpassa a frente da dignidade e da humanização, como pode ser muito bem observado no filme Estamira.

O filme Estamira, de direção de Marcos Prado, é uma produção nacional de 2004 e conta a história de Estamira, uma trabalhadora do Lixão de Jardim Gramacho (Duque de Caxias – RJ). Marcos Prado, sempre se questionava para onde se destinava o lixo que produz todos os dias? Foi então que se dirigiu até Duque de Caxias no Lixão de Jardim Gramacho ou aterro sanitário e ali passou a fotografar o local, desde 1994, quando conheceu Estamira, em 2000, ficaram amigos e ela decidiu contar toda a verdade ao diretor a respeito do que ocorria no lixo e Marcos, criou o filme, em 2005.

Ana Paula Penkala descreve sobre o filme:

“Diagnosticada como esquizofrênica, Estamira alterna discursos lúcidos com outros, confusos e avariados. Perpassa, no entanto, por esse discurso, uma sensata crítica à sociedade de consumo e à humanidade e também aos fanáticos, aos “espertos ao contrário”, aos “poderosos ao contrário”. Mãe de três filhos já adultos, Estamira já tinha mais de 60 quando o filme sobre sua vida foi finalizado. Trabalhava no Aterro Sanitário Jardim Gramacho há 20 anos. Às vezes, voltava para sua casa humilde no Rio de Janeiro; outras, acampava no próprio aterro. Perdeu o pai quando contava cerca de dois anos; e a mãe, quando já era adulta – vítima da própria loucura e do descaso do Estado e de suas instituições manicomiais. Abusada pelo avô, que acabou por levá-la à prostituição quando tinha 12 anos, Estamira casou cedo, aos 17, com um homem que quis salvá-la da vida de prostituição.

Separada dele e com um filho, casou-se novamente com um imigrante italiano, com quem teve duas filhas (das quais a última foi criada por outra pessoa). Também separada do segundo marido, Estamira passou a viver do lixo, recolhendo dele material para reciclagem, peças reaproveitáveis e também comida. Estuprada duas vezes, de mulher religiosa, passou a ser uma pessoa crítica da religião, questionando sobre um Deus que permite tanta desgraça e tristeza. O papel que Estamira desempenha, entre os catadores de lixo mais antigos do Jardim Gramacho, é o de uma protetora. Não quer deixar sua atividade no aterro, apesar de os filhos terem tentado inúmeras vezes tirá-la de lá. A filha mais velha recusa-se a internar a mãe ou a continuar tentando que ela saia do Jardim Gramacho, porque entende que ela vive como deseja, e não quer carregar a culpa pela internação, já que Estamira também suporta este peso, por conta do sofrimento experimentado pela própria mãe. O filho mais velho, fanático da Igreja Pentecostal, acredita que a mãe é possuída pelo demônio e quer interná-la em um manicômio. Estamira se contrapõe à religião: Que Deus é esse? Que Jesus é esse, que só fala em guerra e não sei o quê?! Quem já teve medo de dizer a verdade, largou de morrer? Largou? Quem “andô” com Deus dia e noite, noite e dia [...] largou de morrer? Quem fez o que ele mandou, o que o da quadrilha dele manda, largou de morrer? Largou de passar fome? Largou de miséria? Ah, não dá! (Prado, 2005; Estamira, 2006). O documentário de Marcos Prado já ganhou 29 prêmios e menções nacionais e internacionais”. (2)

Os catadores de lixo vivem à sombra do sistema e o filme enfoca sobre o lixo social, os símbolos da deterioração da sociedade pós-moderna.

O filme mostra Estamira como uma mulher que encara o fato de trabalhar no lixo com naturalidade, pois veste roupa limpa para ir trabalhar, atitude corriqueira de qualquer ser humano que se dirige ao trabalho. É a sua forma de ver lixo, pois sabe que será útil para alguém.

Na realidade deveriam ser muito valorizadas essas pessoas, pois em meio a sociedade que descarta objetos sem propósitos, são os únicos que reaproveitam e fazem desse meio a subsistência.

Ocorre que, em nosso sistema capitalista os catadores de lixo não gozam de férias, de benéficos previdenciários. “Numa sociedade de consumo, eles são os ‘consumidores falhos’ [...]” (BAUMAN, 2005, p. 53).

A ideia que o filme nos passa é que Estamira não enxerga o lixo como o término, o fim, mas sim sempre como recomeço, pois é dele que tira seu sustento, que busca a sua dignidade, reaproveitando o descarte definitivo de quem está do outro lado da relação, vivendo num local com montanhas e montanhas de lixo.

A respeito da dignidade, percebe-se que está na matriz dos direitos fundamentais em nossa Constituição Cidadã. Nesse sentido Pietro de Jesus Lora Alarcon, leciona:

Sobre o conteúdo jurídico do princípio, vale a pena apontar a teoria dos três graus do ser, exposta por Antônio Caso. Nessa teoria, a coisa, o indivíduo e a pessoa, são considerados patamares existenciais, sendo que a primeira é o ser sem unidade, pois se uma coisa quebra nada morre nela. O quebrar coisas nos dá coisas. Porém, ao tomarmos contato com o biológico nos deparamos com os indivíduos. E dentre os indivíduos, distinguimos o da espécie não humana, mas que apresentam potência vital e o da espécie humana. Este último é algo a mais ou representa algo a mais que um mero indivíduo, pois é uma pessoa, uma substância individual de natureza nacional.[...]

E ainda complementa esse autor:

[...]Como expõe Jose Manuel Panea: a dignidade é nesse sentido, um referente crítico, uma sorte de cânone, de medida. Algo que faz com que o ser humano seja merecedor de um tratamento devido, adequado e não de qualquer tratamento. A dignidade coloca assim, em posição de credores, se falarmos da nossa dignidade e de devedores, se falarmos da dignidade do outro. (ALARCON, 2011, p. 269)

O filme em Estamira mostra como aquela mulher enxerga a dignidade em seu trabalho, ou seja, numa sociedade pós moderna, que dá abertura para uns e fecha as portas para outros. É aquilo que Bauman quer dizer quando fala em “consumidores falhos”. São consumidores que não passaram pelo teste de qualidade nas esteiras dessa fábrica de consumidores modelo que é o mercado, e que foram parar no depósito de dejetos mais próximo. (BAUMAN, 2005, p. 53). Nesse caso, é o Aterro Sanitário Jardim Gramacho.

Os escravos disfarçados de libertos, propagado por Estamira, são o retrato histórico da nossa sociedade escravagista, ou seja, ocorreu a libertação dos escravos, mas não foi dada a eles a mínima condição de sobrevivência fora dos limites da propriedade

Ademais, relevante focar a crítica que o diretor faz em Estamira quando revira uma pilha de lanches no lixão do Mc Donald's, e diz que poderia reaproveitá-los em uma boa macarronada. Ora, o Mc Donald's é o símbolo mais evidente na era da globalização, revelando que somos de fato consumidores numa sociedade de consumo. A sociedade de consumidores é uma sociedade de mercado. Todos nós encontramos totalmente dentro dele, e ora somos consumidores, ora mercadorias. “Não admira que o uso/ consumo de relacionamentos se aproximem na rapidez com que se compra e vende um carro, repetindo o ciclo que começa na compra e termina na remoção do lixo”. (BAUMAN, 2005, p.152).

A sociedade de mercado nada mais é que um modelo, onde quase tudo pode ser posto à venda. Vem se fortalecendo nos últimos trinta anos, de forma que o sistema de compra e venda passou a ser tão exacerbado que acabou atingindo de forma perigosa outros aspectos da vida social, como família, educação, saúde. E a

situação fica ainda mais alarmante quando tudo passa a ter um preço. Ocorre que existem certos bens morais que o mercado não tem como disponibilizar para aquisição com dinheiro. E é aqui que esses consumidores inseridos na sociedade de mercado se perdem, passam a querer comprar tudo, mas se esquecem que valores não se compram.

E sociedade de consumidores é um termo usado para caracterizar um tipo de sociedade marcado pelo consumo massivo de bens e serviços, disponíveis graças a elevada produção dos mesmos. Está ligada a economia de mercado e também ao capitalismo.

Feitas essas elucidações, é fácil compreender que a sociedade de consumidores é uma sociedade de mercado, haja vista que estamos inseridos no sistema capitalista. Nossa sociedade é marcada pelo dinheiro e pelos bens de consumo.

Ademais, Bauman, trata dessa sociedade de consumidores como sociedade líquida. Os líquidos, diferentemente dos sólidos não mantem sua forma com facilidade. Assim, a crise das ideologias fortes, “pesadas”, “sólidas”, típicas da modernidade produziu, do ponto de vista cultural, um clima fluido, líquido, leve, caracterizado pela precariedade, incerteza, rapidez de movimento. (BAUMAN, 2005, p.8).

Assim, a resposta que a sociedade, essa líquida, dá para onde alojar esses produtos rejeitados da globalização, é encontrar um depósito que os acolha.

Ocorre que, os elitizados, os consumidores exacerbados, deveriam enxergar sob outra ótica esses catadores de lixo, conforme Bauman: “Os coletores de lixo são heróis não decantados da modernidade. Dia após dia eles reavivam a linha da fronteira entre normalidade e patologia, saúde e doença, desejável e repulsivo, aceito e rejeitado.” (BAUMAN, 2005, p.39).

Tão somente para elucidar a necessidade de reciclagem da mente humana, faz-se mister ressaltar trecho de uma entrevista abaixo relacionada:

Em entrevista concedida ao apresentador Jô Soares, no “Programa do Jô”, Tião Santos, presidente e fundador da Associação dos Catadores de Materiais Recicláveis, começam corrigindo o próprio interlocutor: “Tião: – Posso fazer uma correção, Jô. A gente não é catador de lixo. A gente é catador de material reciclável. Lixo é aquilo que não tem reaproveitamento. Material reciclável sim”. Aqui Tião Santos, além de se impor frente à sociedade que o exclui, frente às políticas públicas que o esquecem e diante de todos nós, mostra-nos lucidez, racionalismo e orgulho frente a um trabalho honesto e justo. (3)

Verificamos que Estamira nos leva a refletir sobre como a sociedade, notadamente um seleto grupo de eleitos, precisam colocar na “ordem do dia” a necessidade de reciclagem da mente humana, de dar um basta na cegueira moral, no sentido do outro não ter nenhuma validade, sentido. Para tanto é imperioso uma

transformação da identidade com o fim de permitir descartar as ideias que já foram construídas anteriormente e experimentar novas ideias. É necessário, então, quebrar a estrutura vigente, que cala as vozes dos “rebeldes” que pedem atenção ao governo. Trazer à sociedade a voz dos catadores de material reciclável e a importância de manter sadio o meio ambiente com as ideias de sustentabilidade, bem como do não consumismo de forma exacerbada, sem controle.

## 2 A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS – LEI 12.305/2010

Depois de feita análise com maior profundidade do filme, em que o diretor nos convida também a refletirmos sobre o problema dos lixões no meio ambiente, vale a pena analisarmos com total atenção à Legislação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei 12.305/2010, que demorou quase vinte anos no Congresso Nacional para ser votada e aprovada, tendo consigo as respostas dos anseios da sociedade sobre a destinação dos resíduos das atividades humanas. O principal objetivo desta lei é a mitigação dos impactos causados pelos resíduos produzidos, uma vez que já frustrada a tentativa de sua não produção.

Neste sentido, a Lei Nacional de Resíduos Sólidos propõe a mitigação dos resíduos produzidos, a reciclagem e os rejeitos, ou seja, aqueles resíduos que não puderem ser aproveitados devem passar por um sistema de destinação adequada para que não polua o meio ambiente de uma forma geral. Estes rejeitos então serão destinados no aterro sanitário.

Assim, é de extrema importância essa política Nacional de Resíduos Sólidos nos dias de hoje em que temos uma produção muito grande e uma falta de cuidado com os resíduos desses produtos ou mesmo com os produtos pós-utilizados.

### 2.1 Princípios

A Lei 12.305/2010 trouxe os seguintes princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - a prevenção e a precaução;

II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor;

III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública;

IV - o desenvolvimento sustentável;

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto

ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;

VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;

IX - o respeito às diversidades locais e regionais;

X - o direito da sociedade à informação e ao controle social;

XI - a razoabilidade e a proporcionalidade.

Oportuno destacarmos entre os princípios específicos da PNRS a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. Trata-se de princípio de suma importância para que se efetive a legislação da política nacional de resíduos sólidos. A delimitação de alguns conceitos se faz necessária para analisarmos.

Não obstante, a Política Nacional de Resíduos Sólidos traz consigo um grande impacto econômico, o que de certa forma causa discussões de resistência. Num primeiro momento existe um olhar negativo perante a lei, mas não podemos deixar de ressaltar seu impacto positivo que é na verdade a geração de novas atividades econômicas, ou seja, novos setores se movimentando, fabricantes se movimentando para criar modelos de gestão, gestoras de resíduos. Isso tudo torna-se grande atrativo em termos de fomento de atividade econômica no Brasil, porém não desvincula o trabalho que todos esses setores passaram com o vigor da Lei até mesmo para se adequarem, uma vez que a Política Nacional de Resíduos Sólidos trabalha diretamente com a Responsabilidade compartilhada

## 2.2 A Responsabilidade Compartilhada e o Ciclo de vida dos produtos

Instituída em seu artigo 30 da Lei 12.305/2010, a Responsabilidade compartilhada aduz:

Art. 30. É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nesta Seção.

A responsabilidade ambiental possui Responsabilidade Objetiva, sujeita à regra da Solidariedade de forma tradicional, onde aplica-se também a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6938/1981, em seu artigo 14, parágrafo primeiro e também o Código Civil no artigo 942, no que tange à Responsabilidade extracontratual. Entretanto esta lei traz uma sistemática nova, que ao tratar da

Responsabilidade compartilhada impõe uma regra de responsabilidade individualizada e encadeada.

Sendo assim, cada uma daquelas figuras gestoras do risco, acabam tendo responsabilidades diferenciadas. Os fabricantes importadores ficam obrigados a dar a destinação ambientalmente adequada aos produtos e aos resíduos dos produtos. Os distribuidores e comerciantes por sua vez, ficam responsáveis em fazer a devolução desses produtos aos fabricantes. O consumidor também está envolvido nesse processo, a lei coloca que o consumidor fica obrigado a devolver o produto após o uso e também a separar os resíduos para a coleta seletiva.

O poder Público deve fazer a coleta seletiva, inclusiva com a inserção dos catadores. Vislumbrando essas responsabilidades, torna-se muito claro que não é possível falar em Regra de Solidariedade como fala-se tradicionalmente na Responsabilidade Ambiental, uma vez que os papéis são diferentes: não se pode exigir do consumidor o que é papel do fabricante e vice-versa. Se o consumidor não devolve os resíduos, o fabricante também não vai atingir as suas metas. Então a sistemática da responsabilidade compartilhada é muito interessante.

Lemos considera que essa responsabilidade da cadeia produtiva, dentro do conceito de responsabilidade compartilhada, representa a imposição de fazer e de não fazer a cada um desses agentes por um dano ambiental futuro, que se antevê, e que corresponde a um dano no aspecto jurídico, não naturalístico. Corresponde, assim, a uma responsabilidade preventiva. (LEMONS, 2011, p.235 e 236)

Neste sentido, aquele que coloca o produto no mercado possui responsabilidade solidária pela recuperação destes produtos após descarte pelo consumidor, fluindo assim a sua efetiva e correta destinação dentro de um contexto de lógica reversa:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

A referida lógica abrange agrotóxicos (inciso I), pilhas e baterias (inciso II), pneus (inciso III), óleos lubrificantes (inciso IV), lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista (inciso V) e produtos eletroeletrônicos e seus componentes (inciso VI).

Sem prejuízo das responsabilidades comuns aos demais entes federados, o artigo 19 da lei estabeleceu que o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos terá, como conteúdo mínimo, diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território, contendo a origem, o volume, a caracterização dos resíduos e as formas de destinação e disposição final adotadas; identificação de áreas favoráveis para disposição final ambientalmente adequada de rejeitos, observado o



plano diretor de que trata o § 1º do art. 182 da Constituição Federal e o zoneamento ambiental, se houver; identificação das possibilidades de implantação de soluções consorciadas ou compartilhadas com outros Municípios, considerando, nos critérios de economia de escala, a proximidade dos locais estabelecidos e as formas de prevenção dos riscos ambientais e a descrição das formas e dos limites da participação do poder público local na coleta seletiva e na logística reversa, respeitado o disposto no artigo. 33, e de outras ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Não podemos deixar de ilustrar que o Brasil segue o modelo das diretivas europeias, todavia sai da regra geral nesse ponto, pois no contexto europeu trata-se de Responsabilidade estendida ou alargada do fabricante. No Brasil, temos essa divisão de responsabilidade de forma que todos devem participar dessa gestão dos resíduos.

### 2.3 Logística Reversa, o ciclo de vida dos produtos e a coleta seletiva

Vejamos a Lei 12.305/2010:

Art. 3. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

XII - logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada;

A logística reversa é outro ponto importante da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Trata-se de um assunto que apesar de não ser considerado jurídico propriamente, é estudado mais na área de engenharia no sentido de como operacionalizar a devolução de produtos pós venda e também de produtos pós consumo. Então não é necessariamente apenas os produtos que foram consumidos, é um tema mais amplo. Inclusive o sistema de logística em si é fundamental para a gestão de qualquer atividade econômica, seja, como será levado o produto até o consumidor, quais os sistemas serão utilizados.

O acordo setorial possui natureza contratual, ou seja, firmado entre o Poder Público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes trazido pela lei, vislumbra a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto que adentraremos no decorrer deste artigo. Os próprios setores apresentarem propostas de como viabilizar a logística reversa com metas de cumprimento dilatadas no tempo, por períodos e por anos.

A lei também trabalha com dois conceitos basilares, o primeiro é a destinação ou seja, o conceito ligado à reciclagem, reutilização, valorização energética e tudo que for possível fazer com aquele resíduo. E a lei coloca também

que a disposição final em aterro só deve ocorrer quando não for possível fazer essa destinação ambientalmente adequada.

Nota-se que a logística reversa é nada mais ou nada menos que criar um caminho inverso. Sendo assim, está associada a Responsabilidade de berço ou túmulo, ou seja, antigamente o fabricante desenvolvia um produto, colocava no mercado, entregava para os consumidores e resolvia seu problema.

A logística reversa é uma técnica que prioriza a utilização de rejeitos para reintroduzi-los no ciclo de vida produtiva (inciso XII do art. 3º da Lei nº 12.305/10). Nesse sentido, torna-se muito atrativa aos olhos do próprio fabricante, uma vez que pode reaproveitar componentes e materiais que seriam perdidos com o fim da vida útil dos produtos colocados no mercado.

A ideia básica reside no fato de que o fabricante (ou importador/comerciante e produtor) detém mais conhecimento técnico para promover, adequadamente, o recolhimento e tratamento dos produtos inservíveis. Essa preocupação ambiental do legislador introduziu no mercado medidas para recuperar os rejeitos para se que promova a devida destinação ambiental, evitando-se o perigo potencial de acúmulo na natureza. No caso dos incisos V e VI do referido art. 33 da Lei nº 12.305/2010, contudo, deverá ser adotada uma implementação progressiva.

Todavia, com a logística reversa, o fabricante fica obrigado a pensar também em como esse produto, embalagem ou resíduo do produto irá retornar para que haja correta gestão. Diante disso tudo, a lei em termos deixa a engenharia e caminha no sentido de colocar a Logística Reversa também como instrumento social pensando na inserção dos catadores. Inicialmente, a logística é prevista para alguns produtos como agrotóxicos, pilhas, baterias, pneus, eletroeletrônicos como lâmpadas, embalagens, medicamentos.

Importante trazemos nessa parte o conceito de resíduos sólidos, que por sua vez é um conceito de certa forma bem amplo, incluindo tudo que foi decorrente da atividade humana e que precisa ter uma gestão independente da gestão feita pelo município e feita em produtos que podem ter um resultado positivo sem comprometer a questão ambiental. Na verdade esses resíduos são todos aqueles que podem sofrer uma destinação ambientalmente adequada, portanto a valorização, a reciclagem, a reutilização. Já os rejeitos necessariamente são destinados para o aterro, todavia isso deveria estar circunscrito em tudo aquilo que não pode sofrer a destinação, o que de fato não tem ocorrido. O prazo para extinguir ou diminuir o número de aterros é uma das grandes dificuldades para se cumprir mediante a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Destarte, nos termos do disposto no artigo 51 do Decreto n. 7.404/2010, os Municípios com população total inferior a vinte mil habitantes, apurada com base nos dados demográficos do censo mais recente da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - IBGE, poderão adotar planos municipais simplificados de gestão integrada de resíduos sólidos desde que haja descrição das formas e dos

limites da participação do Poder Público local na coleta seletiva e na logística reversa e de outras ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

## 2.4 Instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos

A Política Nacional de Resíduos Sólidos elenca entre os seus instrumentos a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. São elas:

Art. 8o São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros:

I - os planos de resíduos sólidos;

II - os inventários e o sistema declaratório anual de resíduos sólidos;

III - a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

IV - o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

V - o monitoramento e a fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária;

VI - a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos;

VII - a pesquisa científica e tecnológica;

VIII - a educação ambiental;

IX - os incentivos fiscais, financeiros e creditícios;

X - o Fundo Nacional do Meio Ambiente e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

XI - o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir);

XII - o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa);

XIII - os conselhos de meio ambiente e, no que couber, os de saúde;

XIV - os órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de resíduos sólidos urbanos;

XV - o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos;

XVI - os acordos setoriais;

XVII - no que couber, os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente, entre eles: a) os padrões de qualidade ambiental;

b) o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais;

- c) o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;
- d) a avaliação de impactos ambientais;
- e) o Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (Sinima);
- f) o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;
- XVIII - os termos de compromisso e os termos de ajustamento de conduta;
- XIX - o incentivo à adoção de consórcios ou de outras formas de cooperação entre os entes federados, com vistas à elevação das escalas de aproveitamento e à redução dos custos envolvidos.

## 2.5 Responsabilidade Pós-Consumo

A responsabilidade pós consumo também é de extrema importância num contexto onde temos uma quantidade muito grande de produtos e por outro lado grande falta de cuidado. Existem também metas que devem ser cumpridas nesses setores de responsabilidade pós consumo.

No que tange ao tema Responsabilidade, a Política Nacional de Resíduos Sólidos muda um pouco o viés tradicional e permite que se trabalhe com a ideia da Responsabilidade preventiva. No contexto Europeu por alguns autores contemporâneos, em especial na França tem visto que a responsabilidade civil hoje deve ser muito mais preventiva do que reparatória. Se nós olharmos para a questão dos resíduos, torna-se questionável se vale a pena esperar até acontecer um dano ao meio ambiente? A resposta é não até porque é muito difícil reparar o status quo antes do dano. Então a ideia da lei é que quem coloca o produto no mercado, seja responsabilizado pela gestão desse produto ou resíduo pós utilizado independentemente da ocorrência do dano, colocando-se uma responsabilidade numa sociedade de risco. O princípio maior da responsabilidade civil desde o direito romano, do princípio multissecular do *neminem laedere* “a ninguém deve-se lesar” já justifica para não ocorrer o dano propriamente. Por outro lado também, o que se passa hoje é uma nova visão dessa própria concepção do dano, uma vez que o dano nada mais é que a lesão a um interesse juridicamente tutelado. Do ponto de vista ambiental, seria até possível dizer que colocar esse produto no mercado sem fazer a gestão até do resíduo, em certo sentido trata-se de uma lesão a um interesse de não causação do dano ambiental.

Podemos citar aqui o dispositivo do Código Civil que ilustra o abuso de direito, vejamos:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Neste sentido, colocar o produto sem preocupar-se a gestão dos mesmos, trata-se de abuso de direito. Muitos dos fabricantes já fazem essa gestão em outros países, no contexto americano, japonês, todavia o mesmo não ocorre de forma efetiva no nosso país. Essa discussão é muito bem trazida pela Dra. Patrícia Iglecias que entende que é possível falar em dano presente e dano futuro, abuso de direito ou seja, são vários fundamentos do Direito Civil justificando essa responsabilidade pós-consumo, o próprio Direito Civil em toda sua sistemática já tem claramente diversas formas de responsabilizar os institutos jurídicos válidos para responsabilização. (LEMONS, 2011). Isso é comum no contexto europeu como por exemplo na aplicação do Princípio da precaução em questões ambientais. Podemos citar aqui o interessante julgado francês do Tribunal Aix-em-Provence, que julgou a colocação de antenas de celular num bairro residencial, e devido ao transtorno causado por estas instalações, a decisão foi não apenas a retirada das antenas bem como indenização aquelas pessoas.

A nossa lei traz a eco eficiência como princípio e a ideia de que aquela atividade econômica que vai gerar um novo produto, considere também aspectos ambientais, ou seja, utilizem-se de produtos que tenham uma durabilidade maior e que utilizem materiais menos problemáticos ou escassos do ponto de vista ambiental, haja vista que o produto muitas vezes é colocado no mercado já com o viés de muito pouco uso e o consumidor fica efetivamente obrigado a trocar este produto. Vivemos num sistema capitalista que trabalha fortemente em cima dessa noção. Seria de extrema importância trabalhar a questão da “pegada ecológica” até mesmo para que fique didaticamente melhor a visualização da capacidade de suporte do planeta com a produção que nós temos e isso converge diretamente com a eco eficiência, uma vez que os produtos são feitos justamente para que sejam trocados, tendo permanência mais curta. Quando trata-se de produtos eletrônicos, por exemplo, temos questão tecnológica que se renova a cada piscar de olhos, fazendo com que os produtos fiquem ultrapassados de forma mais rápida. Existe então certa dificuldade em fazer uma convergência de todos esses fatores. É necessário que tenhamos não apenas a noção da “pegada ecológica”, bem como da chamada “mochila ecológica” que significa olhar para tudo que foi necessário de material para a produção daquele produto que muitas vezes é pequeno, não gera tanto resíduo, todavia demandou muitos recursos ambientais. A Política Nacional de Resíduos sólidos toca nesse ponto colocando claramente que a fabricação ou o planejamento do produto deverá tomar em conta esse fator. Trata também da questão do “ecodesigner”, ou seja, um designer mais propício para a gestão, como por exemplo a questão das embalagens, a lei coloca que as embalagens devem ser reduzidas naquele volume minimamente necessário para a conservação do produto, e não mais uma embalagem enorme apenas para chamar a atenção do consumidor quando muitas vezes ela não tem uma finalidade efetiva de proteção do produto.

O mercado trabalha numa lógica completamente diferente da chamada eco eficiência. Isso passa necessariamente pelos consumidores, uma vez que existe o

produto e existe a oferta dessa maneira significa que o consumidor que de alguma forma exige o produto daquela forma. A questão da economia verde neste aspecto, podemos lembrar aqui a Rio +20 em que muito debateu-se sobre a economia verde chegando-se a conclusão que os desafios são imensos quando pensamos que a biocapacidade do planeta hoje encontra-se em crise pois não é possível comportar esse padrão de consumo bem como o processo produtivo em geral, tornam-se desafios para o direito e especial para a vida. Quando falamos em questões ambientais, falamos de presentes e futuras gerações bem como a responsabilidade ética que nós temos com o futuro, ou seja, as questões torna-se muito mais ampla do que a parte econômica em si. Ulrich Bech (2010), complementa que a sociedade pós-moderna vive a intensificação da crise ambiental como consequência da escolha de um modelo produtivo de crescimento econômico predatório e desmedido. O uso inconsequente e irracional dos recursos naturais nos ciclos econômicos gera impactos ambientais e sociais diversos, ao mesmo tempo em que diminui os recursos disponíveis para as futuras gerações.

Nesta perspectiva leciona Walter Claudius Rothenburg (2005,p.813 e 819):

O “contrato ambiental” formulado no contexto da “democracia sustentada” reedita em termos modernos e ainda mais enfáticos [...] a questão do pacto entre e para as gerações, em que compromissos são assumidos hoje para amanhã, e precisam estar constantemente legitimados. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado transcende, assim, não apenas a dimensão subjetiva, da titularidade (pois configura um direito “difuso”), mas também a dimensão temporal, do presente.

Pouco se fala no papel fundamental do consumidor, o brasileiro tem uma tendência para pensar que não faz a diferença sozinho. A conscientização do consumidor bem como a alteração da visão pela própria sociedade torna-se muito importante. A dificuldade de se ter uma nova mentalidade em época de mudanças climáticas, saturação de produtos, explosão demográfica.

Os desafios da Política Nacional de Resíduos Sólidos bem como dos operadores de direito e juristas em geral, ficam voltados em especial à formação da nossa sociedade, ou seja, a educação ambiental não apenas formal, mas também a informal, como a informação inclusive deve chegar a esses consumidores, a essa sociedade. As propostas de acordos setoriais para a logística reversa trabalham com essa sistemática da informação e da educação do consumidor. A nível federal, existe a tentativa de que os próprios setores envolvidos, ou seja, fabricantes, comerciantes, possam levar esse papel educacional informal para o consumidor. O acordo setorial em regra tem natureza contratual, ou seja, dos próprios setores apresentarem propostas de como viabilizar a logística reversa com metas de cumprimento dilatadas no tempo, por períodos e por anos. O poder público poderia ter usado apenas um decreto, porém o ministério do meio ambiente optou por uma proposta dos próprios setores, como por exemplo o acordo firmado no setor de lubrificantes por ser um

setor mais regulamentado e que já tinha resoluções Conama, enfim, os demais acordos estão em fase de análise do ministério voltando com algumas exigências ou alterações para que tenham com esse sistema.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que a sociedade pós moderna foi bem retratada no filme Estamira, que mostra os entraves do modelo capitalista que partiu do ideário de um “Estado que inclui”, para um “Estado que exclui”, aprofundando os aspectos de exclusão social, confirmando a descartabilidade daqueles que vivem à margem do sistema capitalista.

Ora, a modernidade líquida é uma civilização do excesso, da superfluidade, onde os valores somente são valores, desde que se ajustem ao consumo instantâneo, imediato, são na realidade, atributos da experiência momentânea.

Estamira demonstra bem como uma mulher vive nesta modernidade líquida, que a espera de ir a frente sob o signo do lixo, acolhe aquele ambiente, inóspito, como seu ambiente de trabalho, pois é dele que garantirá seu sustento diário.

Ocorre que, nossa sociedade, consumerista, teria que enxergar os coletores de lixo, que não vivem com o mínimo de dignidade, como heróis não decantados da modernidade. Dia após dia eles reavivam a linha da fronteira entre normalidade e patologia, saúde e doença, desejável e repulsivo, aceito e rejeitado. São excluídos da sociedade, pois em meio a sociedade que descarta objetos sem propósitos, são os únicos que reaproveitam e fazem desse meio a sua subsistência.

Assim, além do diretor do filme nos convidar a refletir sobre a possibilidade de mudanças para revertermos esse quadro dos excluídos, dos marginalizados a mercê dessa sociedade, também critica o problema dos aterros sanitários com o meio ambiente, que deve ser equilibrado.

Sob a ótica de impacto ambiental foi feita uma análise profunda da Legislação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei 12.305/2010, cujo principal objetivo é a mitigação dos impactos causados pelos resíduos produzidos, uma vez que já frustrada a tentativa de sua não produção. Neste sentido, propõe a mitigação dos resíduos produzidos, a reciclagem e os rejeitos, ou seja, aqueles resíduos que não puderem ser aproveitados devem passar por um sistema de destinação adequada para que não polua o meio ambiente de uma forma geral e assim possamos usufruir de um meio ambiente sadio, equilibrado para as gerações atuais e sobretudo para as futuras gerações.

## NOTAS DE FIM

1 <http://www.revistaecologico.com.br/materia.php?id=84&secao=1407&mat=1566>, acesso em 25 de fev.2015.

2 <http://revistacafecomsociologia.com/revista/index.php/revista/article/view/69/pdf>, acesso em 25 de fev.2015  
3 <http://www.ufjf.br/revistaipotesi/files/2011/05/14-Estamira-e-Lixo-Extraordin%C3%A1rio-ipotesi-1521.pdf>.

## REFERÊNCIAS

- ALARCON, Pietro de Jesus Lora. Ciência Política, Estado e Direito Público, São Paulo: Verbatim, 2011.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal Nunes. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. Vidas Desperdiçadas. Tradução de Carlos Alberto Medeiros feita a partir de Wasted Lives (Modernity and Outcats), primeira edição inglesa publicada em 2004 por Polity Press, Cambridge, Inglaterra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma revista inédita com o autor. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- JONAS, Hans. Princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC - Rio, 2006.
- LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. Resíduos Sólidos e Responsabilidade Pós-consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LEMONS, Patrícia. Direito Ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. 2ª ed. Reformulada e atualizada da obra Responsabilidade civil pós dano ao meio ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Trtibunais, 2008.
- OST, François. A natureza à margem da lei: ecologia a prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. A Constituição Ecológica. In: KISHI, Sandra Akemi Shimara; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005

## SITES ACESSADOS

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)  
<http://www.revistaecologico.com.br/materia.php?id=84&secao=1407&mat=1566>.  
<http://revistacafecomsociologia.com/revista/index.php/revista/article/view/69/pdf>  
<http://www.ufjf.br/revistaipotesi/files/2011/05/14-Estamira-e-Lixo-Extraordin%C3%A1rio-ipotesi-1521.pdf>.



## **A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A (RE) INTEGRAÇÃO DE ADOLESCENTES INFRATORES: PERCEPÇÕES A PARTIR DO FILME JUÍZO**

*Ana Paula Meda  
Bruna Imazu*

Como citar esse artigo:

MEDA, Ana Paula;  
IMAZU, Bruna. A  
aplicação da medida  
socioeducativa e a  
(Re) integração de  
adolescentes  
infratores: percepções  
a partir do filme Juízo,  
in BERNARDI, R.;  
SALIBA, M. G.;  
BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

### **Biografia das autoras:**

*Ana Paula MEDA*  
Acadêmica do curso  
de Direito da UENP

*Bruna IMAZU*  
Acadêmica do curso  
de Direito da UENP

### **RESUMO**

O adolescente é um sujeito em desenvolvimento e, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a pessoa entre doze e dezoito anos de idade. Prevê esta legislação que ao adolescente, bem como às crianças (menores de 12 anos), deve ser dado um tratamento especial e diferenciado, de forma que seus direitos sejam concretizados. Assim, quando do cometimento de um ato infracional, aos adolescentes serão aplicadas medidas socioeducativas, de caráter retributivo e educacional, visando a sua (re)integração no meio social.

**Palavras-chave:** adolescente; Estatuto da Criança e do Adolescente; ato infracional, medidas socioeducativas; reintegração

### **ABSTRACT**

The adolescent is a human being in development and, according to the child and adolescent statute, it's the person between twelve and eighteen years old. This legislation prescribes that to the adolescent as well as to the child (under 12 years old), a special and distinct treatment must be given, so that their rights are concretized. Thus, when an infrational act is committed, to the adolescents will be applied socio-educational measures, of retributive and educational character, seeking their (re)integration to the social environment.

**Key-words:** adolescent; child and adolescent statute; infrational act; socio-educational measures; reintegration

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por destaque a análise da medida socioeducativa de internação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a dificuldade de (re)integração do adolescente em conflito com a lei que, após cumprir a medida imposta não consegue retornar à sociedade de forma a fazer parte dela, mas tão somente de ficar aquém dela. Analisa-se, dessa forma, a efetividade do ECA em meio às adversidades sociais e estruturais que obstam a devida aplicação do mesmo, a partir de observações retiradas do filme Juízo.

A escolha do referido assunto é de suma importância social, justificando-se pela necessidade premente e constante de se realizar os direitos fundamentais infanto-juvenis, a fim de que atuem como mecanismos de inclusão do adolescente na sociedade, prevenindo o cometimento de ato infracional ou, se o juvenil já se encontra em conflito com a lei, de que tais direitos sejam reconhecidos e efetivados na medida socioeducativa proposta.

Neste viés, a problemática indicada nesta pesquisa está relacionada justamente com isso, ou seja, se direitos fundamentais básicos não são concretizados e o adolescente quando do cumprimento da medida de internação não tem contato com atividades pedagógicas e profissionalizantes previstas em lei que deveriam servir para uma futura (re)integração, qual é o alcance do ECA na realidade brasileira diante desta ótica?

Objetivou-se com a precedente indagação apresentar alguns obstáculos de ordem social, como, por exemplo, a desigualdade econômica e a violência urbana; familiar, através da ausência dos pais, de violência doméstica e do uso abusivo de bebidas alcoólicas e entorpecentes; e de ordem estrutural, em virtude do descaso do Poder Público com a própria educação e com os estabelecimentos de cumprimento da medida socioeducativa de internação.

Assim, para o entendimento do problema foi indispensável a delimitação de seu estudo que se pautou por uma breve reflexão sobre o que é o período da adolescência e suas implicações, seguida pela exposição e explicação do ECA e sua importância na proteção da infância e da adolescência e, por fim, foram trazidos alguns contextos que contribuem para não efetividade do Estatuto, sendo analisados em paralelo com o filme Juízo.

Utilizou-se neste estudo o método dedutivo, iniciando-se por uma visão geral a partir da adolescência até o afunilamento do tema que culmina na questão central, sendo esta a dificuldade de concretização do ECA no intuito de que seja possível a (re)integração social de adolescentes em conflito com a lei quando do cumprimento da medida socioeducativa.

Por fim, empregou-se a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Convenção sobre os Direitos da Criança), a pesquisa indireta bibliográfica, através do acervo da biblioteca da

Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, bem como do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude – NEDDIJ/UENP e de artigos e publicações científicas. Também foram aproveitadas estatísticas divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

## 1. DA ADOLESCÊNCIA

Segundo dados divulgados em publicação *on-line* pelo UNICEF Brasil (Fundo das Nações Unidas para a Infância) através do relatório Situação da Adolescência Brasileira 2011 – O Direito de Ser Adolescente: oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades, o país possuía um contingente de 21 milhões de adolescentes no referido ano (2011, p.4).

Diante de um público juvenil tão numeroso, tornou-se recorrente nas mídias reportagens acerca de adolescentes envolvidos em todos os tipos de temáticas, desde a educação e a efetivação de direitos até a violação de direitos e o envolvimento na prática de ilegalidades.

Nesse sentido, várias críticas foram e são feitas ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), legislação específica destinada ao tratamento do público infanto-juvenil que será abordada posteriormente.

A partir dessa problemática o Filme “Juízo” produzido por Maria Augusta Ramos em tom realista, põe em voga a questão dos adolescentes em conflito com a lei, de forma a mostrar seus perfis, o processamento do caso pelo Poder Judiciário, bem como a vivência na instituição onde se cumprem as medidas socioeducativas de internação e a não efetividade dessa prática em muitas histórias.

Desse modo, ao se estudar essa questão primeiro se analisará o período compreendido por adolescência, para que haja o entendimento sobre as peculiaridades referentes a essa etapa e, continuamente, abordar-se-á o ECA, a fim de que a ponderação sobre os dois assuntos viabilize considerações sobre a dificuldade de ressocialização dos adolescentes através das medidas socioeducativas.

Assim, pode-se dizer ser a adolescência um “período do crescimento humano situado entre o início da puberdade e o estabelecimento da maturidade adulta [...] partindo da imprevisibilidade, do conflito e da ambiguidade rumo à identidade plena, segurança e à autodefinição” (ROBAINA, 2010, p.17).

Vê-se a partir do exposto que a adolescência, por si só, é um período de amadurecimento humano definidor de um adulto próximo. Através do embate entre o imprevisível e a segurança, a ambiguidade e a autodefinição e outras controvérsias interiores relacionadas a essas, o adolescente percebe-se enquanto indivíduo que tem suas próprias características e toma decisões.

Eis o que diz Enrique Martínez Reguera sobre a descoberta da identidade:

A identidade de alguém nasce de suas relações com os demais. [...] Descobre-se como indivíduo entre indivíduos, um mais entre os demais. Sua semelhança com os outros e as diferenças entre cada um vão configurando sua própria identidade, definindo-o como pessoa, como indivíduo autônomo dentro da espécie (2005, p.89).

Conforme dispõe Márcia da Silva Pinheiro em artigo veiculado pelo Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA) tanto os infantes quanto os adolescentes “são seres que ainda estão por vir [...]. Necessitam de tempo, de oportunidade e de adequada estimulação para efetivar tais tarefas” carecendo de assistência e amparo ([200?], p.1).

De acordo com Robaina, do ponto de vista etário, (2010, p.19) a adolescência para as meninas começa em torno dos 12 anos e termina aos 21 anos de idade; já para os meninos tem início aos 14 e finaliza aos 25 anos de idade. Contudo, para a Organização Mundial da Saúde (OMS) conforme descreve texto divulgado pela Ong Vivendo a adolescência ([200?]) os limites cronológicos da adolescência vão desde os 10 anos de idade até os 19 anos completos. No seguimento deste trabalho, todavia, ver-se-á que a definição de adolescente no ECA difere das duas posições até então adentradas.

A adolescência, com isso, pode ser vista como uma etapa de transformações tanto de ordem física como psicológica, fixando uma “fase de transição entre a infância e a juventude” (ROBAINA, 2010, p.18), tratando-se de um período imprescindível para o desenvolvimento do indivíduo e também para seu reconhecimento enquanto pessoa componente de um meio social.

Por este viés tem-se que o período compreendido pela adolescência também pode ser visto “[...]. Como momento de passagem, portanto, [...] comporta uma construção de fronteiras e, ao mesmo tempo, uma dissolução” (ROCHA, [200?]), verificando-se ser uma fase de contradições e possibilidades de crescimento.

Porém, esse processo de desenvolvimento pode significar maior propensão no adolescente pela busca de acolhimento e aceitação, como também por poder e identificação o que resulta em levá-lo facilmente ao mundo do crime, conforme ocorre nas histórias contadas pelo filme Juízo:

Aspecto relevante na adolescência é o risco de entrada ao mundo do crime. Todos os adolescentes necessitam pertencer a um grupo, reconhecido e valorizado pelos outros. Se não há possibilidade de reconhecimento na família, na igreja, no centro comunitário, no clube, no trabalho e na escola, o adolescente procurará reconhecimento na delinquência ou na marginalidade. No mundo do crime, algum reconhecimento é garantido para quem se lança de forma destemida nesta perspectiva, apesar do alto preço pago para isso (ROBAINA, 2010, p.20).

Dessa forma, é exatamente no cometimento de condutas ilegais que o adolescente pode encontrar o que esperava e deveria receber da família, da sociedade e do Estado. Além disso, verificou-se que em todos os casos a desigualdade econômica e social foi um tanto quanto incisiva para a entrada no crime, demonstrando que as falhas sociais existentes fazem do jovem vítima e “réu”, tecnicamente chamado de representado.

Em um paralelo com o filme em destaque é notório que a totalidade dos adolescentes mostrados vive em favelas do Rio de Janeiro, nas quais, o índice de criminalidade e violência é alto da mesma maneira que a dificuldade econômica das famílias. Veja-se que a entrada no mundo do crime pode expressar uma maneira de inclusão:

Podemos, então, compreender a pobreza e as faltas materiais como condição prévia de vulnerabilidade que leva a um lugar de exclusão. Essa exclusão é não somente econômica, mas acima de tudo diz respeito à ausência de um lugar no mundo, de pertencimento, de reconhecimento, “de ser alguém”. Este alguém é relacionado pelos próprios adolescentes com os valores de adequação às regras sociais e aos discursos hegemônicos: ter um emprego, uma família, uma casa, filhos, ajudar economicamente os pais. O cometimento do delito, paradoxalmente, é algo que os afasta desses objetivos e, ao mesmo tempo, uma forma de inclusão fora da ordem estabelecida (CASTRO; GUARESCHI, 2007, grifo do autor).

Isso não quer dizer que todo caso que se apresente à Vara da Infância e Juventude seja assim, mas que a maioria corresponde a um perfil equivalente ao exposto, ou seja, a prática de condutas ilícitas por adolescentes acaba por anteceder, em muitas vezes, uma série de direitos sem efetividade, como, por exemplo, no caso da educação, verificando-se uma ausência prévia de políticas públicas que deveriam atuar em prol da igualdade.

Logo no início da obra cinematográfica em que alguns adolescentes são levados para cumprimento de medida socioeducativa no Instituto Padre Severino e que passam por um tipo de cadastro, são perguntados sobre o grau de escolaridade e, como resposta, dois jovens aos dezessete anos de idade afirmam terem estudado até a sexta série e outro até a quarta série. Ainda assim, quando outros adolescentes são indagados pela magistrada nas audiências a respeito da escolaridade a resposta é que abandonaram os estudos.

Não obstante essa circunstância acrescenta-se ainda o uso de psicotrópicos e problemas familiares como uma somatória de fatores presente nesse tema. Tais observações têm fundamento com base nos números noticiados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012 considerando a pesquisa Panorama Nacional – A execução das medidas socioeducativas de internação que analisou dados do programa Justiça ao Jovem, descrevendo o perfil de 17,5 mil adolescentes infratores. Todas as informações apresentadas foram retiradas da página *on-line* do Conselho

Nacional de Justiça, tendo a reportagem o título: CNJ traça perfil dos adolescentes em conflito com a lei com autoria de Mariana Braga.

A pesquisa concretizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ alicerçou-se em dados coletados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) que, entre julho de 2010 e outubro de 2011, visitou todos os estabelecimentos de internação do país, entrevistando 1.898 adolescentes e angariando informações sobre 14.613 processos judiciais de execução de medidas socioeducativas em trâmite em todos os Estados e no Distrito Federal.

Revelou-se, nessa vertente, que aproximadamente 60% dos jovens entrevistados estão na faixa dos 15 aos 17 anos, sendo que mais da metade não estava frequentando a escola antes de adentrar na unidade de internação. A maioria dos jovens infratores cessou os estudos aos 14 anos, entre a quinta e a sexta série e o que é mais grave, cerca de 8% deles não recebeu alfabetização.

No que concerne à família, 14% dos adolescentes possuem ao menos um filho e somente 38% deles cresceu com a criação da mãe e do pai. Acrescenta-se que 7 em cada 10 jovens se disseram usuários de drogas, aparecendo a maconha como o entorpecente mais utilizado, depois a cocaína seguida do crack.

A sistematização desses dados salienta a complexidade da questão que envolve os adolescentes, a marginalidade e a delinquência. Não se trata de uma justificativa ou uma atenuante para adolescentes infratores, mas sim uma tentativa de identificar o problema, entender como ele acontece na realidade, a fim de que sejam formuladas possíveis soluções que revertam esse retrato da população juvenil. Denota-se mediante essas exposições que:

No arranjo de fatores que provocam as adversidades, uma parcela substancial recai sobre a sociedade, que século após século reproduz cidadãos de primeira e segunda classe, com privilégios, direitos e deveres distintos. Desse modo, o acúmulo de fatores de risco é uma questão certamente importante, já que todo ser humano possui um limite para lidar com adversidade (ASSIS; PESCE; AVANCI, 2006, p.35).

É indispensável perceber os adolescentes como “um grupo em si. Não são crianças grandes nem futuros adultos. São cidadãos, sujeitos com direitos específicos, que vivem uma fase de desenvolvimento extraordinária. O que experimentam nessa etapa determinará sua vida adulta” (BRASIL, 2011).

Destarte, é a adolescência um período de suma importância na escala da vida humana ao passo que agrega modificações relevantes para o indivíduo. No entanto, verifica-se que a adolescência está sendo uma etapa marcada por ilegalidades na rotina de jovens brasileiros e é por isso que o ECA tem o papel de preocupar-se com essa situação, pontuando direitos e deveres a serem conhecidos, reivindicados e realizados por toda sociedade.

## 2. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO UMA INTERVENÇÃO JURÍDICA DE CARÁTER PEDAGÓGICO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi promulgado em 1990, em substituição ao Código de Menores, sendo a legislação que trata especificamente dos direitos e deveres que envolvem aqueles com até 18 anos de idade e, excepcionalmente as pessoas entre dezoito e vinte e um anos.

Este Estatuto, como já preleciona o seu art. 1º, é norteado pela doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, a qual é preconizada na Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) e no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Pela doutrina da proteção integral, a criança e o adolescente são vistos como sujeitos de direitos, devendo-lhes ser assegurados todas as garantias fundamentais, tanto pela família, sociedade e Estado. E, ao contrário do antigo Código de Menores, o ECA, ao se basear na proteção integral, não está voltado apenas aos abandonados, carentes, infratores (aqueles em situação irregular), mas destina-se a proteger e efetivar os direitos de todas as crianças e de todos os adolescentes, sem exceção.

Segundo a doutrina, o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a “doutrina da proteção integral”, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes (v. art. 3º). Foi anteriormente prevista no texto constitucional, no art. 227, instituindo a chamada prioridade absoluta. Constitui, portanto, uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A CF, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente (ISHIDA, 2010, p.1-2, grifo do autor).

O art. 4º deste diploma, ao ratificar a doutrina da proteção integral, institui como dever de todos, ou seja, da família, escola, comunidade, sociedade e Estado, efetivar os direitos fundamentais dos menores, de forma a garantir-lhes um desenvolvimento completo, físico, mental, social, moral e espiritual.

Embora o ECA preveja toda uma atenção especial às crianças e adolescentes, esta vigilância não está fundada apenas na busca da efetivação de seus direitos, mas também há a previsão de normas que visam reprimi-los quando do cometimento de atos contrários à lei, isto é, de atos infracionais.

Assim, o ECA não é apenas uma carta de direitos para os menores, vez que ao considerá-los sujeitos de direitos, mesmo que em desenvolvimento, enquadrá-los como titulares de direitos e obrigações, devendo respeitar normas que são impostas a todas as pessoas, para que haja uma convivência em sociedade harmônica.

Ato infracional é definido no art. 103 do ECA como a conduta descrita como crime ou contravenção penal. “Desta forma, a conduta delituosa da criança e do adolescente é denominada tecnicamente de ato infracional [...]” (ISHIDA, 2010, p.197) e a “responsabilidade pela conduta descrita começa aos 12 anos” (VOLPI, 2011, p.15).

Nesse sentido, quanto às reprimendas aplicadas quando do cometimento de um ato infracional, estas diferem para aqueles que são considerados crianças e aqueles que são adolescentes, sendo necessário, portanto, diferenciá-los.

Embora haja certa divergência entre doutrinadores ou organizações ao conceituar, do ponto de vista etário, quem é criança e adolescente, segundo o art. 2º desta lei, “considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes entre doze e dezoito anos de idade”.

Isto significa que, às crianças (menores de 12 anos) ao praticarem um ato infracional, lhes serão aplicadas as chamadas medidas de proteção, previstas no art. 101. É o que determina o art. 105 do ECA: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”.

As medidas de proteção, segundo Válder Kenji Ishida (2010, p. 183) “são as elencadas no art. 101 do ECA. Direcionam-se às crianças ou adolescentes em situação irregular do art. 98 do ECA e também à criança que cometa ato infracional (art. 105). Podem ser aplicadas de modo cumulativo”. Ademais, “às crianças que cometem atos infracionais não se aplicam as medidas socioeducativas e sim as de proteção (v. art. 105)” (2010, p.188).

Ao se tratar de adolescentes, por sua vez, a eles podem ser aplicadas tanto as medidas de proteção, quanto as chamadas medidas socioeducativas, previstas no art. 112 do ECA.

As medidas socioeducativas consistem em advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, e segundo Mario Volpi (2011, p.19), tais medidas tem como objetivo maior a “inclusão social do adolescente infrator”.

O artigo em tela [art. 112, ECA] reproduz as medidas cabíveis que encontram certa semelhança com as aplicadas na esfera penal: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços, liberdade assistida, regime de semiliberdade, internação e ainda medidas de proteção. Trata-se de um rol taxativo, aplicando-se no caso o princípio da legalidade, admitindo-se sanção previamente estabelecida por lei (ISHIDA, 2010, p.224).

Para a aplicação dessas medidas, caberá ao magistrado escolher aquela se mostra mais adequada, levando em conta a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.



Prevê o §1º que a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Esses parâmetros se relacionam ao princípio da proporcionalidade estipulado na regra 17 das Regras Mínimas de Beijing adotadas pela Assembleia Geral da ONU para a administração da Justiça de Menores. Envolve as circunstâncias e gravidade da infração, as circunstâncias e necessidades do adolescente e finalmente o interesse da sociedade (ISHIDA, 2010, p.225).

Dentre essas medidas, tem-se a medida de internação, que somente será aplicada nas hipóteses exaustivas do art. 122 do ECA. Trata-se de uma medida excepcional, cuja aplicação se dará quando se tratar de delitos graves ou em casos de reiteração.

De acordo com Mario Volpi (2011, p.27):

A internação, como última das medidas na hierarquia que vai da menos grave para a mais grave, somente deve ser destinada aos adolescentes que cometem atos infracionais graves. Embora o Estatuto tenha enfatizado os aspectos pedagógicos e não os punitivos, a medida de internação guarda em si conotações coercitivas e educativas.

A medida de internação, conforme o art. 121 do ECA, deve observar aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, trata-se de uma medida que não será aplicada em todos os casos, mas naqueles descritos no art. 122 do ECA, quando outras medidas sejam ineficientes. Ademais, pela brevidade, entende-se que a internação tem um tempo máximo de duração, que consiste em três anos, e liberdade compulsória aos 21 anos de idade. Deve-se destacar ainda, que esta medida será aplicada ao adolescente, e que, portanto, necessita realizar atividades que contribuam para seu desenvolvimento.

Constitui a medida de internação a mais grave dentre as socioeducativas, constituindo, a teor do *caput* [do art. 121], em medida privativa de liberdade [...].

O ECA, visando garantir os direitos do adolescente, contudo, condicionou-a a três princípios mestres: (1) o da brevidade, no sentido de que a medida deve perdurar tão somente para a necessidade de readaptação do adolescente; (2) o da excepcionalidade, no sentido de que deve ser a última medida a ser aplicada pelo Juiz quando da ineficácia de outras; e (3) o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, visando manter condições gerais para o desenvolvimento do adolescente, por exemplo, garantindo seu ensino e profissionalização. Em obediência à brevidade, estipula a lei menorista o prazo máximo de 3 (três) anos (§3º) e a liberdade compulsória ao 21 (vinte e um) anos (§5) (ISHIDA, 2010, p.240-241, grifo do autor).

Desta forma, o ECA ao basear-se na doutrina da proteção integral, estabelece um tratamento diferenciado para crianças e adolescentes, prevendo não somente direitos que devem ser efetivados e respeitados por todos, mas também medidas com caráter retributivo e pedagógico, cuja finalidade é reintegrar os menores que cometem um ato infracional.

Esta lei assume um caráter indispensável nas situações que envolvem crianças e adolescentes. Todavia, suas normas ainda encontram dificuldades de ordem prática, de forma que nem todos os direitos fundamentais são concretizados para todos os menores, bem como as medidas socioeducativas encontram obstáculos para alcançar plenamente seu objetivo.

### 3. A DIFICULDADE DE (RE)INTEGRAÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º estabelece que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Cada qual tem a sua função dentro do Estado brasileiro, cabendo ao Poder Judiciário exercer a função jurisdicional de aplicar a lei diante do caso concreto.

Assim, tratando-se de crianças e adolescentes, o ECA é a legislação a ser aplicada. Contudo, a realidade do público infanto-juvenil no Brasil não se apresenta da forma como consta no ECA. Apesar de esta disposição legal trazer em seu cerne a ideia de que crianças e adolescentes precisam ser tratados de maneira diferenciada, por intermédio de medidas socioeducativas de cunho pedagógico, existem inúmeros obstáculos de ordem prática que contribuem para a ineficiência dessa lei.

Adentrando nesta perspectiva é interessante salientar que as limitações existentes para efetiva aplicação do Estatuto são várias, como, por exemplo, a falta de conhecimento do conteúdo da lei por parte da própria população, o medo de exposição das pessoas a fim de fazerem valer os direitos infanto-juvenis e a falta de estrutura advinda da omissão do Estado (MAURO, 2011, p.17-18).

O mesmo autor ainda corrobora para o seguinte entendimento acerca do assunto:

A primeira crítica que se faz, é que não há na legislação um procedimento especial de execução de medidas socioeducativas. Partindo-se do pressuposto de que o ato infracional foi identificado e apurado, asseguradas todas as garantias decorrentes do devido processo legal, o Estatuto não definiu, objetivamente, um procedimento a ser seguido para implementação da medida imposta ao menor, preferindo utilizar os mecanismos de atendimento já existentes, que muitas vezes afrontam o direito individual. A ausência de um processo de execução faz com que o executor da medida se comporte como soberano, decidindo qual procedimento a seguir, ultrajando a finalidade da execução. [...] Outro ponto negativo que merece ser enfocado é a omissão do Estado, por não

fornecer estrutura e equipamentos aptos ao cumprimento da lei (2011, p.30-31).

De igual modo, discorre Almeida (2007, p.109) que é indispensável uma “maior atenção do Estado em oferecer as condições básicas para a execução das medidas e implementação da lei a fim de que a responsabilização do adolescente se dê de forma eficaz e eficiente”, resultando em uma viável recuperação do juvenil para a vida em grupo.

Evidenciou-se ainda por meio da longa-metragem, que embora os adolescentes em conflito com a lei tenham cumprido as devidas medidas que lhes foram cabíveis, o retorno para suas vidas não resultou na integração ou reintegração social. Os mesmos acabaram fugindo das instituições de internação, voltaram para junto da família e não retomaram os estudos, ou seja, a medida socioeducativa e atuação do Poder Judiciário não estão conseguindo, de maneira tão efetiva, ressocializar ao ponto de recolocarem o adolescente no meio social, atendendo seus direitos mais básicos.

Ainda sob um olhar crítico, pode-se constatar através das mostragens que a vivência na instituição de cumprimento de medida privativa de liberdade não ocorreu como deveria vez que, ao menos na época do filme e nas circunstâncias apresentadas, os adolescentes não participavam de atividades recreativas com caráter educativo, não estudavam e ficavam em alojamentos precariamente construídos e em condições ruins, estando exatamente ao contrário do plano pedagógico objetivado, tendo em vista que a infra-estrutura por intermédio do projeto arquitetônico é a imagem refletida da compreensão do mundo e do aparelhamento social (VOLPI, 2011, p.38).

Surgem, então, reflexões acerca da efetividade da medida socioeducativa de internação prevista no ECA no sentido de conseguir reintegrar o adolescente infrator. Neste limiar, trazem-se a lume algumas tantas falhas sociais que acabam por provocar a não efetividade do Estatuto na realidade posta.

A pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vista no primeiro capítulo deste estudo, também avaliou os estabelecimentos de internação, concluindo existir diversas agressões nestes ambientes como casos de abuso sexual (10%) e mortes por homicídio (5%), sendo que “quase um terço dos adolescentes declarou sofrer algum tipo de agressão física por parte funcionários e um quarto dos estabelecimentos visitados já havia enfrentado situações de rebelião ou motins” (BRAGA, 2012).

Sobre as consequências que podem aparecer em razão dessas violações, leia-se a problemática confirmada pelos dados:

Como resultado, a metade dos adolescentes pesquisados é reincidente na prática criminal. Embora o roubo e o tráfico de drogas sejam as infrações que levam a maior parte dos jovens ao cumprimento de medidas socioeducativas (60% dos entrevistados), entre os reincidentes a prática de

homicídio foi três vezes superior à verificada entre aqueles que cumpriam a primeira internação, aumentando de 3% para 10%. Diferente da média nacional, nas regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte, as infrações que resultaram em morte aparecem como segundo principal motivo de internação dos adolescentes, ultrapassando o tráfico de entorpecentes (BRAGA, 2012).

Por este referencial nota-se que a resposta dada à agressão é revertida em maior violência pelos adolescentes, pois “[...] deseducação e não-sociabilidade são inculcadas e somatizadas desde o nascimento exatamente do mesmo modo como os condicionamentos positivos” (MARTÍNEZ REGUERA, 2005, p.880). Veja-se com isso que se o perfil dos adolescentes em conflito com a lei já predispõe uma exclusão prévia e uma situação de vulnerabilidade (CASTRO; GUARESCHI, 2007), há uma somatória que abrange as conjunturas fáticas vividas no meio recluso e que propagam outras violências.

Em virtude disso torna-se inviável visualizar uma possível integração tardia ou uma reintegração desses jovens, na lógica de que o caráter educativo proposto pela legislação que é aplicada pelo Poder Judiciário não está sendo realizado.

No entanto, outro apontamento elucidado na pesquisa divulgada pelo CNJ (BRAGA, 2012) demonstra que a promoção de práticas externas à internação como a ida a cursos, bem como a participação em oficinas profissionalizantes e atividades religiosas, beneficiam a inclusão social dos internos de forma que a evasão é reduzida, citando-se como exemplo a região Sudeste, na qual, o índice é de 3%.

Há, dessa maneira, o reforço da ideia de que o período de internação proveitoso exige a realização de atividades produtivas, como no caso da continuidade dos estudos regulares e o aprendizado profissionalizante que ajudará o adolescente a encontrar uma área de atuação na sociedade de forma a ser remunerado por isso quando estiver liberto.

Neste entorno, considera-se que as medidas socioeducativas “não têm efeito se não funcionarem em rede com outras políticas públicas de educação, lazer, inserção do jovem no mercado de trabalho e esporte (JULIÃO, 2014, p.25), exigindo a atuação conjunta dos Poderes, especialmente o Poder Executivo, a nível federal, estadual e municipal, bem como a participação da sociedade ao aceitar essa inserção.

Se todos os estabelecimentos de internação tiverem a infra-estrutura até então comentada, pode-se dizer que uma parte da aplicação da medida socioeducativa de internação está sendo eficiente, consequentemente, também parte do ECA estará sendo efetivado, pois como observa Liberati (2012, p.58) a “[...] Lei 8.069/1990 não é apenas uma carta de intenções, mas normas com direitos objetivamente garantidos”, denotando que a respectiva legislação deve ser prontamente atendida para que se visualize em âmbito material seus efeitos.

Todavia, a efetividade da medida socioeducativa de internação é apenas uma das questões que podem ser refletidas a respeito da dificuldade de reintegração dos adolescentes infratores, já que além desse entrave que tem foco principal no

ECA, existem outras problemáticas voltadas para a ausência de direitos básicos e falhas sociais recorrentes.

Pode-se mencionar, então, existirem circunstâncias adversas componentes do próprio contorno social do meio onde os adolescentes vivem e também aquelas decorrentes do relacionamento entre familiares e outros indivíduos da comunidade, somadas à vivência nas instituições de internação.

Assis, Pesce e Avanci (2006) estabeleceram mediante o acompanhamento de jovens do município de São Gonçalo no Rio de Janeiro alguns tipos de adversidades que se tornam acontecimentos de grande impacto negativo, na maioria das vezes, na vida dos juvenis, dificultando uma reconstrução de si próprios enquanto pessoa. Resumidamente, as agravantes que podem ser indicadas neste aspecto a partir da pesquisa realizada pelos autores retro e da adaptação dada neste estudo são as seguintes:

a) Desigualdade social: atinente às condições parcas de existência que denotam diferentes condições socioeconômicas, “é um fator de risco para o desenvolvimento infanto-juvenil [...]. Configura-se como uma ameaça constante, aumentando a vulnerabilidade da criança e sua família” (p.36), estando relacionada a outros problemas como “rompimentos, discórdias e violência na família, cuidados inadequados à saúde, desemprego e habitação pouco adequada” (p.36). Está atrelada a desconsertos familiares mínimos e extremos que culminam em negligências e agressões que passam a fazer parte da vida de crianças e adolescentes e interferem negativamente no crescimento adequado.

b) Vicissitudes quanto à saúde das famílias: a princípio, pensar neste tipo de problema não parece desencadear algo grave na vida de adolescentes infratores. Entretanto, muitos agravantes podem influir na reintegração, como a perda de familiares e, mais ainda, o uso de álcool e drogas por parte dos mesmos ensejando a violência doméstica. Isso reflete empecilhos no saudável desenvolvimento infanto-juvenil, o que resulta em “ocorrência de sofrimento psíquico, baixa auto-estima, insatisfação com a vida e pior qualidade de relacionamento com os outros, sinais evidentes de problemas de saúde mental” (p.44), conforme se depreende da pesquisa realizada com os adolescentes de São Gonçalo. Inclusive no filme “Juízo” é exposta a história de um adolescente que cometeu o ato infracional de homicídio contra o pai, em virtude deste sempre em estado de embriaguez tornar-se agressivo, maltratando o menor, o irmão quando morava na casa e a mãe.

c) Família violenta: é perverso para crianças e adolescentes crescer em um ambiente violento no qual acabam por serem vítimas de violência psicológica, violência física, violência sexual e negligência, formas essas de violência doméstica, vez que “viver em condições de violência provoca prejuízos graves no desenvolvimento humano a curto ou a longo prazo”, sendo mais nefasta quando advinda daqueles que têm o dever de cuidar, os pais (p.48). Neste momento lembra-se também do menino apresentado no filme ora comentado, ao passo que matou o pai como sendo uma maneira de escape para a violência física que ele e sua família

sofriam. Interessante expor que a violência vivenciada por crianças e adolescentes dentro do ambiente familiar pode ser repercutida no exterior do ambiente familiar (p.52). Esta adversidade tem influência tanto na prática do ato infracional como circunstância posterior que dificulta a reintegração do jovem que cumpriu medida socioeducativa de internação e deve retornar para o convívio familiar e social.

d) Problemas escolares: a escola é local de relacionamentos sociais, tendo em vista que crianças e adolescentes passam grande tempo neste espaço e convivem com tantas outras de várias idades, classes sociais e formas de agir. Adicione-se que os estudantes também são avaliados de acordo com sua competência nas disciplinas da grade curricular (p.53) e isso articula uma conjectura que aponta um perfil vulnerável que mais lida com essa situação, eles “têm pior desempenho em matemática e português, participam pouco em sala de aula, fazem uso de substâncias psicoativas com maior frequência e cometem alguns atos anti-sociais” (p.54). Há, assim, uma constante insatisfação com a escola e com a vida (p.54), abarcando uma ausência de perspectiva para o futuro que compreenda os estudos, gerando baixos rendimentos e evasão escolar.

e) Violência urbana: está associada à violência realizada nas comunidades estando ligada “à violência social [...], sobretudo a urbana, e a violência na família, na escola e na comunidade, [...] reflete-se no maior consumo de substâncias psicotrópicas e na prática de atos anti-sociais” pelos adolescentes (p.55). Salienta-se por meio disso que a violência pode ser fruto da propagação, ou seja, quanto mais violações ocorrem contra a própria pessoa ou é vista costumeiramente na rotina de sua vida, é possível que atue como uma circunstância que acentua a prática de atos ilegais por adolescentes, de forma que não seja determinante.

Todos esses indicadores podem elucidar as inúmeras dificuldades de efetividade prática da medida socioeducativa de internação que incluem problemas de ordem pessoal, familiar, social e de pobreza de políticas públicas com efeito material.

Ocorre que não há um despertar social que realmente aceite tais considerações, partindo-se do pressuposto que a violência deve ser respondida com mais violência. Porém, vê-se que isso já vem acontecendo e não está sendo suficiente para regularizar aqueles que descumprem regras. Mais uma vez, não se trata de uma justificativa para o crime infanto-juvenil ou não, mas sim em uma tentativa de encontrar os problemas e entendê-los para se verem percebidas atitudes concretas que recaiam em melhoria.

Conforme é destacado “[...] Praticamente nenhum sofrimento é irremediável, sendo passível de transformação quando o ambiente muda para melhor” (ASSIS, PESCE e AVANCI, 2006, p.60), contudo, é preciso realizar essa mudança para que coadune no alcance de benefícios para todo meio social:

Não se trata de que muitas crianças precisam de atenção porque são indisciplinadas ou roubam, mas, ao contrário, roubam e são rebeldes

porque estão necessitadas de atenção. Se fosse o primeiro, a perversidade estaria radcada no seu comportamento; mas realmente seu comportamento tem origem na perversidade de submetê-las a tanta privação e confusão. Poderiam estar bem legitimadas para (roubando) mamar e devorar (destruindo) o que não mamaram de equidade e respeito (MARTÍNEZ REGUERA, 2005, p.87).

Este mote, também retratado no filme “Juízo”, guarda certo grau de contrassenso, já que se a sociedade não guarda respeito e atenção no tratamento de crianças e adolescentes, como se não fossem sujeitos de direitos, torna-se complicado cobrar algo que não foi ensinado, vez que parece soar uma inconsistência a figura de um adolescente na frente de um magistrado, promotor de justiça e defensor público, sem sequer entender o que significa a abreviação L.A. a ponto de fugir do estabelecimento de internação um dia antes de ser colocado em Liberdade Assistida. Isso pode até gerar risos em audiência, mas representa o cenário insidioso no qual é perpetrado o descuido com milhares de adolescentes.

Portanto, em consonância com o art. 227 da Constituição Federal de 1988 é dever da família, da sociedade e do Estado, em comumhão de empenhos, viabilizar o crescimento saudável de todas as crianças e adolescentes, no intuito de se construir uma sociedade melhor que atenda aos objetivos concebidos pela República Federativa do Brasil, dispostos no art. 3º da Magna Carta.

## CONCLUSÃO

A adolescência é uma etapa de transformações, tanto físicas como psicológicas, em que o indivíduo deixa de ser criança e se prepara para adentrar no mundo adulto, sendo, portanto, uma fase de desenvolvimento.

Diversos doutrinadores ou organizações tentam conceituar quem é o adolescente e, do ponto de vista etário, o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação específica aplicável aos menores, em seu art. 2º preceitua que se considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Justamente por ser uma fase de modificações e descobertas, muitos adolescentes procuram se autodeterminar, tomar a atenção e buscar o poder. Todavia, nem sempre o fazem da forma mais saudável, e acabam por adentrar no mundo do crime.

Quando um adolescente pratica um ato contrário à lei, isto é, um ato infracional, o ECA, baseado na doutrina da proteção integral, procura aplicar-lhe medidas que permitam a inclusão social e sua reeducação. Tais medidas, chamadas de socioeducativas, encontram sua previsão no art. 112 deste Estatuto, e vão desde uma advertência, até mesmo a aplicação de uma medida de internação em estabelecimento educacional.

O que ocorre é que, embora o ECA busque a efetivação de todos os direitos para todas as crianças e para todos os adolescentes, bem como o seu melhor interesse, existem obstáculos de ordem prática que impedem que seus objetivos se concretizem plenamente.

Na aplicação de uma medida de internação, por exemplo, há diversos casos em que o adolescente acaba fugindo do estabelecimento, ou ao sair, continua cometendo atos infracionais, ao invés de ir à escola ou participarem de cursos profissionalizantes, como ficou evidenciado no filme “Juízo”.

Estudos revelam que, a maioria dos adolescentes envolvidos em práticas ilegais não possui um alicerce, uma base familiar, não frequentam a escola, ou tem um baixo grau de escolaridade, e muitos ainda são usuários de drogas.

Percebe-se que, os problemas já estão presentes na vida do jovem antes do cometimento do ato infracional, e depois, na tentativa de reintegrá-los, as dificuldades continuam a persistir.

Dentre tais dificuldades, pode-se destacar a falta de estrutura e omissão do Poder Público, o desconhecimento da legislação, a falta de atenção às crianças e aos adolescentes, seja por parte da família, escola, comunidade.

Desta forma, como estabelece o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o art. 227 da Constituição Federal de 1988, é dever de todos assegurar a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, vez que são sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento, merecendo uma atenção e proteção especial.

Para a concretização desses direitos fundamentais, todavia, é preciso reconhecer os problemas e procurar solucioná-los, de forma que ao adolescente infrator não seja aplicada a internação porque está prevista em lei, mas que tal medida seja uma forma de (re)integrar esse menor à vida social, desenvolvendo atividades pedagógicas, continuando o estudo, frequentando cursos profissionalizantes e até mesmo tendo acompanhamento médico e psicológico, por exemplo.

O ECA, em consonância com a Constituição Federal, prevê direitos e um tratamento diferenciado às crianças e adolescentes, e portanto, suas normas não devem ficar apenas no papel, mas devem ser colocadas em prática e os obstáculos reais devem ser superados. Para tanto é necessária a atuação não só do Poder Público, mas de toda a sociedade, a fim de que os menores tenham seus direitos fundamentais concretizados e possam se sentir integrados no meio social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruna C. Monteiro de. Medidas socioeducativas: educação com qualidade. In: HAMOY, Ana Celina Bentes (org.). Direitos humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social. Belém: Movimento República de Emaús; Centro de



Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA – EMAÚS), 2007. Disponível em <<http://www.movimentodeemaus.org/data/material/direitos-humanos-e-mse.pdf>>.

Acesso em: 27 janeiro 2015.

ASSIS, S. G.; PESCE, R. P.; AVANCI, J. Q. Resiliência: enfatizando a proteção dos adolescentes. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BRAGA, Mariana. CNJ traça perfil dos adolescentes em conflito com a lei. Agência CNJ de Notícias, 2012. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18886:cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>>. Acesso em: 26 janeiro 2015.

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: 27 janeiro 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.710/90. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 21 fevereiro 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069/90. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 21 fevereiro 2015.

\_\_\_\_\_. UNICEF. O direito de ser adolescente: oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades. Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF: UNICEF, 2011. Disponível em < [http://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_sabrep11.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_sabrep11.pdf)>. Acesso em: 26 janeiro 2015.

CASTRO, Ana Luiza de Souza; GUARESCHI, Pedrinho Arcides. Adolescentes autores de atos infracionais: processos de exclusão e formas de subjetivação. Revista Psicologia Política, Vol. 7, Nº 13, 2007. Disponível em <<http://www.fafich.ufmg.br/rpp/seer/ojs/viewarticle.php?id=28&layout=html>>.

Acesso em: 27 janeiro 2015.

ISHIDA, Válder Kenji. A infração administrativa no Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena? 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

JULIÃO, André. Juventude encarcerada. Revista UNESP Ciência: 2014. Disponível em <[http://www.unesp.br/aci\\_ses/revista\\_unespciencia/acervo/50/juventude-encarcerada](http://www.unesp.br/aci_ses/revista_unespciencia/acervo/50/juventude-encarcerada)>. Acesso em: 27 janeiro 2015.

MARTÍNEZ REGUERA, Enrique. Crianças de ninguém, crianças de rua. Tradução: Antônio Feltrin. Porto Alegre: Artmed, 2005.

MAURO, Danilo Ribeiro. Aplicabilidade e efetividade das medidas socioeducativas previstas na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. 2011. 68 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Faculdades Integradas “Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2810/2589>>. Acesso em 27: janeiro 2015.

PINHEIRO, Márcia da Silva. Aspectos bio-psico-sociais da criança e do adolescente. Disponível em <<http://www.cedeca.org.br/conteudo/noticia/arquivo/3883a852-e760-fc9f57158b8065d42b0e.pdf>>. Acesso em: 25 janeiro 2015.

ROBAINA, José Vicente Lima. Drogas: o papel do educador na prevenção ao uso. Porto Alegre: Mediação, 2010.

ROCHA, Simone Mariano da. Adolescência, uso de drogas e ato infracional. Disponível em <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id215.htm>>. Acesso em: 25 jan 2015.

VIVENDO A ADOLESCÊNCIA. Fase da vida? Faixa etária? Construção social? Afinal, o que é adolescência? Disponível em <<http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/adolescencia>>. Acesso em: 26 janeiro 2015.

VOLPI, Mário. O adolescente e o ato infracional. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

## JUÍZO E MAIORIDADE PENAL

*Ana Flávia Damasceno Silva  
Patrícia Naomi Asakura*

Como citar esse artigo:

SILVA, Ana Flávia  
Damasceno;  
ASAKURA, Patrícia  
Naomi. Juízo e  
Maioridade Penal, in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia das autoras:**  
*Ana Flávia Damasceno  
SILVA*

Acadêmica do curso  
de Direito da  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná.

*Patrícia Naomi  
ASAKURA*

Acadêmica do curso  
de direito da  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná.

### RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo principal um debate acerca da maioridade penal. Pretende-se, primeiramente, apresentar alguns pontos essenciais sobre o assunto, como algumas noções sobre direitos fundamentais, um breve histórico sobre os direitos das crianças e adolescente e as doutrinas que os envolvem. Objetiva, também, realizar uma breve análise sobre os principais argumentos utilizados a favor da redução da maioridade penal. Finalmente, procura explicar porque tal redução não se mostra possível, diante da importância dos direitos desses jovens, como assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e protegido pela própria Constituição Federal como cláusula pétrea.

**Palavras-Chave:** Estatuto da Criança e do Adolescente; Maioridade penal; Direitos fundamentais.

### ABSTRACT:

The main objective of the present article is a discussion about the full legal age. It intends to firstly present some essential points on the subject, as some notions about fundamental rights, a brief history of the rights of children and adolescents and the doctrines involve them. Also, it conducts a brief analysis of the main arguments used in favor of the reduction of the full legal age. Finally, it seeks to explain why such a reduction does not seem possible, in view of the importance of the rights of these young people, as provided by the Statute of the Child and the Adolescent, and protected by the Federal Constitution itself as an unchangeable clause.

**Key-Words:** Statute of Child and Adolescent; Full legal age; Fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

Diante da crescente violência no país, em parte acompanhada da atuação de menores, muitos recorrem à ideia de que a redução da maioridade penal seria a grande solução do problema. Buscam através da imputação de uma lei penal mais gravosa um meio rápido, porém temporário de diminuir a violência.

Boa parte do problema se dá pela atuação da mídia, que de maneira errônea e despreparada usa de sensacionalismo para impor sua visão de resolução de questões, no entanto o que é ignorado por eles, bem como muitas pessoas que compartilham dessa visão, é a proteção constitucional, que os ampara, cuidando dos mais básicos princípios da vida digna do ser humano.

É bem verdade que muito se caminhou para que os direitos das crianças e adolescentes chegassem aonde chegaram, pois por muito tempo elas eram tratadas meramente como bens, propriedades de seus pais, que delas podiam dispor como bem entendessem. Todavia, com a instauração do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, não somente os menores de idade ganharam o direito à dignidade e proteção estatal tal qual dos adultos, mas também foram considerados sujeitos de maiores direitos e resguardo, ao qual recaiu sobre o Estado e sobre a própria estrutura familiar, que passou a ter suas crianças e adolescentes como pessoas de direito, que devem ser protegidas, amadas e educadas, de acordo com o estabelecido em lei.

Assim, quando se fala em violação desse direito fundamental, bem como das cláusulas pétreas da nossa lei maior, é necessário ter o cuidado com as motivações de tal ação, e mais ainda, com as justificativas usadas para a mesma, pois a ideia de reduzir a idade penal, à qual recairá a imputabilidade do jovem, é uma direta violação da Constituição Federal, e ambas as justificativas principais, de que o jovem já tem total consciência de seus atos e das consequências por eles gerados, bem como que o Estatuto da Criança e Adolescente tem penalidades leves demais, que não geram de fato medidas socioeducativas, são facilmente contestadas.

Este trabalho procura elucidar um pouco, os critérios mais polêmicos que envolvem esta discussão, assim como demonstrar à luz constitucional e dos direitos fundamentais como a proteção, a qual o Estado se comprometeu a fazer recair sobre o menor de dezoito anos de idade, não pode ser simplesmente desconsiderado e modificados ao bel prazer de um grupo de pessoas.

Observa-se que, atualmente a proteção da criança e do adolescente é uma questão mundial, sendo defendida pelo órgão das Nações Unidas, ao qual o Brasil é signatário, e dessa forma, se compromete a honrar o que estabelecido em decreto internacional.

Por fim, é necessário que se levante a discussão sobre quão efetiva seria a real aplicação de medidas tão graves aos nossos jovens, ao invés de se fazer um investimento para melhor concretização da norma estabelecida pelo Estatuto, além

do desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, através de um âmbito familiar saudável e de uma educação de qualidade.

## 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os direitos fundamentais como observado atualmente, são fruto de um desenvolvimento histórico e através deles se busca a garantia de uma vida digna ao ser humano. Mas para chegar neste ponto foi necessária uma junção de várias fontes, trazidas de diversas correntes filosóficas, culturais e até de variadas civilizações, sendo, dessa forma a primeira ideia por trás do que se entende por constitucionalismo de hoje.

Acerca disso Canotilho expressa:

Constituem num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual (...) Implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (Apud MORAES, 2011, p. 3)

Assim, a grande razão dos direitos humanos fundamentais, nada mais é do que o resguardo da dignidade humana da forma mais abrangente possível.

Mas a caminhada até a realidade atual foi longa, afinal, foi somente no final do século XIX, em 1896, que houve o primeiro julgamento para proteção de uma menor; o “Caso Marie Anne” foi um momento fatídico no que remonta aos direitos das crianças e adolescentes, nesse caso, conforme conta João Batista Costa Saraiva (2002, p. 15).

Era de entendimento geral da época que os filhos nada mais eram que propriedade dos pais, os quais os agrediam como forma de medidas educativas. Nesse contexto, chegou ao conhecimento da sociedade de Nova Iorque que a menor de nove anos de idade vinha sofrendo castigos físicos dos pais, tendo sido uma situação tão degradante que gerou choque na época. Mas eis a situação mais notória do caso, pois a entidade que entrou em juízo em prol da menina foi a Sociedade Protetora dos animais, já que naquela época ainda não existia qualquer entidade para proteção de crianças. A defesa utilizada para que tal entidade pudesse representar a menina era que se ela fosse cachorro ou gato não deveria ser submetida a tal tratamento, imagine sendo pessoa.

O que se sucedeu foi que a entidade venceu, e com isso, o direito abre novos precedentes, dando às crianças caráter de ente que deve ser resguardado pelo Estado e em 1899 se instalou no estado de Illinois (EUA), o primeiro Tribunal de Menores do mundo.

Em questão de tempo outros países passaram a aderir ao modelo, chegando ao Brasil em 1923.

No entanto, demorou algum tempo até que o mundo conseguisse acertar a medida para a proteção de suas crianças e adolescentes, o que pode ser observado através de decisões tomadas no primeiro Congresso Internacional de Menores, que ocorreu em Paris no ano de 1911 que discutia relação entre carência e delinquência e o resultado das discussões acabou por ser discriminatória e pouco eficaz.

A Declaração dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, adotada em 1959 e que tem o Brasil como signatário e é um dos documentos mais importantes da atualidade no que diz respeito a proteção da criança e do adolescente, sendo este um dos primeiros que passou a realmente tratar da criança como sujeito de direito ao invés de objeto, e tutelar em favor de sua dignidade humana. De fato, em seu artigo 1º, estabelece que “para efeitos da presente convenção considera-se como criança, todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que em conformidade com a lei aplicável à criança a maioridade seja alcançada antes”, e esmiúça mais a questão em seu artigo 40:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;

II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado;

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

O que se percebe por este artigo é a prerrogativa de proteção do menor de dezoito anos de idade ao qual o Estado assume, que deve considerá-lo de maneira diferenciada quando for apená-lo.

A legislação internacional trouxe consigo ainda, três documentos para proteção dos direitos internacionais, são estes (i) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, de 1985, (ii) as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1990 e (iii) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, também de 1990, que em conjunto desenvolvem mudanças de paradigmas sobre os menores, os considerando sujeitos de direito de proteção integral, tendo, além de direitos humanos aplicáveis a toda pessoa, outros específicos de sua condição de ser em formação e desenvolvimento físico e cognitivo.

Enquanto isso, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto os artigos 227 e 228, os quais trazem direitos e garantias às crianças e adolescentes, que posteriormente vieram a ser reproduzidas e melhor desenvolvidas na Lei Federal n.º 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Dentre todos esses direitos conferidos a essas pessoas em formação, destaca-se a inimizabilidade penal, prevista no artigo 228 da Constituição, e que será o foco principal do presente estudo.

Este dispositivo estabelece que a idade penal inicia-se aos 18 anos e que o adolescente responde por seus atos na forma da legislação especial, ou seja, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas nem sempre foi assim.

O primeiro Código Penal brasileiro, o Código Imperial de 1830, fixava a maioridade penal em 14 anos; o advento da República provocou a edição do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, através do Decreto n. 847, de 11/10/1890, que estabelecia não serem criminosos “os menores de 9 anos completos;” e “os maiores de 9 anos e menores de 14, que obrarem sem discernimento”. Por sua vez, o Código de Menores de 12/10/1927, Decreto n. 17.943-A, assegurava inimizabilidade para o infrator que tivesse até 14 anos; acima dessa idade e menos de 18 anos aplicavam-se as disposições da nova lei, utilizando-se o critério biopsicológico.

Ou seja, houve diversas fases, desde a inimizabilidade absoluta até os 09 (nove) anos de idade, até a responsabilização especial prevista pelo ECA. E mesmo diante dessa longa transformação, há muitos que não acreditam que a maioridade penal adotada pelo ordenamento jurídico atual seja satisfatória.

Convém, no entanto, observar um pouco o que nos diz a experiência histórica, sobre a maneira como essa transformação se deu, mais recentemente a fim de nos atermos ao contexto do surgimento do Estatuto atual.

No início do século XX, o cenário político e social nacional era bastante conturbado, de modo que, inclusive, a preocupação com a criminalidade juvenil era crescente. Nesse contexto nascia a primeira codificação exclusivamente voltada para tratar dos interesses das crianças e adolescentes: Código de Menores do Brasil (Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927), também conhecido como “Código Mello Mattos”, em homenagem ao autor do projeto.

Segundo ele, a criança merecedora de tutela do Estado era o “menor em situação irregular”.

O Código revogado não passava de um Código Penal do “Menor”, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que na verdade, eram seres privados de seus direitos. Na verdade, em situação irregular, estão a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; o pai, que descumpru os deveres do pátrio poder; o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou o jovem. (LIBERATI, 1999, p. 13)

Verifica-se, assim, que o Código de Menores não garantia nenhum direito às crianças e aos adolescentes, preocupando-se tão somente em segregar aquele menor



que estivesse em situação irregular, de maneira semelhante como ocorre muitas vezes na prática com as penas do Código Penal.

Formalmente, crianças e adolescentes eram "inimputáveis" e o ordenamento não reconhecia expressamente que a medida jurídica a eles aplicada comportava "privação de liberdade". Mas, mesmo juridicamente, a estruturação do Direito do Menor comportava a aplicação de privação de liberdade - já que, embora sob outro nome, as características da medida de internação assim a conformavam - e, mais do que isso, fazia da privação da liberdade a regra, a ser aplicada imediatamente e sob mera suspeita da prática de crime: a internação era a medida que se aplicava de plano, quando se vislumbrava a suspeita de caracterização da chamada situação irregular (...) (MACHADO, 2003, p. 244/245)

É a mesma autora (2003, p. 246) quem alerta para o fato de que, sob a vigência do Código Mello Mattos, a situação de crianças e adolescentes era mais gravosa do que a dos adultos, pois aos primeiros não se assegurava nenhuma garantia penal e processual penal para a imposição judicial da medida de internação e para que fosse aplicada tal medida de segurança, nem sequer se exigia que crianças e adolescentes tivessem cometido crime, como se impunha para o adulto em face do artigo 76, I, do antigo CP, pela equiparação legal do desvio de conduta ao crime, nos moldes do caput do artigo 41 do Código de Menores.

Em suma, a inimputabilidade de crianças e adolescentes contemplada na sistemática anterior não era instituto que se fundava, ou visava garantir, a proteção de um sujeito que se reconhecia em situação especial. Pela própria estruturação dos ordenamentos anteriores, tal inimputabilidade visava proteger, isto sim, exclusivamente a sociedade, na linha da defesa social máxima da criminologia positivista mais autoritária. Essa inimputabilidade trazia em si um gravame para crianças e adolescentes, uma discriminação negativa quando cotejados aos adultos, eis que importava no afastamento do sistema de garantias, que, mal ou bem, ainda vigorava para estes. Já a inimputabilidade penal de crianças e adolescentes contemplada na Constituição de 1988 é completamente diversa, porque representa nítida discriminação positiva de crianças e adolescentes perante os adultos, que é uma especificação da dignidade humana peculiar de crianças e adolescentes, ligada ao primado do *suum cuique tribuere*, como referiu Bobbio, e, portanto, vinculada aos valores de igualdade e justiça do ordenamento. Daí a verdadeira ruptura operada no tratamento de crianças e adolescentes - também sob a ótica de conduta penalmente típica que possam ter - que representa grande avanço na efetivação dos chamados direitos humanos. (MACHADO, 2003, p. 246/247)

E essa discriminação positiva de crianças e adolescentes perante os adultos é a doutrina fundamental do Estatuto da Criança e do Adolescente: a doutrina da

proteção integral, que em harmonia com o artigo 227, caput, da Constituição Federal, preconiza a prioridade absoluta às questões atinentes à criança e ao adolescente, que se materializa, em especial, através das políticas públicas, dos planos e ações de governo e dos orçamentos públicos.

A partir da promulgação do Estatuto, as crianças e os adolescentes brasileiros são "sujeitos de direitos" e não mais objetos de suposta proteção (que na verdade não passava de tutela assistencialista ou repressora, substancializada nos centros de triagem (onde se tentava separar "abandonados" e "delinquentes") e nas instituições totais de abrigo, conforme observado na sistemática do Código de Menores).

A Doutrina da Proteção Integral reconheceu que todas as crianças e adolescentes, sem exceção e sem distinção ou discriminação de qualquer natureza, são sujeitos de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. A finalidade dessa doutrina é promover o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, criando condições que lhes permitam o exercício pleno da cidadania na fase adulta.

Com isso, verifica-se a notável melhora quando da mudança do Código de Menores para o Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, a criminalidade infanto-juvenil ainda aterroriza a população, levando muitos a desejarem que seja reduzida a maioridade penal no país.

## 2 SOBRE REDUZIR OU NÃO A MAIORIDADE PENAL

Para que fosse possível analisar a questão do âmbito exclusivamente jurídico, seria necessário buscar o respaldo no artigo 5º do Código Civil, que traz em seu texto a capacidade civil, a qual é possível transferir para a própria lei penal.

Assim, aquele que fosse considerado imputável a ponto de poder sofrer sanções do Estado em seu campo de maior gravidade, também o deveria ser em todos os outros campos que fariam dele um cidadão plenamente capaz. Mas isso não deveria ocorrer após a realização de ato punível, pois isso por si só é uma afronta à própria percepção de realidade explanada no Código Penal, em seu artigo 1º: “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”.

Se, de fato, não há lei que defina como crime o ato praticado por incapazes, então não se pode de forma alguma defini-lo após a sua ocorrência, sendo isso um ato que age contra a própria norma e até mesmo, contra a própria norma jurídica.

Assim, entende-se que a única forma de estender ao jovem a partir dos 16 anos de idade a imputabilidade por seus atos, seria transformá-lo em um completo cidadão desde essa época, com isso, assumindo que a maturidade traria, desde o serviço militar obrigatório, até a autorização de condução de veículos automotores.

Tendo isso em mente, outro ponto a se destacar seria o questionamento que se faz sobre como a atuação do Estatuto da Criança e do Adolescente não gera de fato medidas socioeducativas, por ser muito maleável de forma a não responsabilizar

adequadamente o menor infrator, no entanto, é interessante notar que algumas dessas medidas se assemelham, inclusive, às aplicadas pelo Código Penal, ou seja, aquelas aplicadas sob os adultos imputáveis, assim:

A prestação de serviços à comunidade, ilustrada no artigo 117 do ECA muito assemelha-se àquela do artigo 46 do Código Penal;

- A liberdade assistida (artigo 118 do ECA) possui grande correspondência com o *sursis* do direito penal, que suspende a execução da pena privativa de liberdade não superior a 2 anos e, no prazo de 2 a 4 anos;
- A semiliberdade (artigo 120 do ECA) possui similitude com o Instituto Penal Agrícola, ou Casa do Albergado do direito penal, vez que se destinam ao cumprimento de penas privativas de liberdade em regime aberto, conforme os artigos 33 do Código Penal e 91 e 93 da Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84);
- A internação (artigo 121 do ECA), mais grave das medidas aplicadas aos adolescentes infratores, assemelha-se a pena de prisão dos adultos, vez que priva os adolescentes de sua liberdade, mas em estabelecimentos especiais para menores. (BASTOS, 2012, pp. 72-73; apud DEL-CAMPO; OLIVEIRA, 2006, p. 150-161).

O que diferenciara basicamente as penas aplicadas aos jovens e as estabelecidas no Código Penal serão: o tempo em que se dará a restrição de liberdade, que não deve exceder três anos, o fato de o local onde os jovens serem detidos não poder ser o mesmo que os plenamente capazes e a não computação do crime cometido pelo menor em seus antecedentes. Ao que parece, no entanto, nenhuma dessas medidas se faz meramente como um abrandamento, mas como maneiras válidas de reinserção do jovem de volta à sociedade, ao invés de impor mera punição, tendo em vista que este ainda necessita de um ambiente saudável para sua formação, e quão prejudicial poderia ser mantê-lo em um ambiente como esse por longos períodos de tempo, sem contar, a dificuldade que seria inserir este jovem no mercado de trabalho, se, no início de sua vida, ele já fosse marcado com seus antecedentes criminais.

Estes apontamentos são resultados de conclusões paradigmáticas nos campos da criminologia e da sociologia: a redução da maioridade penal, antes de reduzir a criminalidade produz um efeito inverso, gerando uma precocidade significativa na intensidade dos crimes cometidos por jovens (ESTEVÃO, 2007).

Diante disso, são necessários investimentos para o efetivo funcionamento do ECA, tal como visionado em sua criação, em conjunto com ações sociais que proporcionem ao jovem um ambiente sadio e estruturado para seu desenvolvimento, a fim de que se chegue mais próximo de uma solução do que a aplicação de medidas mais graves, cuja solução terá, no máximo, uma redução a curto prazo da violência e,

a longo prazo, criará somente jovens adultos com um futuro já danificado desde cedo, além de um possível aumento da criminalidade no futuro.

Sobre o assunto, o que prevalece é a visão de que a redução da maioridade penal é inconstitucional, tendo como base, principalmente, nossa lei maior, a qual afirma que a afronta a seu conteúdo significaria afrontar as cláusulas pétreas de nosso ordenamento jurídico, sendo isso amparado pelo art. 60, §4º, inc. IV da CF que enuncia: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”.

Sendo esta questão diretamente ligada ao essencial princípio da dignidade humana e por essa razão imodificável.

Trata-se, portanto, de garantia individual, com caráter de fundamentalidade, pois diretamente ligada ao exercício do direito de liberdade de todo cidadão menor de dezoito anos. E não se pode olvidar que a liberdade sempre está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em relação às crianças e adolescentes, pois foram reconhecidos como merecedores de absoluta prioridade da atenção da família, da sociedade e do Estado, em face da peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento (BASTOS, 2012, p. 61).

Devido a sua relação tão inerente, em muito se confundem direitos fundamentais e direitos humanos, no entanto seu discernimento é fundamental para o entendimento dessa questão, bem como o fato de ambos serem inalienáveis e essenciais ao ser humano, dessa forma, apesar de sua diferenciação ser basicamente formal, sua prerrogativa está diretamente ligada ao que é básico do ser humano.

Os termos direitos humanos e direitos fundamentais muitas vezes são empregados como sendo sinônimos, mas não se confundem, pois se entende por humanos aqueles valores ínsitos à pessoa humana, indispensáveis ao seu desenvolvimento em sua tripla dimensão bio-psíquica-espiritual, não necessariamente positivados pelas Cartas Constitucionais. São conteúdo ou materialidade dos assim chamados direitos fundamentais, que dão a formalização nas ordens jurídicas internas a tais conteúdos jurídicos (BROCHADO, 2006, p. 122).

Os direitos humanos tratarão, então, daquilo que o ser humano tem como mais precioso em relação à sua dignidade e, sendo tratados na lei maior brasileira e por ela sendo impostos e reconhecidos através dos direitos fundamentais, é possível uma positivação formal que a valida e legitima perante o Estado e toda pessoa humana.

O fato é que, quando se observa o exponencial crescimento de jovens submergidos na vida de crimes, grupos tendenciosos à redução da maioridade penal, se veem ainda mais inclinados para tal raciocínio, sustentando que os jovens de 16 anos de idade atualmente já têm entendimento suficiente de suas ações para que

sejam imputáveis por elas, tendo em consideração a ineficácia que certas punições do Estatuto da Criança e do Adolescente apresentam como medidas socioeducativas. De acordo com este grupo de pessoas, as punições são muito brandas e o jovem dos dias atuais já é totalmente capaz de entender suas próprias ações.

O nosso sistema jurídico trabalha com o critério biológico para tratar da incapacidade de entendimento no momento de cometer um crime, dessa forma, até os 18 anos de idade todo ser humano é sujeito à legislação especial. O ECA estabelece, então, que adolescentes, entre doze e dezoito anos, responderão por seus atos infracionais com medidas socioeducativas, já para os menores de doze anos somente serão tomadas medidas de proteção. Dessa forma estabelece a jurisprudência:

Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa. Art. 121, § 5º, do Estatuto: não derrogação pelo novo CC: princípio da especialidade. Regime de semiliberdade. Superveniência da maioridade. Manutenção da medida: possibilidade. Precedentes. Habeas indeferido. Não se vislumbra qualquer contrariedade entre o novo CC e o ECA relativamente ao limite de idade para aplicação de seus institutos. O ECA não menciona a maioridade civil como causa de extinção da medida socioeducativa imposta ao infrator: ali se contém apenas a afirmação de que suas normas podem ser aplicadas excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º). Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o ECA, que é norma especial, e não o CC ou o CP, diplomas nos quais se contém normas de caráter geral. A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes." (HC 94.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, DJE de 3-10-2008.) No mesmo sentido: HC 96.355, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 10-5-2013; HC 94.939, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 14-10-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009.

No entanto, outros critérios são observados e por muitos até considerados mais aptos a julgar a situação da maioridade penal. São eles:

O sistema psicológico, que leva em consideração se, no momento do crime, o agente tinha capacidade de compreensão e atuação do ato, sendo, de acordo com as palavras de Mirabete (2003, p. 67) “apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental ou distúrbio psíquico patológico”, por esse motivo é um “critério pouco científico, de difícil averiguação”.

Há, por fim, o critério biopsicológico, que é a junção dos outros dois, onde traz a inimputabilidade em caso de doença mental ou não possuía capacidade de compreensão ou de atuação de acordo com o ato praticado. Damásio (2003, p. 125) sobre o assunto fala, “só é inimputável o sujeito que, em consequência da anomalia mental, não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou determinar-se de acordo com esta compreensão”. Sendo dessa forma, imputável de seus atos, somente aquele que tem compreensão do caráter criminoso do ato.

Sendo este talvez o mais interessante, pois avalia não só o desenvolvimento mental do menor, mas também sua capacidade de entendimento de sua atuação.

Porém, dadas as dificuldades em se apurar e comprovar a capacidade de compreensão das crianças e adolescentes, o sistema biológico se afigura o mais acessível, apesar das várias injustiças que um critério meramente formal e objetivo possa vir a possibilitar.

Cumpre anotar também que, igualmente, com esse critério é possível estender a incidência da proteção integral, para se resgatar um maior número de jovens, como se observará no próximo capítulo.

### 3 CRIANÇAS E ADOLESCENTES TÊM JUÍZO?

Como apresentado no capítulo anterior, há bastante controvérsia acerca da redução da maioridade penal no país, sobretudo quando casos de criminalidade e violência envolvendo menores infratores encham os noticiários, causando apreensão e medo nos cidadãos brasileiros.

No próprio documentário “Juízo” encontramos vários exemplos de atos infracionais que pela sua gravidade, parecem merecer serem qualificados como verdadeiros crimes: as jovens mães que roubaram a câmera fotográfica de um turista estrangeiro, o adolescente que roubou uma bicicleta em posse de arma de fogo, o filho menor que matou o próprio pai desferindo-lhe facadas no peito enquanto este dormia...

Diante de histórias tão chocantes, parece difícil crer que esses menores ainda sejam crianças e não tenham plena consciência dos próprios atos, pois tamanha ousadia e crueldade não são comuns a jovens inocentes, pelo contrário, seriam eles verdadeiros inimigos da sociedade, perturbadores da paz social e, assim, mereceriam as duras penas da lei, com a redução da maioridade penal.

Ocorre que, conforme já dizia Sófocles, devemos educar as crianças e assim não será necessário punir os homens.

Por certo, atualmente, conforme prescreve o artigo 59 do Código Penal, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. “Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais” (GRECO, 2012, p. 473).

Nossa lei penal adota, portanto, a teoria mista ou unificadora da pena, segundo a qual a pena conjugaria a necessidade de repressão e prevenção do crime, servindo ao mesmo tempo como uma retribuição compensatória, equivalente à gravidade do crime em duração e intensidade, assim como um meio de prevenção para coibir os concidadãos de virem a realizar tal prática e inibir o próprio infrator de voltar a delinquir (GRECO, 2012, p. 473/475).

Porém, não é possível conferir tal tratamento aos menores, pois, como já tratado anteriormente, vigora em nosso ordenamento jurídico a doutrina da proteção integral, que levando em conta que a criança e o adolescente são pessoas ainda em formação, confere-lhes proteção e cuidados especiais.

Este tratamento especial vem expresso na Constituição Federal, em seu artigo 227, caput e parágrafos:

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) (grifo nosso)

Enquanto no que se refere especificamente à inimizabilidade penal da criança e do adolescente, a Carta Magna traz: “art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

No mesmo sentido é o que se encontra no Código Penal em seu artigo 27 (“Art. 27. Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 104, caput (“Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.”).

Todavia, para o presente estudo vamos nos ater tão somente ao dispositivo constitucional.

Primeiramente, conforme nos ensina José Afonso da Silva (2005, p. 46):

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Dessa forma, como decorrência do princípio da supremacia da Constituição, ela impõe limites a serem observados ao legislador, a fim de resguardar aqueles valores tidos como mais importantes ao povo e como tais, consolidados no Texto Fundamental.

Esses limites se afiguram através de um processo de elaboração e edição desse texto distinto e mais complexo do que aquele previsto para as normas infraconstitucionais. “Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade, ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.” (BARROSO, 2012, p. 63).

No Brasil, para a reforma da Constituição, exige-se um procedimento especial, sendo a emenda proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Necessária também sua discussão e votação em dois turnos, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, com um quórum de aprovação de pelo menos 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, nos termos do artigo 60 e seus parágrafos da Constituição Federal.

Porém, não bastasse isso, há ainda alguns valores que são considerados mais que especiais e, portanto, não são passíveis de reforma pelo poder derivado. Essas matérias, que não podem ser objeto de emenda constitucional se encontram no artigo 60, §4º da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso)

Tratam-se, portanto, de cláusulas pétreas, de caráter permanente, insuscetíveis de modificação mesmo por emenda constitucional.

Conforme se verifica no inciso IV, não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais. Mas o que seriam esses direitos e garantias fundamentais?

De maneira expressa, eles vêm dispostos no artigo 5º do texto constitucional, porém, de maneira nenhuma eles se limitam a esse rol.

Novamente, dos ensinamentos de José Afonso da Silva (2005, p. 178):

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento



jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

Assim, à medida que os direitos fundamentais são todos aqueles necessários à existência digna, livre e igual das pessoas, não seria justo que os direitos das crianças e dos adolescentes, pessoas em desenvolvimento e que, nessa condição, gozam de proteção especial, nos termos do artigo 227 constitucional, não sejam também considerados fundamentais tão só pelo fato de estarem apartados do artigo 5º do mesmo texto.

Com efeito, diz o parágrafo 2º do artigo 5º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Este parágrafo permite concluir que a própria Constituição Federal admite que apresenta direitos e garantias individuais ao longo de todo o seu texto e, assim, o rol do artigo 5º não é exaustivo. Dessa maneira, direitos e garantias concernentes com os princípios da própria Constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil integram o rol de direitos fundamentais, mesmo estando fora de sua lista, e são também dignos de maior proteção, configurando também cláusulas pétreas.

Destarte, os direitos das crianças e dos adolescentes são igualmente direitos fundamentais e cláusulas pétreas da Constituição.

Da mesma forma, o dispositivo de sua imputabilidade penal tem guarida constitucional (art. 228, CF), o que significa que, *a priori*, só poderia sofrer mudança através de projeto de Emenda Constitucional. Mas mais do que isso, essa regra é igualmente um direito fundamental, posto que decorre da necessidade de proteção integral desses sujeitos de direito em formação, e como tal, também constitui cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico.

Com isso, em que pesem os argumentos apresentados no capítulo anterior, já se verificaria descartada a possibilidade de se proceder à redução da maioridade penal, sem que se convocasse uma nova assembleia constituinte.

Porém, essa razão não satisfaria de maneira alguma a parcela da população que se vê temerosa da criminalidade envolvendo menores infratores, deseja soluções práticas, e não de meras razões de direito (tão abstratas e aparentemente inatingíveis), cobiçando de preferência que esses “marginaizinhos” fiquem

segregados da sociedade, enclausurados como qualquer outro perturbador da paz social.

No entanto, conforme já exposto no primeiro capítulo, quando da vigência do Código de Menores, as crianças e adolescentes, apesar de também não se sujeitarem ao Código Penal, devido à sua inimputabilidade penal, recebiam tratamento semelhante, senão pior, que aquele direcionado aos criminosos adultos.

E isso não impediu que elas crescessem para se tornarem maiores infratores na idade adulta, nem evitou a crescente onda de crimes envolvendo esses sujeitos em formação (criminalidade esta crescente e mais violenta a cada dia).

Assim, a experiência nos mostra que a mera responsabilização penal das crianças e adolescentes não traz muitas vantagens, além da temporária segregação e consequente (falsa) sensação de segurança e justiça.

Os jovens são o futuro do país e por isso não podemos desistir deles. Em respeito a sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, deve ser lhes destinado um cuidado redobrado, pois ainda há tempo e possibilidade de resgatar essas crianças e adolescentes para que tenham um futuro saudável como cidadãos.

E é para isso que existe o Estatuto da Criança e do Adolescente, para lhes assegurar direitos, mas também para lhes impor deveres, a fim de se tornarem cidadãos conscientes e responsáveis.

Até então, as crianças e adolescentes eram tratadas como meros objetos, conforme já estudado acima, mas eles são na verdade sujeitos de direitos, ainda que em formação.

Em razão desse tratamento especial garantido às crianças e adolescentes, muitas pessoas acreditam erroneamente que o ECA só lhes confere direitos, isentando-os de quaisquer deveres ou obrigações, inclusive livrando-os de qualquer responsabilidade por eventuais atos criminosos que venham a praticar.

Nesse sentido, considerando-se que aos menores de 18 anos se garante a inimputabilidade penal, o sistema de tratamento do fato criminoso praticado por crianças e adolescentes instituído pela Constituição pode ser considerado "protetor", posto que afastou o rigor da pena criminal.

Mas é basicamente sob tal ângulo que o sistema constitucional é "protetor". Do ponto de vista da natureza da ação do Estado quando trata o crime praticado por crianças e adolescentes, da natureza da resposta, da sanção que se aplica ao adolescente autor de crime, o sistema é repressivo, embora o grau de repressão estatal da conduta individual do adolescente seja mais brando do que aquele empregado para a conduta do adulto. Ora, se a própria Constituição admite a privação de liberdade, não se poderia entender de outra maneira, mesmo considerando-se que a lei maior quis que tal privação de liberdade fosse diversa, excepcional e breve. (MACHADO, 2003, p. 234)

Assim, a postura do Estatuto é bem distinta da ideia que muitos têm de que a Justiça vai apenas “passar a mão na cabeça” do menor infrator e perdoá-lo sem maiores consequências. Muito pelo contrário, o sistema do ECA é repressivo, tanto quanto o Código Penal, porém de maneira diferenciada e prezando primordialmente pelas funções educativas das penas.

(...) Ruiu a confusão conceitual carência/delinquência e seu corolário de que a natureza da medida imposta ao jovem que praticou crime era protetiva. O fato que está na base da intervenção do Estado quando segrega o adolescente é o mesmo que leva à segregação do adulto: o CRIME. Mais. E em face da prática do crime que se aplica uma sanção, mesmo que essa sanção, quando se trata do inimputável em razão da idade, seja diversa da pena criminal. E, mais ainda - não podemos tergiversar sobre isso, ambas as sanções, embora distintas, comportam igualmente privação da liberdade. (MACHADO, 2003, p. 235)

Isso porque, na hipótese de o adolescente (não criança, ou seja, somente são aplicáveis para atos cometidos a partir dos doze anos de idade) vir a praticar algum ato subsumível em uma tipologia de crime ou contravenção, nos termos do artigo 103 do ECA, será-lhe aplicada uma medida socioeducativa, que não deixa de ser uma espécie de medida de proteção, porém voltadas a situações de criminalidade juvenil.

Essas medidas socioeducativas encontram-se no rol taxativo do art. 112 do Estatuto:

I) Advertência (art. 115/ECA) consistirá em admoestação oral durante entrevista com o juiz da Vara da Infância e Juventude, aplicável às infrações de menor potencial ofensivo com o fito de alertar os pais para as atitudes do adolescente.

II) Reparação do dano (art. 116/ECA) será cabível nas lesões patrimoniais como forma de despertar o senso de responsabilidade do adolescente acerca do bem alheio.

III) Prestação de serviços à comunidade (art. 117/ECA) consiste em uma forma de punição útil à sociedade, onde o infrator não é retirado do convívio social, e passa a desenvolver tarefas proveitosas ao seu aprendizado e à necessidade social.

IV) Liberdade assistida (art.118/ECA) é aplicada quando se entende que não há necessidade para internação e sim uma maior fiscalização e acompanhamento do adolescente. Nesse caso, o jovem não é privado do convívio familiar, apenas sofre restrições a sua liberdade e direitos, ficando sob a fiscalização de um orientador.

V) Semiliberdade (art.120/ECA) pode ser determinada como medida inicial ou de transição da internação para o meio aberto - em qualquer uma das hipóteses, a medida é acompanhada de escolarização e profissionalização.

VI) Internação, a qual não comporta prazo determinado, uma vez que a reprimenda adquire o caráter de tratamento regenerador do adolescente, mas tem um máximo de 90 dias. (art.121/ECA) Hipóteses de aplicação: quando I - tratar-se de

ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Além de qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI: trata-se das medidas específicas de proteção, como encaminhamento aos pais, frequência obrigatória a estabelecimento de ensino, programas comunitários, tratamento médico e psicológico, abrigo e família substituta.

Em síntese, a premissa jurídica estrutural do sistema especial de proteção da liberdade de crianças e adolescentes é a inimputabilidade penal. Mais ainda, uma inimputabilidade que tem contornos muito específicos: ela não apenas afasta a incidência da pena criminal, mas impõe que a sanção seja juridicamente conformada pela lei ordinária com obediência ao "princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento"; ou seja, observando as especificidades da personalidade infanto-juvenil, para valorizá-la em sua dignidade especial. (MACHADO, 2003, p. 244)

Assim, embora a criança (menor de 12 anos) não possa sofrer qualquer medida socioeducativa, em razão do princípio da absoluta irresponsabilidade, ela pode ser colocada em um abrigo ou em um lar substituto, mediante a aplicação de medidas protetivas, previstas no rol exemplificativo do artigo 101 do Estatuto.

Já no que se refere ao adolescente, quando este comete um ato infracional (conduta equiparada a crime/contravenção), ele pode ser internado e a internação é a medida mais drástica, mais dura, equivalente a uma prisão para o adulto.

Dessa forma, apesar de muitos desejarem que se apliquem as duras penas do Código Penal aos menores infratores, na verdade, o próprio ECA já prevê também consequências tão gravosas quanto a privação da liberdade – a internação seria apenas um nome menos aviltante.

Conforme visto no documentário “Juízo”, as condições das instituições onde os adolescentes ficavam internados assemelham-se em muito às penitenciárias.

Além disso, enquanto se afirma que o Estatuto só conferiria direitos aos menores, cumpre observar que, na verdade, também o Código Penal atribui muitos direitos aos infratores adultos.

Com efeito, se a Lei nº 8.069/90 pormenorizou com bastante extensão os direitos-garantias de natureza processual-penal de crianças e adolescentes (v.g., arts. 106, 107, 108, 109, 110, 111, 114, 172, 174, 175, 178, 179), foi muito tímida na pormenorização dos direitos-garantias de natureza penal. A uma, porque nem sequer toca na questão relacionada à culpabilidade (...). A duas, porque o Estatuto adota uma sistemática não-rígida de sancionamento - não há uma régua rígida de reprovabilidade de cada conduta, baseada nas características objetivas do fato, previamente estabelecida na lei e idêntica para todos os agentes, ou seja, não há uma

ligação necessária de um fato típico específico a uma sanção específica, facultando-se ao julgador escolhê-la (MACHADO, 2003, p. 247/248)

No entanto, não obstante as falhas do ECA, ele ainda se afigura mais adequado no cuidado com as crianças e os adolescentes. Pois,

numa grande síntese: o adolescente é ser humano que está em processo de construção de suas potencialidade adultas; está formando sua personalidade (construindo as estruturas mentais que possibilitam a existência dela), aprendendo os valores sociais mínimos à convivência do grupo, introjetando esses valores e construindo os mecanismos internos de controle dos próprios impulsos para adequar sua conduta aos valores sociais (construindo a autodisciplina). (MACHADO, 2003, p. 241)

Conforme explica a professora Martha de Toledo Machado (2003, p. 241), mostra-se necessário um tratamento diferenciado, voltado especialmente para o menor, diante da incapacidade (ou mesmo capacidade diversa) do adolescente de entender, querer e comportar-se diante do evento "crime", quando comparado ao adulto; de outro lado, exatamente porque a personalidade do adolescente ainda está se cristalizando, esse ser humano especial ostenta característica ímpar, que é a maior potencialidade de transformação de seu próprio comportamento, quando comparado ao adulto, o que justifica que não se lhe dê a mesma responsabilização que a destinada a este.

O ideal é que sejam garantidos e efetivados todos os direitos fundamentais conferidos às crianças e aos adolescentes, tanto pelo texto constitucional, quanto pelo ECA, a fim de que não falte nada na boa formação desses jovens e que eles possam crescer e se desenvolver como cidadãos de bem.

Porém, se essa garantia falha, convém que sejam aplicadas as medidas protetivas, conforme dispõe o Estatuto no artigo que segue:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

- VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)
- IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Perceba-se que essas medidas buscam resgatar as crianças e adolescentes que tiverem seus direitos fundamentais violados ou ameaçados, ou seja, quando se encontrarem em situação de risco pessoal ou social na forma do disposto no art. 98 do ECA, principalmente através de ações que envolvam a família e a escola.

E nisso consiste o diferencial da aplicação do Estatuto, em melhor serventia do que o código Penal, pois antes de se responsabilizar o menor infrator, por condutas que, muitas vezes, ele nem tem condições de compreender completamente, o sistema de proteção integral buscar tentar corrigir as falhas e conceder-lhe os direitos necessários para que não volte ao crime.

Mas, se mesmo assim, ainda não for possível resgatar o adolescente, e ele acabe praticando um ato infracional, devem ser aplicadas as medidas socioeducativas), pois é necessário educá-los para que possam saber das consequências de seus atos, que serão mais graves se as praticarem como adultos.

Críticos do ECA e pessoas favoráveis à redução da maioridade penal acreditam que não há responsabilização pelos atos das crianças e adolescentes, mas há sim, o que acontece é que se procura principalmente resgatá-los, ao invés de simplesmente castigá-los.

No documentário “Juízo”, este título pode significar diversas coisas relacionadas à longa-metragem, como o próprio juízo que acompanhamos durante ele, no sentido da própria vara da infância, onde são realizadas as audiências. No entanto, o sentido mais adequado e condizente com o que se buscou apresentar neste estudo, seria o de bom senso, pois, infelizmente, apesar de possuímos um sistema de proteção à infância e juventude dos mais modernos do mundo, ainda há muitas pessoas contrárias a ele.

Isso porque, apesar de, como visto ao longo deste trabalho, na teoria, o Estatuto da Criança e Adolescente ser um sistema muito bem elaborado, falta-lhe prática, tanto pela incompetência ou incapacidade do Estado em realizar políticas públicas, como pela sociedade que já se vê descrente e desesperançada dessas novas gerações.

Ao invés de se intentar impor juízo sobre esses jovens, retirando-lhes sua inocência presumida e imputando-lhes as responsabilidades adultas, melhor seria a própria sociedade criar juízo e se empenhar em aplicar as disposições no Estatuto, sem simplesmente desistir dele, nem das crianças e adolescentes.

## CONCLUSÃO

Desde há muito tempo, vêm se desenvolvendo os direitos das crianças e adolescentes, de tal forma que, se em um primeiro momento eles eram tão somente objetos de direitos, atualmente, eles são sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, como qualquer outro ser humano, diferenciando-se apenas pela sua absoluta prioridade, em face de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento.

Por outro lado, a criminalidade do menor infrator ainda é um problema que assola o Brasil, e diante dessa realidade, muitos se posicionam a favor da redução da maioridade penal, por acreditarem que seres capazes de tamanha crueldade possuem plena consciência de seus atos e deveriam, portanto, responder por eles como adultos.

Todavia, a redução da maioridade penal não irá reduzir o problema da criminalidade infantil.

Como se observa ao analisar o trato dessa problemática ao longo da história do Brasil, já houve um tempo em que a maioridade penal se verificava aos nove anos de idade, e nem por isso, as penas aplicadas à época conseguiram cumprir satisfatoriamente as funções da pena, a saber, retributiva e preventiva contra o crime.

A experiência mais recente com o Código de Menores aponta que a mera segregação dos menores infratores gera efeitos tão somente a curto prazo, possibilitando uma momentânea paz social, porém, a doutrina da situação irregular não se mostrou efetiva o suficiente.

Com efeito, quem se afigurou como em situação irregular não eram as crianças e adolescentes, mas a própria sociedade que não conseguia formar bons cidadãos e se viu intimidada com seu próprio futuro.

Nesse contexto, de grandes conturbações sociais foi promulgada a Constituição cidadã, que garante diversos direitos aos brasileiros e, em especial, aos jovens brasileiros, expressa nos artigos 227 e 228 do texto constitucional, e assegurada como cláusula pétrea, a salvo de qualquer oposição, mesmo através de emenda.

Tal proteção diferenciada foi consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que não apenas confere direitos, mas também deveres e prevê medidas que visam a efetivá-los.

Como visto, ao menor são aplicadas medidas protetivas, que se cumpridas do modo previsto na legislação pode solucionar o problema melhor do que a redução da maioridade penal, à medida que elas visam ao resgate do menor através da escola e da família.

Porém, se ainda assim, o adolescente (observe que a criança nunca poderá ser propriamente “castigada”, mas sempre tão somente reeducada) vier a praticar qualquer ato que se assemelhe a crime ou infração penal, ela será sim devidamente

responsabilizada, através das medidas sócio protetivas, sendo a internação a medida mais gravosa possível, devido às suas semelhanças coma prisão para os adultos.

Dessa forma, melhor seria se o Estado investisse em políticas públicas na área de educação, cultura, saúde e lazer, assegurando os dizeres constitucionais e cumprindo a função de Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da . 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Angélica Barroso. DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: As contribuições do Estatuto da Criança e do Adolescente para a efetivação dos Direitos Humanos infanto-juvenis. Dissertação de Mestrado em Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2012.

BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ESTEVEÃO, Roberto Freiria. A redução da maioridade penal é medida recomendável para a diminuição da violência? – Revista Doutrina Penal, Rio de Janeiro, v. 55, nº 361, pp.117-123. Novembro/2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIBERATI, Donizete. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MACHADO, Martha de Toledo. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos. Barueri: Manole, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. 22ª Edição Revista e Atualizada por Renato N. Fabrini. Editora Atlas, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Sócio-educativas. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.



## **A DEFESA (PÓSTUMA) DE JOÃO DE SANTO CRISTO: SANTO PORQUE SABIA MORRER**

*Geraldo Rodrigues da Silva Neto  
Hugo Pires*

Como citar esse artigo:

SILVA NETO, Geraldo  
Rodrigues da; PIRES,  
Hugo. A defesa  
(póstuma) de João de  
Santo Cristo: Santo  
porque sabia morrer,  
in BERNARDI, R.;  
SALIBA, M. G.;  
BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

### **Biografia das autoras:**

*Geraldo Rodrigues  
SILVA NETO  
Graduado em Direito  
pelas Faculdades  
Integradas de  
Ourinhos*

*Hugo PIRES  
Graduado em Letras  
pela Universidade  
Estadual do Norte do  
Paraná*

### **RESUMO:**

Almeja-se apresentar a defesa póstuma de João de Santo Cristo a partir de um patrono *post mortem*, buscando-se, para tanto, alicerce na teoria do etiquetamento social, a fim de realizar com êxito a tarefa de jungir ao Direito a história de um menino pobre que não se encaixava aos moldes da sociedade e não entendia como a vida funcionava, discriminação por causa da sua classe e sua cor, que conheceu desde muito cedo o significado da dor e incutiu em si a ideia de que nascera para ser bandido.

**Palavras-Chave:** Discriminação; Direitos Fundamentais; Teoria do etiquetamento social.

### **ABSTRACT:**

Aims to present a defense posthumous John de Santo Cristo from that of a patron post mortem , searching for , therefore, foundation in the theory of social tagging in order to successfully accomplish the task of yoke with the law the story of a poor boy who did not fit the mold of society and did not understand how life worked, discrimination because of their class and their color , who knew from an early age the meaning of pain and instilled in him the idea that was born to be bad guy.

**Keywords:** Basic rights; Discrimination; Labeling approach.

## INTRODUÇÃO

Nobre leitor, vivo ou morto, é João Pessoa Cavalcanti de Albuquerque que nessa oportunidade apresenta a defesa (póstuma) de João de Santo Cristo, crescido naquele Faroeste Caboclo que o levou à morte na capital de Pindorama, como eu gosto de chamar esse Brasil. O leitor já deve saber, e talvez eu nem precisasse informá-lo, na vida fui advogado e me aventurei na política(1), onde tentei fazer algumas benesses para o meu país, o que me valeu a honra de nomear a capital da grande e maravilhosa Paraíba, antiga Nossa Senhora das Neves, donde vim, além de me render o posto de Defensor Público *Post Mortem*, o que, em outras palavras, me confere a capacidade postulatória para defender perante o Juízo Máximo aqueles sucumbidos que estão a um passo de serem condenados a serem almas penadas durante toda a eternidade.

Antecipadamente, devo alertar algumas observações de suma importância para a compreensão da defesa, ora proposta: em primeiro plano, muito embora eu tenha nascido nos idos anos de 1878 e, com total razão, tenha estudado a Língua Portuguesa, organismo vivo que é, com outra roupagem, não se atemorize com a falsa lógica de que os vernáculos deste trabalho serão os mesmos que eu utilizava durante a minha Faculdade de Direito do Recife, de modo que não direi “cousa” ou “vosmicê” para dizer alguma coisa a você.(3) Ademais, não pense que encontrará nas linhas abaixo algo primoroso como as memórias póstumas do Brás Cubas, tampouco se empolgue com a ideia do julgamento à moda João Grilo, no Auto da Compadecida, porque aquilo é cena de filme, na vida real o Supremo Tribunal Celeste anda é muito abarrotado com causas e mais causas de menor potencial ofensivo.(3) Estamos é precisando de um Juizado Especial por essas bandas, mas isso é outra questão. Por último, não creia que se trate de um trabalho do além, ligado a forças estranhas, porque isso aqui é só uma defesa (lúdica) postulada postumamente, nada mais que isso.

Por ora chega de apresentações, o meu cliente clama pela salvação da sua alma, e eu, João Pessoa, irei apresentar a sua defesa com os argumentos colhidos da sua vida, pois se “o povo declarava que João de Santo Cristo era santo porque sabia morrer, a alta burguesia da cidade não acreditou na história que eles viram na TV”(4), o que dificulta o meu trabalho, mas vida de advogado é assim mesmo, quanto mais difícil a pelega, mais honrosa a defesa.

A história de João de Santo Cristo se confunde com a de milhares de brasileiros que são estigmatizados pelo controle social imposto pelas vias formais (Polícia, Poder Judiciário, penitenciárias etc) quando os meios informais (família, escola, religião etc) falham na formação do indivíduo esperada pela sociedade(5).

Sem perder de foco a trajetória do sucumbido, apresentar-se-á brevemente a teoria do *labelling approach*, que despontou na Criminologia a partir da década de 1970, para demonstrar a intrínseca relação com os infortúnios de João

de Santo Cristo em sua via-crucis até Brasília, onde fora a fim de falar com o Presidente pra ajudar toda essa gente que só faz sofrer.

Trata-se, pois, de uma vida vivida em meio a dor, discriminação, luta e amor; e, quase sem querer, tem uma afinidade encantadora com a teoria supramencionada, sendo justamente essa magia, aliada a uma tentativa de análise jurídica consistente, o foco dessa defesa nas linhas por vir.

## 1 – BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA TEORIA DO LABELLING APPROACH E O ETIQUETAMENTO DO INDIVÍDUO

Como se faz um homem?(6) Eis a questão suscitada pelo poeta mineiro Carlos Drummond de Andrade, e que em grande medida envolve toda a temática abordada pela teoria do *labelling approach*, a qual, na década de 1970, levantou a lebre de que o homem é aquilo que a sociedade lhe atribuiu. Mas a questão ainda não está totalmente respondida, afinal, como se faz um homem?

O homem é feito daquilo que fizeram dele, numa espécie de interacionismo simbólico onde se afigura inviável considerar a natureza humana e a sociedade como dados estanques ou estruturas imutáveis (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 344). Portanto, a identidade do indivíduo tenderá a equivaler-se às consequências deste interacionismo entre o ser e o social.

Neste passo, evidencia-se que um homem se faz com base na sua esfera de relacionamentos enquanto ser gregário que é. Pois bem! A partir disto tem-se a criação de normas de controle social que regulem tais relações interpessoais, a fim de que se anuncie o comportamento adequado dos indivíduos conforme aguardado pela sociedade.

Esse controle social se configura de duas maneiras distintas, porém comunicáveis, quais sejam: pela via informal, que nada mais é senão o controle realizado por meio da família, das escolas, da religião, do grupo de amigos etc.; e pelo controle formal, que se efetiva por meio da Polícia, das prisões, do Ministério Público, do Poder Judiciário, entre outros. O cenário fica fácil de ser compreendido quando, em poucas palavras, se resume a atuação destes dois modelos, uma vez que na falha do controle informal sobre a formação do indivíduo, entra em ação o controle formal munido de poder coercitivo e que age sob o fito de impor sanções estatais estigmatizantes ao agente descumpridor das normas legais.

Neste ritmo, note que se inverte o pólo da pergunta levantada pelo poeta mineiro, para se inquirir não mais como se faz um homem, mas como deste homem nasce um criminoso perante a sociedade. E mais que isso, a teoria do *labelling approach* vai dizer que:

[...] o indivíduo se converte em delinquente não porque tenha realizado uma conduta negativa, senão porque determinadas instituições sociais

etiquetaram-lhe como tal, tendo ele assumido referido *status* de delinquente que as instituições de controle social distribuem de forma seletiva e discriminatória. Por isso, a teoria do *labeling approach* não é uma teoria da criminalidade, senão da criminalização, que se afasta do paradigma etiológico convencional e potencia ao máximo o significado das chamadas desviações secundárias ou carreiras criminais (GOMES; MOLINA, 2000, p. 307).

Perceba, vigilante leitor, que na medida em que o agente carrega consigo a sua formação cultural angariada nos anos de vivência entre o seu grupo de convívio, e passa por meio de suas condutas a frustrar a expectativa social em relação a ele, dá-se a origem de um conflito entre estrutura cultural e estrutura social, de modo que as origens do indivíduo são fatores determinantes neste processo seletivo de etiquetamento. Isso implica aferir que a sociedade escolhe quem ela deseja estigmatizar, pois há crimes que nem sequer são revelados ou investigados, e seus autores, muito embora tenham cometido um delito e transgredido as leis, não são punidos e tachados de criminosos; de tal sorte que não se trata mais de analisar apenas a criminalidade, mas compreender o processo de criminalização de determinadas e selecionadas pessoas.

Como se observa, a teoria do *labelling approach* não almeja analisar o perfil criminoso do agente, mas demonstrar quão forte e influente é o impacto da pressão social sobre o indivíduo, que alfim formará sua identidade pessoal com base nos estigmas que a sociedade lhe impôs.

Neste sentido:

Tratar uma pessoa – escreve BECKER – como se ela não fosse, afinal, mais do que um delinquente, tem o efeito de uma profecia-que-a-si-mesma-se-cumprir. Põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a conformar-se e a corresponder à imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado de harmonia com o diagnóstico vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinquência (*apud* DIAS; ANDRADE, 1997, p. 352).

Para encerrar este capítulo, faz-se necessário percorrer o caminho que favorece a assunção do indivíduo à identidade e ao papel de delinquente o que acarreta, segundo os teóricos do interacionismo, uma profecia-que-a-si-mesma-se-cumprir. Destarte, a delinquência primária ensejará uma resposta ritualizada e a estigmatização do indivíduo, o que culminará no distanciamento social do sujeito e conseguinte redução de oportunidades legítimas, projetando-o assim ao universo subcultural da marginalidade. Tudo isso favorecerá a conformação do indivíduo ao estereótipo que a sociedade lhe impôs, de sorte que se autodenominará bandido, para enfim ser lançado à delinquência secundária, ou seja, à reincidência.

Este, em síntese, é o caminho desenvolvido pela sociedade para a estigmatização com sucesso do delinquente. Com este mapa em mãos já se torna possível invadir “Faroeste Caboclo” e cruzar a via-crucis percorrida por João de Santo Cristo, nessa profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre.

## 2 - “NÃO TINHA MEDO O TAL JOÃO DE SANTO CRISTO”

O tal João de Santo Cristo tinha tudo para ser um dos escolhidos do processo estigmatizante, porquanto desde a infância já era tido como alguém que se perdeu, e que não sentia medo. Para agravar ainda mais a sua má formação, o pai morre com um tiro de soldado e deixa no filho a vontade maior de ser bandido, e desde então já aterrorizava a população de Sertania, no interior de Pernambuco.

Não demorou muito para ser mandado ao reformatório, e só não foi preso e marcado desde já como criminoso, por força do artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos. Nota-se, pois, que por política criminal o Estado abdica de seu poder punitivo para buscar a reinserção do desviante; neste sentido, “reformatório” denota a ideia de reforma do sujeito, a fim de que possa seguir seu destino sem as marcas degradantes do sistema carcerário.(7) Como se pessoas fossem máquinas estragadas para serem reformadas.

Nada obstante, é bem de ver que a intenção do legislador no supracitado artigo, embora louvável por não etiquetar o jovem com as mazelas estigmatizantes de uma prisão, na prática deixa muito a desejar. O “reformatório” não tem o condão de reformar ninguém, mas tão só de conceder uma nova oportunidade ao desviante, que, depois de cumprida a internação, não fica com quaisquer registros criminais em sua folha de antecedentes.

João de Santo Cristo queria sentir no sangue o ódio que Jesus lhe deu, no entanto não percebeu que o ódio que lhe fora dado não vinha propriamente dos céus, mas da própria terra e sociedade onde viveu. Menino pobre, negro, órfão de pai, sem escola de qualidade, sem condições de vida digna, carrega consigo o ódio do mundo.

Enquanto João tentava entender como a vida funcionava e as razões da discriminação por causa da sua classe e sua cor, a bem ver a culpa não era propriamente dos céus, e talvez ele tenha cometido o mesmo ato que o poeta romântico Castro Alves, quando querendo ter as asas do albatroz clama desesperadamente ao Deus dos desgraçados se era loucura ou se era verdade tanto horror perante os céus.(8)

As razões, no entanto, são dadas historicamente pela própria sociedade, pois:

Todos nós, brasileiros, somos carne da carne daqueles negros, índios supliciados. Todos nós brasileiros somos, por igual, a mão possessa que os supliciou. A doçura mais terna e a crueldade mais atroz aqui se conjugaram para fazer de nós a gente sentida e sofrida que somos e a gente insensível e brutal, que também somos. Como descendentes de escravos e de senhores de escravos seremos sempre servos da maldade destilada e instilada em nós, tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais, quanto pelo exercício da brutalidade sobre homens, sobre mulheres, sobre crianças convertidas em pasto de nossa fúria (RIBEIRO, 1995, p. 120).

A desigualdade social no Brasil advém desde tempos remotos, mas se intensificou com o abolir da escravidão, onde os negros ganharam a liberdade formal sem ganhar a liberdade material, ou seja, a Lei Áurea estabelecia o fim da escravatura mas não garantia nenhuma condição digna de vida fora das senzalas e fazendas desse país afora, de modo que é possível asseverar tunicamente que a liberdade tornou aquele povo escravo sem dono, escravo de um poder invisível.

E quando tento achar explicação para a resistência de milhões de brasileiros na atualidade às cotas raciais nas Universidades brasileiras, me pego a pensar tristemente que Darcy desmascarou a fúria instilada em nós, e que negamos copiosamente se alguém tiver a coragem de nos dizer isso de frente. Eu, a meu crédito, posso dizê-lo porque tenho a prerrogativa de já não ser tão criança, a ponto de saber tudo, e descobri na minha convivência com os anjos caídos, que mentir para si mesmo é sempre a pior mentira, de modo que são poucos os vivos que aprenderam isso com a vida. Daí a minha posição de superioridade, não hierárquica, que isso é coisa de gente viva, mas de poder ver aquilo que ninguém vê, através do infinito.(9)

Pode ocorrer, contudo, que a alta burguesia da cidade se levante com a Constituição Federal de 1988 e brade de forma eloquente com português afiado, que todos são iguais perante a lei, conforme dita o artigo 5º da Carta Magna, o qual faço questão de transcrever abaixo, acompanhado inclusive do inciso I, e rebater do mesmo modo veemente:

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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, Constituição 1988).

Há no direito duas formas de igualdade, quais sejam: a igualdade formal e a igualdade material. Isso que se vê estampado no *caput* do art. 5º, nada mais é senão a igualdade formal, aquela que a norma prevê como essencial, mas que no plano concreto não ocorre. É o mesmo que acontece quando o constituinte diz que o

salário mínimo será capaz de atender a todas as necessidades vitais básicas do indivíduo, ao que se sabe que pouco e mal atende à alimentação do cidadão.

Em contrapartida, há aquela igualdade material, aquela que existe no mundo dos fatos, que vemos no nosso dia a dia, assim como há a desigualdade escancarada aos olhos daqueles que querem vê-la. É essa igualdade, já trabalhada por Aristóteles, Rui Barbosa, John Rawls, Michael Sandel e outros tantos nomes da História e do Direito, que as cotas raciais, ações afirmativas, buscam proporcionar àqueles que desde a abolição da escravatura só tiveram os olhos do Estado virados para si para vigiar e punir.

Para tanto, segue-se o preceito isonômico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades, daí poder dizer que tal medida não fere preceito constitucional, pois a partir de uma leitura sistemática da Constituição é possível perceber a intenção do constituinte em construir uma sociedade justa, livre e solidária, sem pobreza e marginalização.

Impende frisar:

Para os teóricos do chamado *social process* toda pessoa possui o potencial necessário para se tornar delinquente em algum momento de sua vida, se bem que as “chances” são maiores no caso do membro das classes sociais baixas, por uma série de carências que ele apresenta (pobreza, *status* social etc.); não obstante, também os indivíduos da classe média e alta podem se converter em delinquentes se seus processos de interação com as instituições resultarem pobres ou destrutivos (GOMES; MOLINA, 2000, p. 306).

Quiçá tivesse tido oportunidade de cursar uma faculdade pública, e João de Santo Cristo não teria se perdido de vez quando saiu do marasmo da fazenda onde morava. O que falta é oportunidade com igualdade (isonômica) de partida.

Assim, para os teóricos do etiquetamento social todas as pessoas podem vir a cometer delitos, sendo a incidência maior entre os menos abastados, conquanto as pessoas das classes mais altas também podem se tornar delinquentes, a depender da qualidade de interação entre o indivíduo e o meio social. No entanto, o que muitas vezes se sucede é a prática de ações criminosas por membros da elite, sem o devido etiquetamento social ao infrator, porquanto a preferência do sistema penal pelos menos favorecidos.

À guisa de complementação:

O controle social é altamente discriminatório e seletivo. Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento delitivo, a etiqueta de delinquente, sem embargo, manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder etc.): levando em conta o *status* e o papel das

pessoas. De modo que as “chances” ou “riscos” de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição do indivíduo na pirâmide social (*status*). Os processos de criminalização, ademais, vinculam-se ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada em uma sociedade concreta, isto é, guiam-se mais pela sintomatologia do conflito que pela etiologia do mesmo (visibilidade *versus* latência) (GOMES; MOLINA, 2000, p. 322).

Nesse ínterim, levando em conta que o resultado do crime não é o fator primordial para o etiquetamento do indivíduo, interessa lembrar as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, acerca da seletividade do Direito Penal brasileiro:

Temos milhares de condenados por pequenas quantidades de maconha, e pouquíssimos condenados por golpes imensos na praça. Para ir preso no Brasil, é preciso ser muito pobre e muito mal defendido. O sistema é seletivo, é um sistema de classe. Quase um sistema de castas.(10)

Mas Santo Cristo havia desistido de tentar encontrar as respostas para a vida e decidiu ir embora para Brasília, e em um ônibus entrou no planalto central. É para lá que a presente defesa segue.

### 3 – “MEU DEUS, MAS QUE CIDADE LINDA...”

Era a expectativa de uma vida nova para o Santo Cristo, chegava em Brasília em plena época de final de ano, as ruas e as casas com as luzes acesas de Natal acendiam-lhe no peito uma vontade imensa de fazer diferente, de poder mudar a realidade dele e de milhões de brasileiros.

De mais a mais ele começou a trabalhar de aprendiz de carpinteiro, ganhava, em moeda da época, cem mil por mês, mas o dinheiro mal dava para ele se alimentar. E isso porque, conforme já explanado anteriormente, o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal de 1988 garante como direito dos trabalhadores rurais e urbanos:

IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (BRASIL, Constituição 1988).

Como se nota, a garantia de um salário-mínimo capaz de atender a todas essas necessidades vitais básicas do indivíduo não passa de promessa decorrente



daquilo que os doutrinadores denominam norma programática, ou seja, normas que visam tão somente traçar uma convivência social pacificada, prometendo um futuro melhor aos mais necessitados, sem produzir qualquer força normativa, haja vista a dependência de lei para que tal programa se efetive na prática.

Não obstante, José Afonso da Silva considera que:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada [...]. Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos (1998, p. 81).

Por outras palavras, considera que a partir do momento em que uma norma passa a integrar a Constituição ela já possui eficácia, pois inovou em relação à ordem jurídica preexistente e a nova ordenação instaurada a partir da sua entrada no universo jurídico. O que há, segundo o professor, é uma diferenciação entre os graus dos efeitos jurídicos que as chamadas normas programáticas produzem, o que no plano material é reduzidíssimo, haja vista a dificuldade de se ter uma vida digna, conforme previsão constitucional, contando apenas com um salário-mínimo ao final do mês.

Mas como efetivar e tornar real o programa governamental? Esclarece o renomado constitucionalista Paulo Bonavides, paraibano da cidade de Patos:

Fatores econômicos objetivos e reais seriam, portanto, decisivos para concretizá-los. Quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos; em outros termos, mais programaticidade e menos juridicidade ostentam (2006, p. 644).

Note, caro leitor, é necessária uma melhor divisão de rendas para que se possa concretizar os programas de governo estampados no texto constitucional, de forma que, sem isso, e sem uma ordem econômica consistente, as normas valerão apenas em seu universo formal, sem adentrar efetivamente no mundo dos fatos, a fim de alterar a realidade de outros tantos Santos Cristos.

E o falecido João de Santo Cristo, sem entender nada de norma programática, de eficácia contida, limitada e plena, cansado de ouvir às 7 horas no noticiário que sempre dizia que o seu ministro ia ajudar<sup>(11)</sup>, não queria mais conversa e decidiu se virar do seu próprio jeito.

Lá vai o Santo Cristo novamente ser gauche na vida.<sup>(12)</sup>

#### 4 – “ELABOROU MAIS UMA VEZ SEU PLANO SANTO, SEM SER CRUCIFICADO A PLANTAÇÃO FOI COMEÇAR”

Antes de explorar os fatos dessa nova etapa da vida do finado João, é importante esclarecer o óbvio, que às vezes foge aos olhos daqueles que não querem vê-lo, posto que esta defesa não visa defender propriamente o crime, mas tão somente o criminoso, e, sobretudo, busca entender o processo de estigmatização do delinquente. É, pois, uma defesa póstuma, postulada por um defensor público *post mortem*, também falecido, que não possui qualquer ligação ou aptidão para as práticas ilícitas, mas que não foge à raia de tentar recuperar as almas penadas diante do Supremo Tribunal Celeste.

Eis o meu ofício.

Ademais, a mim não foi conferido o pecado ou Dom da mentira, porquanto ocupo cadeira no andar de cima e não nos tribunais inferiores, apenas compreendo os fatos por outro prisma, conforme sugerido pelo mestre italiano Piero Calamandrei:

O advogado, como o artista, pode ter a virtude de descobrir e revelar os aspectos mais ocultos e secretos da verdade, a ponto de dar aos profanos, que têm a mesma virtude, a impressão de que os fatos por ele recolhidos com amorosa fidelidade são apenas uma invenção sua. Mas o advogado não altera a verdade, se consegue escolher nela os elementos mais significativos que escapam ao vulgo. E não é justo acusá-lo de trair a verdade quando, ao contrário, consegue ser, como o artista, seu mais sensível intérprete (2000, p. 124).

Destarte, ao leitor que tem opinião formada sobre tudo e atassalha a presente defesa, acredite que os fatos aqui abordados, e envolvidos em um universo lúdico, partem da premissa verdadeira de que o Direito Penal tem preferência pelos oprimidos, de modo que, nos dizeres de um camponês salvadoreño “*La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*”.(13)

A lei é como a serpente, tem preferência pelos descalços. Mas quem seriam os descalços? Pergunta retórica, é claro. Mas vale para apresentar interessante análise elaborada por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

Na verdade, todas estas formas de a-socialidade surgem, nas representações coletivas indissoluvelmente ligadas a um certo número de sinais exteriores: a cor da pele, a origem étnica, o corte de cabelo ou da barba, o estilo do vestuário, os locais frequentados e as horas de frequência; bem como a toda uma série de outras atitudes simbólicas “próprias” de um delinquente, de um louco, de um drogado ou de um ébrio, de um homossexual, de uma prostituta (1997, p. 389).

E eis que os descalços são aqueles que não integram a sociedade, ficam às margens que lhes destinaram de forma quase que obrigatória, e tudo isso em decorrência da cor da pele, da origem étnica, do corte de cabelo ou da barba, e de hábitos que o indivíduo tenha, os quais não fazem parte, pelo menos não declaradamente, dos usos e costumes da classe dominante. São, pois, pressupostos para o etiquetamento social do delinquente.

E João de Santo Cristo havia muito andava descalço nessa sua *via-crucis* a Brasília, então decidiu mudar de vida.

Começou a plantação de maconha(14) e logo se envolveu com a elite da cidade, ficou rico e acabou com todos traficantes dali, não demorou muito e o Santo Cristo passou a ser respeitado pelo alto escalão do Distrito Federal.

Em crítica ferrenha ao Direito Penal estabelecido e ao comportamento da sociedade, Lenio Streck esclarece o óbvio, novamente o óbvio:

Não temos, por assim dizer, amigos ladrões de galinha; as classes médio-superiores, que dominam as relações de poder, têm suas amizades e relações noutro campo. Ninguém vai a uma festa onde estejam ladrões pés-de-chinelo. Mas onde tem sonegadores, lavadores de dinheiro, etc, sendo a festa em uma cobertura, tudo fica ok. Basta ver as festas em Paris, envolvendo empresários, autoridades, governadores, etc. A cidadania é “relacional”. E isso tem reflexos na formação das leis. Especialmente nas leis penais.(15)

Foi o que se sucedeu ao Santo Cristo. A convivência com a alta burguesia da cidade fez-lo pensar que podia tudo e que estava protegido de tudo, afinal, como bem destacou o professor Lenio, a cidadania brasileira é “relacional”, ou seja, basta fazer parte de um grupo “seleto” de pessoas, de influência sobre os meros mortais, e nada de mal lhe acontecerá. Até porque, quem seria tolo de fazer leis contra ele mesmo?

Dá a coerência da teoria do labelling approach, segundo a qual a sociedade escolhe quem ela deseja estigmatizar, etiquetar como delinquente, de modo que ao final o criminoso se torna criação dela própria.

O fato é que, embalado pela onda de nobreza o Santo Cristo não se tachava como bandido, delinquente ou marginal. O ódio que outrora ele pensava ser mandado por Jesus, havia se desfeito dentro dele. Ele estava em paz.

Mas, de repente, sob má influência dos novos amigos, João começou a roubar. E como bem dissera o alcunhado Dom Casmurro:

Tudo acaba, leitor; é um velho truísmo, a que se pode acrescentar que nem tudo o que dura dura muito tempo. Esta segunda parte não acha crentes fáceis; ao contrário, a ideia de que um castelo de vento dura mais que o mesmo vento de que é feito, dificilmente se despegará da cabeça, e é bom

que seja assim, para que se não perca o costume daquelas construções quase eternas (ASSIS, 2005, p.145).

Como não poderia ser diferente, o sonho de Santo Cristo acabou. Foi preso logo no primeiro roubo e...(16)

## 5 – “PARA O INFERNO ELE FOI PELA PRIMEIRA VEZ”

Na prisão o Santo Cristo recebeu tratamento de toda ordem degradante, sofreu violência e estupro de seu corpo, conviveu com o submundo expurgado do seio social. Era verdadeiramente o inferno na terra dos vivos, bem próximo quicá do andar de baixo na terra dos mortos. E eu posso lhe garantir isso, leitor descrente, porque não poucas vezes desci até lá para fazer cumprir Habeas Corpus Celestial(17)

No entendimento da criminologia, a partir da teoria do *labelling approach*, a prisão desencadeia no indivíduo toda a sorte de sentimentos maléficos que um ser humano guarda consigo, além de incorporar nele a ideia de que realmente é um marginal que não merece conviver em sociedade.

(...) o futuro interno chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que certas disposições sociais estabilizadas do seu meio habitual tornaram possível. Mal entra, é imediatamente despojado do apoio que estas lhe asseguravam (...). Começa para ele toda uma série de depressões, humilhações e profanações do eu. A mortificação do eu é sistemática, ainda que por vezes não intencional. Iniciam-se certos desvios radicais na sua carreira moral, carreira composta pelas transformações progressivas que ocorrem nas crenças sobre si mesmo e sobre os outros significantes (GOFFMAN *apud* DIAS; ANDRADE, 1997, p. 351).

Agora o Santo Cristo era bandido, destemido e temido no Distrito Federal(18), já não tinha mais medo de nada, absolutamente de nada. Acontecia com ele aquilo que os teóricos do *labelling* definem como sendo uma profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre, pois o que tanto almejou a sociedade em estigmatizá-lo como marginal, desde os primórdios de sua vida quando todos diziam que não tinha medo um tal João de Santo Cristo, se cumprira agora, neste momento em que fora preso e condenado pela Justiça.

Neste sentido:

Tratar uma pessoa – escreve BECKER – como se ela não fosse, afinal, mais do que um delinquente, tem o efeito de uma profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre. Põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a conformar-se e a corresponder à imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado de harmonia com o diagnóstico

vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinquência (*apud*. DIAS; ANDRADE, 1997, p. 352).

Mas o João foi, antes de tudo, um forte. Lutou até o fim para não se render à profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre, saiu da prisão e o destino lhe apresentou Maria Lúcia. Era uma nova oportunidade que os céus lhe mandava para seguir em frente.

## 6 – “MARIA LÚCIA ERA UMA MENINA LINDA E O CORAÇÃO DELE PRA ELA O SANTO CRISTO PROMETEU”

De Pessoa para Pessoa, Fernando Pessoa tentou definir o encontro com o amor, e o que conseguiu dizer é que ele não se sabe revelar, pois o apaixonado sabe apenas olhar pra ela, mas não lhe sabe falar.(19) Deve ter sido essa a emoção que Santo Cristo sentiu quando viu a bela Maria Lúcia, que o fez se arrepender de todos os seus pecados. Ele dizia que queria se casar e carpinteiro ele voltou a ser.

Era um recomeço, uma tentativa de fuga da estigmatização social e uma vontade grande de não se render de vez à delinquência, tantas vezes posta em seu caminho.

Até que um dia um senhor de alta classe fez-lhe uma proposta para cometer crimes mediante paga ou promessa, afinal, a etiqueta de delinquente já estava colada em João e ia levar muito tempo para ele se desfazer dela, de modo que por mais que ele tentasse levar uma vida dentro dos ditames socialmente impostos, a sua imagem já havia sido degradada pelos controles formais da sociedade, quais sejam: Polícia e Poder Judiciário.

Trata-se da chamada interpretação retrospectiva, assim definida:

*Interpretação retrospectiva* (ou, como LOFLAND prefere, <reconstrução biográfica>) é o processo através do qual uma pessoa, identificada como delinquente <passa a ser vista a uma luz completamente nova> (SCHUR). Este mecanismo obedece à tendência para interpretar a biografia dos indivíduos em termos de consciência e unicidade – a tendência para acreditar que <ele revela, com este acto, o que afinal, sempre foi>. Como escreve GARFINKEL, <a pessoa torna-se, aos olhos dos condenadores, literalmente diferente e *nova*. Não se trata apenas de os novos atributos serem acrescentados ao *núcleo* velho. Não muda, reconstitui-se. A identidade anterior vale, quando muito, como uma aparência (...), persiste como *acidental*>. Como facilmente se compreende, a interpretação retrospectiva é claramente potenciada nos sistema de controlo (v.g., tribunais e sistema penitenciário ou hospitais psiquiátricos) que tem ao seu dispor registros formais de antecedentes ou historias clínicas (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 348/349).

Assim, uma vez condenado e estigmatizado o indivíduo passa a ser visto como alguém reconstituído de forma pejorativa, que a sua ação de hoje apenas revela aquilo que ele sempre foi e sempre será, ou seja, delinquente. Não importa se o condenado cumpriu sua pena, ou se foi até mesmo absolvido pelo Poder Judiciário, o que vale é o etiquetamento que já lhe fora concebido.

Não obstante, Santo Cristo rejeitou o convite do velho de alta classe, mas recebeu em contrapartida uma ameaça de morte que o desestabilizou por completo dos planos que vinha traçando ao lado de Maria Lúcia. Saiu de casa, comprou uma pistola Winchester-22, voltou a praticar atos ilícitos, contrabando e tráfico de drogas, e novamente rendeu-se à condição de delinquente. Era uma recaída.

Nesse lapso, apareceu um traficante de renome pelas bandas onde João tocava a venda de entorpecentes, um concorrente, a bem da verdade. Jeremias, sujeito sem escrúpulos e piedade, lograva ocupar o lugar de Santo Cristo e decidiu, para tanto, acabar com João.

O tempo se passou e o meu cliente decidiu voltar para casa, queria encontrar Maria Lúcia e se casar com ela. Tentar ser feliz naquele Faroeste Caboclo.

## 7 – “CHEGANDO EM CASA ENTÃO ELE CHOROU, E PRO INFERNO ELE FOI PELA SEGUNDA VEZ...”

Com Maria Lúcia Jeremias se casou, e um filho nela ele fez(20). Santo Cristo era mandado novamente para o inferno, mas dessa vez decidiu que levaria consigo o seu algoz e Maria, a quem ele havia jurado o seu amor.

O acerto de contas entre Jeremias e João se deu na Ceilândia, nada de polícia ou Poder Judiciário, a peleja deles era entre estritamente entre os dois, como nos tempos do faroeste.

Interessante observar a expectativa gerada na população, muitos populares foram ao local combinado, até a mídia compareceu para cobrir o furo de reportagem no noticiário sensacionalista das 19 horas. Creio que houvesse até um helicóptero sobrevoando o lugar, para levar a informação em detalhes àqueles que não puderam comparecer. Era a atração do dia. Todos atentos a cada movimento dos gladiadores do século XXI.

De repente, Jeremias atirou pelas costas de João. Ele estava próximo do seu fim. Mas antes de morrer, fez aquela viagem em seus próprios pensamentos, creio que todos que já alçaram o outro lado da vida passaram por essa retrospectiva interna, e aqueles que ainda não ultrapassaram a barreira dos sete palmos, ainda a conhecerão no divã da morte.

Finalmente, a teoria do *labeling approach* contempla o crime como mero subproduto do controle social. Para ela o indivíduo se converte em delinquente não porque tenha realizado uma conduta negativa, senão

porque determinadas instituições sociais etiquetaram-lhe como tal, tendo ele assumido referido *status* de delinquente que as instituições de controle social distribuem de forma seletiva e discriminatória. Por isso, a teoria da *labeling approach* não é uma teoria da criminalidade, senão da criminalização, que se afasta do paradigma etiológico convencional e potencia ao máximo o significado das chamadas desviações secundárias ou carreiras criminais (GOMES; MOLINA, p. 307).

João havia sido escolhido pela sociedade a ocupar a posição de delinquente, mas tal processo só se completaria no momento em que ele mesmo tomasse para si tal imagem, no momento em que olhasse para o espelho e visse refletir não o seu retrato, mas o de um marginal que ameaçava a paz social. Decidiu, pois, entrar de vez naquela dança, se a *via-crucis* era um circo, onde os espectadores contemplavam de olhos atentos o flagelo do artista, Santo Cristo tomou para si a condição de delinquente: a profecia se cumpria com sucesso. Nada mais poderia ser feito para salvá-lo na terra dos vivos, naquele famigerado Faroeste Caboclo.

Era o fim...

E nisso reconheceu Maria Lúcia trazendo-lhe a Winchester-22. João chegava ao seu fim, mas levava consigo o seu maior algoz, Jeremias. Deu-lhe cinco tiros e cometeu pela primeira vez na vida, beirando a morte, um homicídio. Maria Lúcia se arrependeu depois e morreu junto de João, seu protetor.

Essa é a história de João de Santo Cristo. E essa é a sua defesa: sua própria vida.

## CONCLUSÃO: “SANTO PORQUE SABIA MORRER”

Dizer que Santo Cristo é inocente e mera vítima do descaso da sociedade, é hipocrisia que isenta da responsabilidade o agente que concorreu para o destino que a vida lhe proporcionou. De outro norte, acreditar que tudo é perfeito e todas as pessoas são felizes, beira a crueldade para com aqueles que a sociedade decidiu excluir do seu seio, de modo que não se pode responsabilizar exclusivamente o indivíduo pelos atos que cometeu, sem levar em conta a influência a histórica discriminação racial, social, de gênero etc., a influência dos usos e costumes da sociedade, que escolhe a quem deseja etiquetar como delinquente, haja vista que conforme demonstrado nas linhas acima, as prisões estão superlotadas de criminosos que oferecem pouco risco à sociedade, mas quase vazia de presos do colarinho branco, e não porque haja poucos crimes envolvendo a alta burguesia, pois todos sabem da verdade: o Direito Penal tem predileção pelos mais fracos.

Os mais fracos que não possuem condições de vida digna, não têm acesso a um ensino de qualidade, convivem diariamente com a vigilância do poder punitivo, que só espera o momento certo para despejar sobre eles toda a sua força, o mesmo poder que não olhou para eles quando o assunto era melhorar a saúde, a educação e

o salário. Os mais fracos que não possuem defesa de qualidade, e que já entram condenados até pelos porteiros dos fóruns, julgados por um juiz que faz parte da sociedade que etiqueta. A sentença se torna, pois, uma mera formalização da sentença proferida há tempos pela sociedade, por meio do etiquetamento social.

Há, portanto, uma culpa concorrente entre o indivíduo que comete o crime e a sociedade que o estigmatiza. João de Santo Cristo é um retrato fiel daquilo que outros tantos Joões sofrem diariamente na batalha de cada dia, transformando cidades em verdadeiros Faroestes Caboclos que não sabem como lidar com o problema da violência e da criminalidade.

Mas o meu cliente tem um diferencial que o dignifica como merecedor de receber a paz eterna: era Santo porque sabia morrer.

Posto que a presente defesa lúdica é postulada por um advogado-defunto, ou um defunto-advogado, defensor público *post mortem*, o que interessa nela não é apenas o quão soube viver este ou aquele alma penada, mas o quão soube aceitar a morte e ter dignidade em suas intenções, mesmo que o mundo não lhe proporcionasse dignidade de vida.

João foi à Brasília para pedir ao Presidente melhores condições de vida a todos que sofrem nesses rincões do Brasil: os esquecidos da Pátria, só lembrados pelo Direito Penal. Ademais, por vezes tentou se acertar na vida, mas a profecia falou mais forte que ele, tinha que ser bandido, não podia ter medo, tinha que se perder.

Se não soube viver, ao menos soube morrer. Por isso merece finalmente ter paz.

E quanto à alta burguesia da cidade que não acredita em nada, encerro a presente defesa com as palavras de Charlie Chaplin: “Se tivesse acreditado na minha brincadeira de dizer verdades, teria ouvido verdades que teimo em dizer brincando. Falei muitas vezes como um palhaço, mas jamais duvidei da sinceridade da platéia que sorria.”

E esta defesa póstuma pode ter dito verdades que teimo em dizer de forma lúdica, mas jamais duvidei da realidade dessa platéia que chora.

#### NOTAS DE FIM

1. Biografia de João Pessoa, disponível em: <[http://www.e-biografias.net/joao\\_pessoa/](http://www.e-biografias.net/joao_pessoa/)>. Acesso em: 01 de jul. 2014.
2. Alusão ao modo como se escrevia determinados vernáculos no século XIX. A intenção é contextualizar o trabalho para que não fique com a linguagem dos séculos anteriores, muito embora o narrador tenha vivido em épocas passadas.
3. A ironia, sempre muito bem utilizada por Machado de Assis e Ariano Suassuna em seus romances, faz parte do presente trabalho, assim como a metalinguagem no transcorrer do texto, buscando estabelecer a comunicação direta entre autor e interlocutor.
4. Trecho da música “Faroeste Caboclo”. O leitor irá perceber ao longo do texto que em vários momentos aparecerá trechos de músicas do Legião Urbana, a fim de manter avivada a musicalidade durante a análise jurídica do tema.
5. Para os teóricos do labelling approach: “*Agentes informais* do controle social são: a família, a escola, a profissão, a opinião pública etc. *Agente formais* são: a polícia, a justiça, a



administração penitenciária etc. Os agentes de controle social informal tratam de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo através de um largo e sutil processo que começa nos núcleos primários (família), passa pela escola, pela profissão, pelo local de trabalho e culmina com a obtenção de sua aptidão conformista, interiorizando no indivíduo as pautas de conduta transmitidas e apreendidas (*processo de socialização*). Quando as instâncias informais do controle social fracassam, entram em funcionamento as instâncias formais, que atuam de modo coercitivo e impõem sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular *status* (de desviado, perigoso ou delinquente)” (GOMES; MOLLINA, 2000, p.121).

6. Verso extraído do poema “Especulações em torno da palavra homem”, de Carlos Drummond de Andrade. Disponível em: <<http://livrespensadores.net/artigos/carlos-drummond-de-andrade-a-poesia-de-uma-vida/>>. Acesso em: 05 de jul. 2014.
7. Significado de “reformatório”: 1 Conjunto de preceitos instrutivos ou moralizadores. 2 Estabelecimento mantido pelos poderes públicos para reeducação de menores transviados. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=reformat%F3rio>>.
8. Alusão ao poema “Navio Negreiro” do poeta da segunda geração do Romantismo brasileiro, Castro Alves. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/navionegreiro.htm>>. Acesso em: 06 de jul. 2014.
9. Alusão à música “Quase sem querer”, do Legião Urbana.
10. Voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento dos embargos de declaração da Ação Penal 470. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/11/Voto-Ministro-Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jul. 2014.
11. Alusão a trecho da música “Faroeste Caboclo”, do Legião Urbana.
12. Alusão ao “Poema de sete faces” de Carlos Drummond de Andrade.
13. *Expressão citada por Lenio Streck em coluna intitulada “Comissão de juristas gosta do Direito Penal do Risco”, sobre o Novo Código Penal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/lenio-luiz-streck-comissao-juristas-gosta-direito-penal-risco?pagina=3>>. Acesso em: 10 de jul. 2014.*
14. Nome popular da Cannabis Sativa.
15. *Extraído de texto intitulado “Comissão de juristas gosta do Direito Penal do Risco”, sobre o Novo Código Penal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/lenio-luiz-streck-comissao-juristas-gosta-direito-penal-risco?pagina=3>>. Acesso em: 10 de jul. 2014.*
16. Não estranhe as reticências no final do parágrafo, pois a intenção foi justamente não perder o ritmo para a chegada do próximo capítulo. Como se a música estivesse tocando enquanto o leitor acompanha a leitura.
17. No imaginário popular, o paraíso fica no céu e o inferno fica abaixo da terra. O narrador quer demonstrar que as condições das prisões no Brasil beiram o inferno, e ninguém melhor que ele para fazer tal comparação, devido à sua condição de defensor *post mortem*.
18. Trecho da música “Faroeste Caboclo”, do Legião Urbana.
19. Referência ao poema “O amor”, do poeta Fernando Pessoa.
20. Trecho da música “Faroeste Caboclo”, do Legião Urbana.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Dom Casmurro*. São Paulo: Companhia dos livros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em 03 jul. 2014.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DARCY, Ribeiro. [O Povo Brasileiro](#) – *A formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

## **ANÁLISE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS**

Como citar esse artigo:

*Renato Tinti Herbella*

HERBELL, Renato  
Tinti. Análise da  
audiência de custódia  
sob o prisma dos  
direitos humanos. in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

### **RESUMO:**

O presente trabalho aborda, numa análise conjunta, questões que exsurgiram após acompanhar cenas do documentário intitulado "Justiça" e a leitura do provimento conjunto nº 03/2015 do TJ/SP e a Corregedoria Nacional de Justiça. Referido documentário demonstra a rotina forense, na seara penal, de um Tribunal estadual nacional. Já o ato normativo, aborda sobre a "audiência de custódia", com fundamento principal no direito do detido ser conduzido, sem demora, à autoridade judiciária competente. Não obstante a polêmica acerca da matéria, através da pesquisa foi possível trazer o debate à academia, visando, humildemente, contribuir com a melhoria do Processo Penal Brasileiro.

### **Biografia do autor:**

**HERBELL**  
Docente assistente do  
curso de Direito do  
Centro Universitário  
Antonio Eufrásio de  
Toledo de Presidente  
Prudente. Pós-  
graduando *lato sensu*  
em Interesses Difusos  
e Coletivos pela  
mesma Instituição.  
Advogado. e-mail:  
renato.herbella@gmail  
.com

**Palavras-chave:** Audiência. Custódia. Cautelares. Direitos Humanos.

### **ABSTRACT:**

This research analyzes issues that arose after follow documentary scenes entitled "Justice" and the reading of the normative act No 03/2015 of TJ/SP and the National Magistrate of Justice. The documentary shows the routine of the criminal prosecution in a national state court. And the normative act, establishing the "custody hearing", with main foundation on the right to the prisoner be conducted without delay to the competent judicial authority. Despite the controversy on the subject, through the research was possible to bring the debate to the academy, aiming humbly contribute to the improvement of the Brazilian Criminal Procedure.

**Keywords:** Court hearing. Custody. Precautionary Measures. Human Rights.

## INTRODUÇÃO

Utilizou-se como objeto de estudo o documentário intitulado "Justiça", cuja direção e roteiro são da cineasta Maria Augusta Ramos.

O filme aborda o cotidiano de um Tribunal de Justiça brasileiro, especificamente o do Estado do Rio de Janeiro, em meados de 2003, demonstrando a realidade sem efeitos ou máscaras, com cenas de boa parte da rotina forense, primordialmente no tocante ao Poder Judiciário e o litígio penal.

Pois bem, evidente que o documentário possui uma natureza transdisciplinar e interdisciplinar, dada a complexidade das questões abordadas e seus possíveis reflexos nas inúmeras áreas do conhecimento, em especial nas ciências sociais.

A partir da análise de uma cena específica dúvidas exsurgiram no tocante à aplicação das medidas cautelares decorrentes das prisões em flagrantes. Vez que, a regra na prática forense é a aplicação da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de natureza cautelar.

Diante de um cenário de caos, graves e constantes violações dos direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, no qual presos são submetidos a tratamentos degradantes, enfim, referido posicionamento de manutenção do preso segregado socialmente não tem sido eficaz sob nenhum aspecto, seja ele político-criminal, econômico, social, ou seja, medidas alternativas necessitariam ser adotadas.

O legislador atento a esta realidade, em 04 de maio de 2011, com a Lei nº 12.403 trouxe novas medidas cautelares diversas da prisão, mas a sistemática continuou a ser aplicada, a primazia da prisão preventiva e restrição da liberdade.

Vale lembrar, ainda que resumidamente, que quem analisa a legalidade do flagrante, adotando por consequência quais medidas cautelares serão aplicadas é o juiz. Porém, atualmente, o magistrado não mantém contato com o detido, vez que profere tal decisão munido apenas dos autos de prisão em flagrante, decidindo fundamentadamente sobre qual medida cautelar será a mais adequada para o caso.

Sem embargo, em 1992 o Brasil, por intermédio dos Decretos 678/92 e 592/92, aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) respectivamente e, nestes diplomas consta previsão expressa de que o detido deverá ser conduzido à autoridade judiciária.

Mas, passados mais de vinte anos da incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, ainda assim, há relutância em cumprir referidas normas originalmente internacionais.

Neste cenário, em 21 de janeiro de 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo, juntamente com a Corregedoria Nacional de Justiça, editaram o Provimento conjunto

nº 03/2015, que trouxe exatamente um meio de efetivação dos tratados supramencionados.

Sem dúvida, que inúmeras críticas surgiram, questionando-se sua constitucionalidade, inclusive. Mas, a ação proposta ainda se encontra pendente de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir dessas premissas, buscou-se com o presente trabalho realizar uma abordagem sobre a audiência de custódia, primeiramente selecionando uma cena no documentário para posteriormente, numa conjectura lógica e racional, pudesse ser questionado se naquele caso exibido, estivesse a sistemática dos tratados internacionais sendo aplicada, a realidade não teria sido outra.

Noutro ponto, foi abordada a falácia comumente propagada de que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva seria utilizada como exceção, sendo a prisão cautela a *ultima ratio* para o desenvolvimento do processo. Falácia desmentida diante dos argumentos apresentados.

Seguindo o raciocínio traçado na pesquisa, mostrou-se a relação do processo penal com os Direitos Humanos, bem como ficou evidenciado ser este o ramo do direito que provavelmente mais se beneficia com os tratados que visam proteger os Direitos Humanos.

Estabelecido o alicerce pelos temas supramencionados, visando alcançar um conceito para a audiência de custódia, bem como demonstrar a sua existência no ordenamento jurídico, independente de inovação legislativa, foi desenvolvido um raciocínio acerca da conceituação e a previsão legal desta modalidade de audiência, simples, humanitária, mas que ainda enfrente forte resistência pelo Estado para efetivar seu cumprimento.

Por fim, algumas críticas foram realizadas, trazendo argumentos favoráveis, bem como os que rechaçam a possibilidade de aplicação de referida audiência no sistema jurídico pátrio e, a partir disto, foi feita uma conclusão sobre o tema, demonstrando o posicionamento do autor a respeito.

Destaca-se que como método científico foi utilizado o dedutivo-indutivo, visando debater o tema através de levantamentos particulares e da pesquisa bibliográfica alcançando conclusões gerais, bem como, através de teses e antíteses procurar por sínteses, ou seja, sempre buscando fazer uma análise construtiva sobre o tema proposto.

Insta salientar, ainda, que a amplitude do instituto e a discussão sobre o tema é complexa e seria praticamente impossível o total esgotamento da matéria. Mas, almeja-se que o leitor compreenda o raciocínio proposto e se motive para novas pesquisas.

## 1 INTRODUÇÃO E CENA SELECIONADA

O trecho selecionado do documentário se dá logo no seu início.

Talvez a roteirista tenha editado o filme desta maneira, com uma cena impactante no começo justamente para causar um choque no espectador, que logo percebe a triste realidade social a que a "clientela penal"(1) é submetida.

À cena.

Corredores do fórum segue um Policial Militar empurrando uma cadeira de rodas com um deficiente físico prestes a entrar na sala de audiência.

Estando todos em seus respectivos lugares, após o Juiz adverti-lo sobre seu direito de permanecer calado, passou a indaga-lo sobre os fatos.

O acusado os negou com veemência, seguindo com esclarecimentos, afirmando que estava no carnaval quando surgiu um tumulto, fazendo com que se deslocasse a uma rua menos movimentada para se proteger. Neste momento, avistou três indivíduos com alguns objetos na mão sendo perseguidos por Policiais. Estes, que perseguiam aqueles suspeitos, ao se aproximarem, também o abordaram. Instante em que tiraram a sua cadeira de rodas e passaram a agredi-lo insistentemente, na tentativa de descobrir quem eram os suspeitos que haviam conseguido escapar.

Ato contínuo, disse que foi levado à Delegacia de Polícia, local em que foi obrigado a assinar inúmeros documentos e pressionado a "falar a verdade".

Ainda em seu depoimento, disse que explicou ao Delegado que era cadeirante e não tinha como ter efetuado nenhum roubo, em especial com emprego de escalada, vez que o muro da residência furtada era alto e ele, naquelas condições, não poderia ter escalado muro algum.

Neste íterim, foi abruptamente interrompido pelo Magistrado, que passou a lhe questionar sobre suas condições pessoais, como seu emprego, por exemplo.

Questionado sobre estar representado por algum advogado, a negativa foi eloquente, sendo-lhe nomeado uma Defensora Pública, que por sinal acompanhava aquela audiência.

Não obstante, o Acusado passou a pleitear que fosse transferido para um hospital, porque estava em uma cela com mais setenta e nove pessoas e não conseguia realizar suas necessidades fisiológicas, vez que era obrigado a se arrastar no chão, além de outras inúmeras dificuldades que enfrentava.

O Magistrado, por sua vez, no alto de seu notório saber jurídico, afirmou que só poderia autorizar a remoção para um hospital, se houvesse uma recomendação médica. Esclareceu que este era "assunto de um médico", e não de um juiz.

Neste momento é possível notar claramente que o mesmo Policial Militar que conduziu o Acusado à sala de audiência, faz sinais com os braços e mãos, mostrando a cadeira de rodas ao Magistrado que, com voz de surpresa, passa a questionar há quanto tempo o Acusado era deficiente físico. Indagando, ainda, se na época dos fatos ele já estava em cadeira de rodas.

E por incrível que pareça, ouviu uma resposta afirmativa, na qual o Acusado esclareceu que estava naquela situação desde 1996 (sete anos antes, considerando a época em que o documentário foi gravado).

Neste momento o Magistrado, aparentemente indignado com aquela situação, começou a questionar insistentemente sobre o Acusado ter sido preso quando se encontrava na cadeira de rodas. Contudo, a aparente indignação que soou da sua voz, esvaeceu-se rapidamente, pois afirmou que a Defensoria Pública estava lá para pleitear, segundo ele, "os direitos que ela - *Defensora Pública* - acha que você - *acusado* - merece".

Encerrada a cena.

Não obstante a explosão de questionamentos e a inquietação que a cena nos traz, está será analisada considerando uma proposta legislativa(2), cujo seu teor foi, de certa forma, antecipado por um ato administrativo do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo em conjunto com a Corregedoria Geral da Justiça(3), passando a vigorar em fevereiro de dois mil e quinze, em terras paulistas.

Pois bem. Este ato administrativo trouxe ao ordenamento jurídico algo já existente, mas ainda não utilizado, a denominada "audiência de custódia", que resumidamente determina a apresentação, sem demora, da pessoa detida em flagrante delito à autoridade judiciária competente.

Por óbvio que o instituto é polêmico e já levantou questionamentos acerca da sua constitucionalidade, inclusive.

Em 12 de janeiro de 2015, foi distribuída a Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de Medida Cautelar(4), proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL/BRASIL, entidade atuante na defesa das prerrogativas, direitos e interesses dos Delegados de Polícia, para que referido ato normativo fosse declarado inconstitucional, vez que supostamente maculado com inúmeros vícios.

Considerando a celeuma acerca do instituto, após conceituá-lo, elencar-se-ão os principais argumentos dos que já se posicionaram com relação a ele e, por fim, traçar-se-á um paralelo com a cena supramencionada, para numa conjectura minimamente racional e lógica se consiga avaliar se naquele caso, numa suposta constitucionalidade e validade do instituto, o resultado da decisão jurisdicional teria sido outra, qual seja, a aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

Afinal, o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, pois o processo penal é um caminho necessário para se chegar, legitimamente, à pena, e não mero instrumento a serviço do poder punitivo (LOPES, 2014, p. 35).

Ademais, sem dúvida que em pleno constitucionalismo contemporâneo(5), o adequado é que o processo penal, cujo código fora elaborado em 1941, seja interpretado a partir do filtro constitucional democrático de 1988 e, não o contrário, reduzindo-se garantias e direitos fundamentais da forma restritiva e autoritária prevista na vetusta tradição, já inautêntica, do Código de Processo Penal.

## 2 A FALÁCIA DA PRISÃO COMO *ULTIMA RATIO*

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, consagra expressamente a presunção de inocência, tornando-se, sem dúvidas, um princípio e vetor para a doutrina penal e processual penal do Brasil.

Para FERRAJOLI (1995, p. 545):

Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable.

E segue (*ibidem*):

la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa 'seguridad' específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica 'defensa' que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria. Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y, también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman.

Evidente, portanto, a importância de referido princípio, alçado pelo mestre italiano como princípio de civilidade, pois visa à proteção do indivíduo, ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de algum culpável.

Trazendo referido raciocínio para a seara das medidas cautelares, nota-se que esta opção ideológica ganha maior relevância, vez que decorre da consciência de que o preço a ser pago por uma prisão desnecessária de alguém inocente é altíssimo, ainda mais considerando o medieval sistema prisional brasileiro (LOPES, p. 847).

Pois bem. Atento a esta realidade, em 04 de maio de 2011, com a Lei nº 12.403 sobreveio uma alteração significativa no Código de Processo Penal brasileiro, e esta, tratava de matéria atinente às medidas cautelares no sistema processual penal do Brasil.

Sem dúvida, referida lei surgiu como alternativa ao sistema binário ou bipolar (prisão ou liberdade) adotado no Brasil.

Luiz Flávio Gomes (2011, p. 27) acertadamente comentou sobre a mudança, comparando os sistemas:

Essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar. Muita gente está recolhida nos cárceres brasileiros desnecessariamente. O novo sistema



(multicautelar - CPP, art. 319) oferece ao juiz várias possibilidades de não encarceramento.

Entretanto, diante da crescente expansão do direito penal, em especial através de discursos que representam verdadeiros retrocessos histórico-culturais, como por exemplo, a doutrina do Direito Penal do Inimigo, cujo principal expoente é o alemão Günther Jakobs(6), é possível notar que a realidade pouco mudou.

Referida alteração legislativa que se propunha a colocar a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares, não trouxe grandes avanços para mudanças de posicionamentos na esfera judicial e como bem esclarece Aury Lopes Jr.:

E o que verificamos na prática? Simples: que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como *regra* no sistema processual penal brasileiro. Prova disso é que não houve a tão esperada redução do número de presos cautelares após a reforma de 2011.

Conclui-se que apesar do avanço trazido pela legislação, este ainda não se mostrou suficiente para se alterar a sistemática prática de sua aplicação, mas isso não significa que a limitação constitucional e adequada do poder punitivo Estatal não possa ser atingida. E, como exemplo de mais uma forma de resistência do Estado de Polícia pelo do Estado de Direito(7), surge a audiência de custódia, que, será abordada mais detidamente adiante.

### 3 PROCESSO PENAL E DIREITOS HUMANOS

O texto constitucional de 1988 é expresso ao dispor que os direitos e garantias elencados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, §2º).

Posto isto, a questão hierárquica normativa exsurge e, como bem se posiciona Flavia Piovesan (2013, p. 64/65) quanto à natureza constitucional dos tratados de direitos humanos:

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes a garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, §2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados

pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados.

Em se tratando de processo penal, faz-se mister, então, a observância de uma nova metodologia, através de uma leitura convencional(8) e constitucional, a partir desta constitucionalização dos direitos humanos, servindo como supedâneo para um processo penal humanitário e adequado (GIACOMOLLI, p. 468).

E, sendo o processo penal o ramo do direito que mais se beneficia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, alcança-se desta forma o devido processo, que, como visto, deve ser legal, constitucional e, também, convencional (LOPES, p. 13) e, por fim, humanitário.

#### 4 AFINAL, O QUE É A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA? HÁ PREVISÃO LEGAL?

Conforme disposto no artigo 3º do Provimento conjunto Nº 03/2015, "a autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia".

Assim, em se tratando de ato normativo administrativo, sua exposição de motivos dispôs que foram considerados os problemas do sistema penitenciário, o crescente contingente de presos provisórios nos estabelecimentos penais, o controle judicial eficaz da manutenção da custódia cautelar, o projeto de lei do senado em tramitação e, principalmente a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), conhecida como, pacto de San José da Costa Rica que em seu artigo 7º, item 5, estabelece "toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais".

Nada obstante, há também no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) disposição que aborda sobre a audiência de custódia, conforme disposto no artigo 9º, item 3, ou seja, "qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença."

Estes importantes tratados internacionais foram aderidos pelo Brasil em 1992, pelo Decreto nº 678 e, Decreto 592, respectivamente. Portanto, pertencendo ao ordenamento jurídico de forma vigente e válida e com elevado grau de hierarquia.

Sem embargo, como forma de demonstrar o que é a audiência de custódia, mas também aclarar as suas previsões legais, traz-se à lume a lição da renomada

internacionalista Flávia Piovesan (2013, p. 245) que faz algumas considerações sobre a CADH:

A Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico; limita-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, nos termos do artigo 26(9) da Convenção.

Nota-se então, que mesmo diante de posicionamentos que descartam a normatividade e o grau hierárquico já mencionado sobre tratados que dispõem sobre Direitos Humanos, ainda assim, diante desta observação, o Provimento Conjunto nº 03/2015 acaba se mostrando como "meio apropriado à efetivação dos Direitos Humanos". Isto porque, referido ato normativo, através de deveres positivos do Estado, adota uma medida necessária e razoável para assegurar a proteção e efetivação de direitos.

Posto isto, vê-se que a audiência de custódia é um instrumento válido como limite ao poder punitivo estatal, respeito aos Direitos Humanos, efetivo controle de política criminal para consequente melhoria do sistema prisional, bem como, apesar da divergência, representa obediência à parte do ordenamento jurídico vigente e, no caso, válido e adequado.

Por fim, vale lembrar que no mundo dito civilizado, essa discussão já foi há muito superado, como bem retrata Luiz Flávio Gomes (2015, s.p.), além de tecer duras críticas aos que se posicionam contrariamente a ela:

O sistema judicial do mundo inteiro mais civilizado que o brasileiro (nesse ponto, ao menos) já fez isso. O prazo para apresentar o preso ao juiz vai de 6h (caso da Argentina) a 72h (caso da Espanha): Chile, 24h; Colômbia, 36h; México, 48h; Peru e EUA 48h etc. É preciso ter uma alma exorbitantemente inquisitorial e exageradamente tribalista (tribo engravatada de cima que odeia a tribo pé de chinelo de baixo, que é a única que é presa em flagrante pela polícia militar) para se posicionar contra tais audiências.

Portanto, este instituto não é novidade no cenário jurídico internacional, vez que países com características semelhantes a do Brasil, já possuem uma legislação nos moldes do direito internacional, garantindo, ao menos através do ordenamento jurídico interno, a proteção dos Direitos Humanos.

## 5 CRÍTICAS

Como característica inerente da ciência, críticas variadas surgiram com a publicação do provimento conjunto, questionando-se sua constitucionalidade,

conforme já mencionado.

Um dos principais argumentos daqueles que se posicionam contrariamente à audiência de custódia, seria a inovação do ordenamento jurídico, através de um ato normativo referente à matéria de competência exclusiva da União, conforme disposto no artigo 22, inciso I, bem como no artigo 5º inciso II da Constituição Federal, ocasionando, assim, a inconstitucionalidade do Provimento conjunto 03/20155.

Contudo, como explanado, há previsão legal da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, tendo o estado de São Paulo apenas efetivado, por meio de um ato administrativo uma sistemática possível para sua concretização, esmiuçando-se e efetivando sua aplicação prática. Nada além disso, vez que não criou novos direitos ou inovou o ordenamento jurídico.

Outro argumento relevante seria a alegação de que o atual Código de Processo Penal já possui previsão expressa, em seu artigo 306, parágrafo único, que o juiz seja comunicado da prisão em flagrante, sendo totalmente desnecessária a figura da audiência de custódia.

Ledo engano, pois como bem ressalta Aury Lopes Jr. (2014, p. 18), com fundamentos extraídos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *“o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”*(10), e ainda, que *“o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”*, concluindo que *“o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no art. 7.5 da Convenção”*(11).

Portanto, constata-se que a norma processual penal vigente, de acordo com os limites semânticos por ela enfrentados, bem como diante de uma inaplicação do efetivo filtro constitucional, ou do controle de convencionalidade dos tratados que o Brasil aderiu em 1992, não se mostra suficiente para proteção dos Direitos Humanos, podendo o Estado ser responsabilizado internacionalmente, inclusive.

Deve-se, portanto, observar o controle de convencionalidade e uma hermenêutica constitucional adequada.

Sem embargo, outro argumento relevante, sem dúvida, é o custo para se aplicar referida audiência, fator que gerou notas públicas de organizações como a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages), inclusive, afirmando que:

A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), ao lado da imensa maioria dos juízes, vê com *grande preocupação a implantação da “Audiência de Custódia”*. *Vislumbra-se inúmeros óbices de ordem jurídica, de eficácia e aplicabilidade desta medida processual. Atenta-se ainda a possíveis entraves processuais penais com a sua adoção imediata.*(12).

Ora, inovações são sempre tormentosas, contudo, apesar de grandes discussões travadas acerca dos limites orçamentários que acabam impedindo ou dificultando a execução dos serviços para a coletividade, neste caso específico das audiências de custódia, referido argumento econômico não pode prevalecer.

Em 8 de janeiro de 2009, com o advento da Lei nº 11.900, uma grande alteração e avanço tecnológico foi trazido para a persecução penal, qual seja, a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

Desta forma, conclui-se que os critérios orçamentários que "justificariam" a manutenção da comunicação do flagrante à autoridade judiciária, tão somente, sem a apresentação do detido não se justifica, pois há estrutura para que audiências sejam realizadas virtualmente.

Contudo, como bem ressalta Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa (2015, s.p.):

Reconhecemos, também, que deve ser exceção e justificada, nos mesmos moldes do artigo 185, parágrafo 2º, do CPP. É que o impacto humano do contato pessoal pode modificar a compreensão. Não podemos é banalizar o uso da videoconferência sob pena de matar um dos principais fundamentos da audiência de custódia: o caráter humanitário do ato, a oportunidade do contato pessoal do preso com o seu juiz.

Portanto, os limites orçamentários são facilmente enfrentados se o uso da tecnologia, devendo esta ser utilizada em benefício do Estado - que poupa recursos - e do cidadão - que tem seus direitos assegurados.

Por fim, visando ilustrar a eficiência da audiência de custódia como sistema de proteção dos direitos humanos, bem como, como fuga do encarceramento constante, recentemente foi publicado em um portal jurídico de renome<sup>(13)</sup> notícia sobre os efeitos do provimento conjunto nº 03/2015:

A Justiça paulista deu início nesta terça-feira (24/2) às chamadas audiências de custódia, iniciativa que fixa prazo de 24 horas para o juiz receber presos em flagrante e avaliar se a medida é realmente necessária. O projeto piloto começou no Fórum Ministro Mário Guimarães, no bairro paulistano da Barra Funda, com presos encaminhados por duas delegacias seccionais. Nas 25 audiências promovidas, 17 pessoas foram liberadas.

Posto isto, as críticas tendem a ruir diante da evolução do direito processual penal, prevalecendo-se a proteção dos direitos humanos em face do, nem sempre legítimo, poder punitivo estatal.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o elencado no presente estudo, podem ser retiradas as seguintes conclusões:

1. Evidente que o sistema penal e o processo penal merecem reformas. Não há sentido em se aplicar e interpretar referidas legislações editadas em épocas não democráticas de forma restritiva, limitando-se seus institutos e consequentemente rechaçando a efetiva proteção dos direitos humanos que a Constituição Federal de 1988 trouxe. Deve-se, por tanto, fazer um filtro constitucional desses preceitos normativos para que a proteção dos direitos humanos seja cada vez mais eficaz.

2. A cena selecionada choca por si só, vez que evidencia o fracasso e a complexidade social. Ademais, ela demonstra a necessidade de humanização do processo penal, pois como mencionado, o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade. Muito pelo contrário, o processo penal deve ser um caminho necessário para se chegar legitimamente à sanção e, não mero instrumento a serviço do poder punitivo estatal.

3. Além da adequada interpretação que deve ser atribuída à legislação penal, o discurso também deve ser modificado, pois, como visto, não obstante tenham surgido leis que tentassem ao menos reduzir o número de encarcerados provisórios, o discurso estatal permanece inalterado, sendo a prisão restritiva de liberdade, de natureza cautelar, ainda a mais aplicada. Nota-se que não basta a alteração legislativa. É necessária também a alteração do discurso penal. Lembrando-se, mais uma vez, que respeito às garantias fundamentais não é sinônimo de impunidade.

4. Há no ordenamento jurídico previsão expressa no tocante à condução do detido, sem demora, à autoridade judiciária. Contudo, há também, uma enorme resistência estatal em cumprir com o ordenamento jurídico vigente. E mais, conforme mencionado, a hierarquia das normas confere um espaço privilegiado aos tratados, em especial no que concerne aos direitos humanos. Portanto, independente do provimento conjunto, a audiência de custódia está presente no ordenamento e deve ser aplicada.

5. Quanto à audiência, não obstante às críticas, nota-se que posicionamentos desfavoráveis são facilmente enfrentados diante da necessária humanização do processo penal e proteção dos direitos humanos. Ademais, o Brasil é um país extremamente atrasado neste ponto, pois inúmeros outros países, com características semelhantes, já adotaram a audiência de custódia como regra.

6. Por fim, conforme proposto pelo trabalho, analisando a cena selecionada do documentário em que um cadeirante foi preso em flagrante por supostamente ter furtado uma residência com muros altos, numa conjectura lógica e racional, parece evidente que se referido caso tivesse sido levado a conhecimento do Judiciário, caso fosse oportunizado ao juiz o contato direto com o detido, sem dúvidas outras medidas cautelares poderiam ter sido aplicadas. Evitando-se inúmeras consequências maléficas ao acusado, à perseguição e ao Estado.

## NOTAS DE FIM

1. ANDRADE. Vera Regina Pereira de. A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.
2. PLS nº 554/2011, autoria do SENADOR - Antonio Carlos Valadares. Ementa: Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.
3. Provimento Conjunto nº 03/2015. Disponível em: <[http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=65062](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062)>. Acesso em: 05.02.2015.
4. ADI nº 5240.
5. MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.
6. JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007.
7. Como bem leciona Zaffaroni: "Os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estado de Polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto." (2007, p. 169).
8. No tocante ao controle de convencionalidade, adotou-se a doutrina de Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli.
9. Artigo 26 - Desenvolvimento Progressivo - Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetivação dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.
10. Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24.06.2005.
11. Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30.10.2008.
12. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/juizes-estaduais-criticam-projeto-audiencia-custodia>>. Acesso em: 19.02.2015.
13. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico>>. Acesso em: 24.02.2015.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE. Vera Regina Pereira de. A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho e razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de maio de 2011. Alice Bianchini...[et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais. Disponível em: <[http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168950071/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais?ref=topic\\_feed](http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168950071/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais?ref=topic_feed)>. Acesso em: 25.02.2015.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 13.02.2015.

\_\_\_\_\_. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 2). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 20.02.2015.

\_\_\_\_\_. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 3). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 27.02.2015.

LOPES JR., Aury. Paiva, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, nº17, set./dez. 2014.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. - 11 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. São Paulo: MÉTODO, 2014.

MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

---



## **DOSIMETRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Como citar esse artigo:

*Deucyr João Breitenbach*

BREITENBACH, Deucyr João. Dosimetria da pena e o princípio da individualização constitucional, in BERNARDI, R.; SALIBA; M. G.; BERTONCINI, C; PASCHOAL, G. H. **Direito e Cinema em debate**. Jacarezinho – Paraná, UENP, 2015.

**Biografia do autor:**  
Graduado em Filosofia Plena pela Universidade Católica Dom Bosco, de Campo Grande, MS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano Auxilium, de Araçatuba, SP. Professor de História no Colégio Oswaldo Cruz e Advogado em atividade, ademais atuante como Pesquisador nas áreas de Direito, Filosofia Política e Ciência da Informação. Email: deucyr@yahoo.com.br

### **RESUMO:**

Considerando, na conjuntura atual, a importância dos princípios constitucionais e sua influência em todos os ramos do Direito, tem-se que os princípios processuais penais, mais especificamente o princípio da individualização da pena, vêm a consagrar a isonomia material em todas as suas etapas: legislativa, judiciária e executória. Objetivando, então, apresentar uma hermenêutica constitucional do princípio da individualização da pena, a pesquisa é dividida em três momentos. O princípio da individualização da pena foi pesquisado sob a égide constitucional, qual seja o arcabouço contextual do critério trifásico da dosimetria da pena e sua relevância nos moldes do processo penal.

**Palavras-chave:** Individualização da pena, dosimetria, hermenêutica.

### **ABSTRACT:**

Given the importance, in the current conjuncture, of the constitutional principles and its influence in all areas of Law, it has that the criminal procedural principles, more specifically the punishment's individualization principle, comes to consecrate the equality material in all its stages: legislative, judicial and enforceable. Aiming to present a constitutional hermeneutics of the punishment's individualization principle, the research is divided into three stages. The punishment's individualization principle was researched under the constitutional protection, which is the contextual framework of the three-phase criterion of the punishment's dosimetry and its relevance in the manner of criminal proceedings.

**Keywords:** Punishment's individualization, dosimetry, hermeneutics.

## INTRODUÇÃO

Comumente, aperfeiçoa-se, no Brasil, a individualização da pena, efeito do mais aprofundado estudo realizado pelos operadores do Direito nessa área do conhecimento, para evidente aprimoramento das decisões judiciais.

Esta pesquisa explicita de maneira clara e objetiva a aplicação do princípio da individualização da pena, tendo como base o critério da dosimetria da pena. A individualização da pena é um princípio constitucional expresse, representando, ainda, um direito humano fundamental e, concomitantemente, uma garantia humana fundamental.

Dedicar-se ao estudo da individualização da pena remete-nos de imediato à visualização do cuidado do legislador ao elaborar um Código, dedicando-lhe um Capítulo especial intitulado “Da Aplicação da Pena”, contendo dezoito Artigos, demonstrando a riqueza do material colocado à disposição do julgador para a importante e crucial tarefa de tornar concreta a pena abstratamente idealizada pela Lei.

Para o desenvolvimento deste trabalho, será utilizado o método de descrição histórico-filosófico a partir da pesquisa bibliográfica das obras de Guilherme de Souza Nucci, Humberto Ávila, Fernando Capez, Cleber Masson, Ministro Luiz Roberto Barroso, seus correlatos e autores diversos que contemplam o tema proposto.

Essa descrição consiste em demonstrar o inventário contextual dos elementos que compõem o critério da dosimetria da pena, sua exata observância, bem como a aplicação do princípio da individualização nos processos judiciais, a interconexão deste com o critério trifásico da dosimetria da pena aliado a regra da individualização da pena, visto ser o elemento primordial que se demonstra nas decisões e preceitos vinculantes e discricionários do juiz.

A presente pesquisa quer ser uma análise sobre a importância da aplicação da pena, sua exata relevância nos modos diversos de razoabilidade e nexos com aqueles dos quais são réus em processos do judiciário. Busca-se destacar se, realmente, existe uma exata proporção na aplicação da pena, quando em análise o princípio da individualização nos processos judiciais.

Não obstante as limitações de uma primeira aproximação dessa complexa temática acerca da dosimetria da pena e sua aplicação mediante a relevância do princípio da individualização, esse texto pretende cobrir os aspectos principais concernentes à construção do processo de elaboração sobre o critério trifásico da dosimetria e sua aplicação, mesmo que a interconexão e o desenvolvimento do real sentido nas práticas existentes.

Não há dúvidas a ressaltar que não confirme o presente trabalho ser relevante, transmitir elementos suficientes sobre a importância do critério da aplicação da pena, sua dosimetria, a aplicação mediante as três fases que

fundamentam a reprimenda legal, seu ser particularizado nos diversos ramos, como o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, de forma a evitar a padronização da sanção penal, em detrimento da verdadeira soberania do princípio da individualização da pena.

## 1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito(1), originalmente, surge com o reconhecimento de ideais que representam os anseios da sociedade atrelados à oposição de determinadas condutas não aceitas, bem como da diversidade de pensamentos e cultura. Assim, nas sábias palavras de Eduardo C. B. Bittar (2008, p. 37-38), “sua noção parte da ideia de sustentação da moral da indignação, com vistas à proteção da arbitrariedade”.

A partir da organização da vida em sociedade, regular o comportamento do ser humano com vistas à paz é o meio para que se idealize uma convivência equilibrada e harmoniosa entre os seres. Para o mesmo autor (2008, p. 22), prescindir da análise pormenorizada do direito requer considerar as condições e vivências sociais, visto que “o direito age, socialmente, de modo a controlar e determinar comportamentos”.

André Franco Montoro (2008, p. 101-102), lecionando sobre o conceito da palavra ‘direito’, aduz que:

O direito é, considerado um setor da vida social, independentemente de sua acepção como norma, faculdade, ciência ou justo. E, como setor da vida social, deve ser estudado em todas as suas acepções. Onde quer que tenham criado unidades de organização social, os homens têm procurado evitar o caos, estabelecendo em seu lugar uma forma qualquer de ordem em que se possa viver.

Embora não exista uma opinião uniforme dos autores no que tange às origens da concepção de ‘direito’, a doutrina dominante entende que sua origem remonta à época dos gregos e romanos, nas formulações iniciais sobre regulação e ordem interpessoais.

Inicialmente, no que tange à problematização acerca do termo ‘direito’, é imprescindível consignar a lição de Miguel Reale (2002, p. 622), no que afirmar:

Começemos pelo mundo clássico, pela situação do problema da origem na Grécia e em Roma. O assunto não é menos controverso quando apreciado do ponto de vista histórico, havendo possibilidade de múltiplas interpretações. Pode dizer-se, no entanto, que prevalece o reconhecimento de que na Grécia e em Roma prevalece o reconhecimento de questões atinentes ao assunto, mas sem ser propostas de maneira deliberada a

questão de critérios capazes de distinguir o jurídico do não jurídico, ou as diversas esferas do direito.

Conquanto não de modo muito claro, não se vem ao caso o estudo acerca do termo 'direito', mas esse o lança como meio necessário ao entendimento acerca da origem dos princípios constitucionais, que se fazem essenciais aos diálogos dentre os fundamentais do 'direito', sendo imanentes seus princípios normativos e estruturais.

Em se considerando os princípios constitucionais, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 64), "princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem: causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei". Para tanto, Nucci (2011, p. 63-64) afirma que no sentido utilizado em 'direito' não se poderia fugir de tais noções.

O conceito de princípio jurídico indica uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Todos os seus ramos possuem princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei.

Assim, princípios constitucionais são valores eleitos pelo constituinte, inseridos na Constituição Federal(2), e, conforme Guilherme de Souza Nucci (2011) de forma a configurar os alicerces e as linhas mestras das instituições, dando unidade ao sistema normativo e permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos se façam de modo coerente.

Cleber Masson (2011, p. 21) ensina que é sabido, portanto, que os princípios constitucionais são os "valores fundamentais que inspiram a manutenção do sistema jurídico", princípios eleitos para figurar na Lei Fundamental de um povo, de forma que possam servir de norte para todas as demais ramificações e legislações que se façam necessárias para informar as diversas formas de aplicação das normas. Ademais, Guilherme de Souza Nucci afirma que (2011, p. 65-66) "os princípios estão presentes em todo o sistema jurídico normativo como elementos fundamentais da cultura jurídica humana".

Na clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 807-808):

Princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

O conceito de ‘princípio’ deve ser analisado como a fonte primária do saber, que, segundo Fernando Capez (2009, p. 10-11), é estruturado por meio de “proposições diretivas cuja finalidade é originar o desenvolvimento de ideias subordinadas a ela”.

Os princípios preservam os valores que a sociedade elegeu como magnos e superiores, os quais passam a constituir o fundamento, a razão e os fins do sistema constitucional. Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 65), em suas ponderações acerca dos fundamentos que caracterizam os princípios, fez valer que “o mais importante é que eles sejam levados à risca”.

De tudo o que se foi dito, extrai-se a lição de que, nas sábias e ponderadas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 67-68), os princípios constitucionais têm a função de:

Dar uniformidade ao sistema jurídico, cuja norma máxima é a Constituição, permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos sejam feitas de modo a dar coerência ao sistema normativo. Identificando os princípios inseridos na Constituição, pode o intérprete evitar contradições na aplicação das próprias normas Constitucionais.

Os princípios constitucionais formam o conteúdo ideológico e a essência do sistema constitucional, visto que servem, conforme as palavras de Cleber Masson (2011, p. 21-22), para “orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos”. Em sendo assim, para Humberto Ávila (2006, p. 78):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Para encerrar, faz-se necessário, como corolário das características mencionadas sobre os princípios constitucionais, afirmar que na construção do Estado Democrático de Direito(3), sempre será de suma relevância o estudo aprimorado dos princípios constitucionais.

## 2. DOSIMETRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO

Relevante aqui é a possibilidade de incidência sobre a aplicação do sistema trifásico da dosimetria da pena mediante a análise do princípio da individualização e sua correlação com o instituto judiciário a partir dos preceitos vinculativos e discricionários consagrados ao juiz.

É notório afirmar que, enquanto alguns dispositivos fixam o *quantum* da pena ou da fração do aumento ou diminuição desta mesma pena, outros dispositivos deixam ao alvedrio do juiz a fixação da pena e de suas eventuais alterações quando da individualização no caso concreto.

## 2.1 Método Bifásico e Método Trifásico da Dosimetria da Pena

Há que se dizer que o art. 68 do Código Penal Brasileiro apresenta a seguinte redação: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento de pena”.

O critério escolhido pelo Código Penal, principalmente no que consta em seu art. 68, é o critério trifásico da dosimetria da pena, significando dizer que a pena será analisada, bem como estabelecida em três fases distintas, embora interligados os seus elementos.

Aqui, é importante observar a lição de Nelson Hungria (1959, p. 28-29), destacando o elemento trifásico da dosimetria ao magistério já consolidado e de maior viabilidade em meio aos elementos norteadores da aplicação da pena. Assim, cumpre destacar, que:

O juiz deve estabelecer a pena em três fases distintas: a primeira leva em consideração a fixação da pena-base, tomando por apoio as circunstâncias judiciais do art. 59; em seguida, o magistrado deve aplicar as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes dos arts. 61 a 66), para então apor as causas de diminuição e de aumento (previstas nas Partes Geral e Especial).

Nos ensinamentos de Roberto Lyra (1964, p. 81-82), por sua vez, é possível ressaltar sobre o método da dosimetria da pena que:

Merece as circunstâncias atenuantes e agravantes ser analisadas em conjunto com as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, para a fixação da pena-base. Somente após, aplicará o juiz as causas de diminuição e de aumento. A fundamentação para este posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las(4).

A despeito disso, como já ressaltado, prevaleceu o critério proposto por Nelson Hungria, aliás, o mais detalhado no que tange as obrigações e deveres do juiz perante suas ponderações acerca da dosimetria da pena e sua aplicação mediante fato incriminador.

Nesta mesma compreensão, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 151) diz ser possível destacar que “a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção penal”.

Em se considerando tais afirmações, o mesmo autor (2013, p. 151) ensina que o método trifásico foi consagrado no Código Penal, “parecendo ser o mais adequado, pois permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o juiz até concretizar a pena”.

As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente no que se refere à dosimetria da pena. Assim, pode-se afirmar que: “o método trifásico deve ser rigorosamente obedecido, posto que resulte de disposição legal, sendo que a exacerbação desmotivada da pena-base traz sérios prejuízos à parte”, interferindo inclusive nas fases seguintes da fixação (HC 90.150/MS, Rel. Ministra Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJ/MG, Quinta Turma, julgado em 20/11/2007, p. 422).

Importa convir, portanto, que a aplicação da pena-base mediante a análise da dosimetria da pena é fundamentada primariamente no critério trifásico da aplicação, obedecendo o juiz aos requisitos fundamentais dos três critérios, sendo nula a aplicação distorcida do fato incriminador.

Sob as alegações acerca do emprego do sistema trifásico para a aplicação da pena, Fernando Capez (2009, p. 453-454) ensina que:

o Código Penal, em seu art. 68, adotou o sistema trifásico de cálculo da pena, acolhendo, assim, a posição de Nélson Hungria, que sustentava que o processo individualizador da pena deveria desdobrar-se em três etapas, quais sejam:

- 1º) o juiz fixa a pena de acordo com as circunstâncias judiciais;
  - 2º) o juiz leva em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes legais;
  - 3º) o juiz leva em conta as causas de aumento ou de diminuição de pena.
- Esse é o sistema que deverá ser respeitado pelo juiz ao calcular a pena imposta ao réu na sentença condenatória.

Ademais, justifica o jurista Shecaira (1995, p. 176), mediante análise do critério trifásico “que a defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva. Escamotear tais caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação”.

Urge sanar-se esse desvio, concentrando as forças da legislação, bem como de julgados dos tribunais regionais e federais na ideia de que não seja possível a aplicação da pena-base, nem tão pouco ser facilitado sem a composição dos três critérios que compõem o método trifásico da dosimetria, não aceitando, por conseguinte, que se faça como a legislação italiana, ora citada.

Segue-se, portanto, em nossa legislação brasileira, mesmo que conforme a maioria dos doutrinadores em aparato, a desmistificação acerca da possibilidade de aplicação bifásica da pena, sendo verdadeiro que se faz *jus* à aplicação e dosimetria mediante o método trifásico da dosimetria da pena.

## 2.2 Princípio da Individualização da Pena e a Motivação das Decisões Judiciais

Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, conforme Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 131) “por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais”, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.

Na visão de Luiz Luisi (1991, p. 38), “é de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma discricionariedade juridicamente vinculada, pois o juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece”.

No dizer de Roberto Lyra (1964, p. 180-181), é verdadeiro afirmar que, dentro da indeterminação relativa da pena:

É preciso que o juiz, habituado ao angustioso formalismo do sistema anterior, se compenetre desse arbítrio para enfrentá-lo desassombradamente e exercê-lo desembaraçadamente, a bem da efetividade da individualização.

Sabe-se assim, que a motivação das decisões judiciais, ora apresentada como regra fundamental da dosimetria da pena e da aplicação regradada do juiz que é o princípio animador deste fundamento jurídico, pode ser explicada através do próprio Estado democrático de Direito, qual seja o art. 1º, da Constituição Federal(5).

Posteriormente, cumpre destacar que o dever de motivar as decisões judiciais foi previsto em nosso ordenamento jurídico no Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, *in verbis*:

Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda. (BRASIL, 2014).

A Constituição de 1937(6) restabeleceu a unidade legislativa em matéria processual (art. 16º, XVI). O princípio da motivação das decisões judiciais estava previsto nos artigos 118 e 280 do Código de Processo Civil de 1939, *in verbis*:

Art. 118. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e as circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá:

I – [...]

II – os fundamentos de facto e de direito;

III – [...]

Parágrafo Único: O relatório mencionará o nome das partes, o pedido e o resumo dos respectivos fundamentos. (BRASIL, 2014).



Nesse sentido, a fundamentação da sentença permite às partes identificar precisamente quais os motivos que levaram o juiz a julgar daquela forma, para só então decidir se vale a pena recorrer ou não.

Na linha de pensamento tradicional, segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco (2011, p. 74), sabe-se que a “motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma”.

Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas “quisquis de populo”, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Ainda, há que se afirmar, segundo os autores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2011, p. 74-75), as seguintes ponderações:

Bem andou o constituinte ao explicar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciárias, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado (...). A emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, veio a repriminar a antiga arguição de relevância, agora com a exigência da repercussão geral para o recurso extraordinário possa ser conhecido, mas à luz do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, seria constitucionalmente ilegítima alguma disposição legal ou regimental que viesse a dispensar a motivação nas decisões a esse respeito.

Noutra forma, para concluir sobre a motivação das decisões judiciais, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 55) sustenta que “deve o juiz escolher o quantum a aplicar ao condenado, dentre os limites previamente estabelecidos pelo legislador no tipo penal, bem como decidir a respeito das propostas de substituição de penas”.

Ainda no que se refere à Lei de Execução Penal e à obrigatoriedade do magistrado em conceder os fundamentos da sua decisão, é preciso considerar o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, qual seja sua letra: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 2014).

Diante disso, todas as decisões proferidas durante o processo executório devem ser convenientemente motivadas, sob pena de nulidade.

### 2.3 Princípio da Individualização da Pena

Conforme afigura Luiz Antônio de Souza(7) (2013, p. 226), para a presente conceituação acerca do princípio da individualização da pena, há que se dizer que é fundamentalmente a “imposição da sanção penal para cada agente que deva ser analisada e graduada individualmente, ainda que todos respondam pela mesma infração”.

Expressamente indicado pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal, repousa no princípio de justiça segundo o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento, o que em matéria penal significa, conforme José Afonso da Silva (2007, p. 145), a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, “especificamente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime”.

Ressalte-se que, quanto à sua natureza, o princípio da individualização da pena diz respeito aos aspectos objetivos do fato típico. O doutrinador Fernando Capez preleciona que é, sendo assim, uma análise “do lugar e do tempo do crime, objeto material, qualidades da vítima, meios e modos de execução e outras relacionadas ao delito”. Podem, também, ser analisadas sob o prisma dos aspectos subjetivos ou pessoais, conforme menciona Fernando Capez (2009, p. 452-453):

Os aspectos subjetivos ou pessoais relacionam-se ao agente, e não ao fato concreto. Exemplos: antecedentes, personalidade, conduta social, reincidência e motivos do crime. É todo dado agregado à figura típica, cuja ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência. Tem a função de agravar ou abrandar a sanção penal.

Ainda sob o rol taxativo que se estabelece na Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, acerca da individualização da pena, sabe-se que adotará, entre outras: “a privação da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos ou, excepcionalmente, de morte, no caso de guerra declarada”. (BRASIL, 2014).

Vale ressaltar, desde já, que o Código Penal, em seu art. 68, consagrou o critério trifásico para a fixação da pena, significando dizer que a pena será estabelecida em três fases distintas, embora interligados os seus elementos.

Art. 68, CP: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Em seguida, havendo quaisquer das circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas nos arts. 61 e seguintes do CP, a pena será aumentada ou diminuída, conforme o caso e uma nova pena provisória será fixada. (BRASIL, 2014).

No que tange ao Direito Constitucional, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 175), em dizeres taxativos sobre a parte inicial do inciso XLVI, determinam que a lei regule a individualização da pena tendo em vista a *persona*(8) do agente, visto que “significa dizer que o legislador ordinário deverá ao regular a imposição da pena, levar em conta as características pessoais do infrator, tais como o fato de ser réu primário, de ter bons antecedentes etc”.

Nas sábias palavras de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 38), há que se afirmar que “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, pois tem o prisma de especializar o geral, distinguir algo ou alguém dentro de um contexto”.

Dentre as muitas características do princípio da individualização da pena, pode-se afirmar que possui o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, e conforme Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 38), “tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus”.

Ressalte-se que, para Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 38-39), tal fundamento Constitucional apresenta-se de maneira clara e verdadeira, sendo a forma exata e pormenorizada da aplicação da pena, pois segundo o autor:

Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Há basicamente três modos de se individualizar a pena. Primeiramente, há que se afirmar que cabe ao legislador fixar as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação do crime, sendo assim a individualização legislativa. Neste rol, Guilherme de Souza Nucci afirma que (2013, p. 156-157):

A culpabilidade, como elemento do crime, já foi analisada, justamente para que o juiz chegasse à conclusão de que o réu merece ser condenado. Logo, não mais tem cabimento cuidar dos requisitos que a compõem, em sentido estrito. Não mais torna o magistrado a discutir imputabilidade, consciência potencial de ilicitude ou exigibilidade de comportamento conforme o Direito, salvo nas hipóteses expressamente autorizadas pelo legislador, mas, ainda assim, no contexto das causas de diminuição de pena.

Noutra forma, cabe também ao juiz eleger o montante concreto ao condenado, sendo, portanto, a individualização judiciária. Na visão de Luiz Luisi (1991 *apud* NUCCI, 2005, p. 161):

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma discricionariedade juridicamente vinculada. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre eles o juiz pode fazer suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa em que a sanção se destina.

Em destaque, cumpre ressaltar que cabe ao juiz exercer os atos de individualização da pena, fixá-la, escolhendo, entre a pluralidade de possibilidades previstas legalmente, a adequada para o autor e o fato por ele praticado.

Assim também ocorre com a aplicação de outros instrumentos normativos e executórios, no rol da execução da pena, sendo esta a individualização executória. Tem-se que as penas restritivas de direitos são consideradas alternativas às privativas de liberdade, expressamente previstas em Lei. Assim, destaca Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 271-272), em suas ponderadas afirmações, que:

A natureza jurídica da pena alternativa é de sanção penal autônoma e substitutiva. Substitutiva porque deriva da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade. Portanto, quando o juiz aplicar uma pena privativa de liberdade, pode substituí-la por uma restritiva, pelo mesmo prazo da primeira, como regra. É autônoma porque subsiste por si mesma, para efeito de execução, após a substituição.

Portanto, a individualização da pena possui três fases distintas:

**a)** quando da cominação da pena com seu marco, mínimo e máximo, determinados ao tipo penal (fase legislativa);

**b)** quando do arbitramento do *quantum* de pena em sentença motivada proferida pelo juízo da condenação, em proporção às circunstâncias do caso fático (fase judicial);

**c)** quando do cumprimento da medida de segregação, podendo o cativo ter a possibilidade de progressão de regime de acordo com suas características objetivas e subjetivas no cumprimento desta (fase da execução penal).

## 2.4 Incidência do Princípio da Individualização da Pena

É o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

### 2.4.1 Individualização Legislativa

Na fase legislativa, o legislador, ao descrever um tipo penal, mesmo que uma infração fixa os limites mínimo e máximo do preceito secundário do tipo, bem como os regimes de cumprimento e benefícios possíveis de ser concedidos ao infrator do delito. Nesse momento, os órgãos competentes devem agir com razoabilidade, evitando cominar penas severas para condutas pouco ofensivas ou mesmo penas insignificantes para infrações graves.

Assim, embora significativa, a liberdade do legislador para cominar as penas não é absoluta, pois ele deve se guiar por critérios objetivos como a natureza da infração, o bem jurídico tutelado e a necessidade social de repressão do fato.

Fernando Capez (2009, p. 23-24) aduz que o legislador, principalmente no que se refere à formulação de leis, “deve se abster de formular descrições incapazes de lesar ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma”. Caso isto ocorra, o tipo penal criado deverá ser excluído do ordenamento jurídico por incompatibilidade vertical com o texto Constitucional.

Fernando Capez (2009, p. 23-24) assim descreve o tipo penal não passível de aplicabilidade, como sendo uma norma não eficaz e utilizável, nos seguintes termos:

Toda norma penal em cujo teor não se vislumbra um bem jurídico claramente definido e dotado de um mínimo de relevância social, será considerada nula e materialmente inconstitucional. O princípio da individualização da pena é, portanto, um ataque capaz de colocar em concreto e efetivo perigo um bem jurídico tutelável atingido socialmente.

Urge afirmar, segundo entrelinhas mencionadas por Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 38-39), que “cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime”.

Aníbal Bruno (1969, p. 90), cuidando do tema, escreve que “na fixação da pena, a lei tem em vista o valor que a ordem do direito atribui ao bem jurídico que se pretende proteger”.

É de fato real o significado mencionado, visto que a fase legislativa da individualização da pena, quando abstratamente se definem quais condutas ilícitas merecem uma sanção penal e em que grau esta deve se dar, quer seja em razão da periculosidade da conduta, quer seja em razão das características subjetivas do agente.

#### 2.4.2 Individualização Judiciária

Em se considerando a individualização judiciária, pode-se dizer que se refere à prática da infração penal e sua apuração, que é, conforme ensinamentos de Cleber Masson (2011, p. 36), “onde atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado”, em todos os seus prismas e efeitos.

É assim a individualização judiciária consagrada no emprego prudente do arbítrio e discricção do juiz, quais sejam suas decisões e motivações acerca da verdade real dos fatos e acontecimentos.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 42) preleciona ser de grande importância ressaltar que é “impossível comparar a reprimenda aplicada entre os

apenados, uma vez que, além de responderem por delitos diversos, o critério trifásico impõe a observância do princípio da individualização”.

É mister ainda se valer das palavras de Celso Delmanto (2007, p. 185-186), ao aduzir que “o intento de que tais circunstâncias formam um verdadeiro conjunto, devendo-se apreciar todas elas, em relação a cada acusado”.

A exigência de motivação dos atos do poder público em geral, e do Poder Judiciário em particular, representa no que diz respeito ao processo de individualização da pena, a concretização de um ideal comprometido com as garantias individuais dos cidadãos.

Ademais, ressalta Cleber Masson (2011, p. 36-37) que:

A individualização judicial complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz, quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentos fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico da dosimetria da pena.

Por isso mesmo, a decisão do juiz deve ser fundamentada, conforme delinea o art. 93, IX, da Carta Magna de 1988, qual seja:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 2014).

Urge ainda salientar que, na lição de Celso Delmanto (2007, p. 185-186), também não pode “sem o devido esclarecimento de suas razões de decidir, optar por pena alternativa mais severa, fixa-la acima do limite mínimo, optar por regime inicial pior do que o permitido”. Cumpre destacar que o princípio da individualização, no que tange ao indivíduo, não pode passar a pena da pessoa do condenado.

Destaca ainda Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 42-43), que:

O julgador deve, ao fazer a individualização da pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos, bem como aplicar, de forma justa e fundamentada, a cominação que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Assim sendo, com rubrica na fixação da pena, pode-se elencar como fundamento o art. 59 do Código Penal, que traça as principais regras que devem nortear o juiz no cumprimento do princípio constitucional da individualização da

pena. Afirma Celso Delmanto (2007, p. 185-186) que: “A pena deve ser individualizada conforme o necessário e suficiente à reprovação do delito praticado com vistas à prevenção geral e à prevenção especial mediante a ressocialização do condenado e sua reinserção social”.

Também é de suma importância e necessária eficiência a apresentação conforme alhures o Supremo Tribunal de Justiça, em um de seus julgados, qual seja o HC 32.371/RJ, da relatoria do Ministro Paulo Medina:

O Magistrado ao proceder à individualização da pena deve aferir de forma ímpar, única, a conduta de cada agente, percorrendo todas as circunstâncias de natureza subjetiva (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente) e objetiva (natureza, gravidade, circunstâncias, modo de execução, lugar e consequências do crime).

Na lição de Roberto Lyra (1964, p. 116), “o motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento”. Motivo é a razão de ser de alguma coisa, a causa ou o fundamento de sua existência, podendo ser utilizado ainda o termo com o sentido de finalidade e objetivo.

Assim, é importante destacar que, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 181), “não se confunde o motivo do crime com o elemento subjetivo do crime”. Noutra forma, segundo o mesmo autor (2013, p. 181), “dolo é a vontade consciente de realizar a conduta típica, enquanto que culpa é a vontade consciente de desenvolver comportamento arriscado, infringente do dever de cuidado objetivo”.

Explica Paolo Veneziani (2002, p. 153-154) que os motivos determinantes do crime devem ser analisados no contexto da capacidade para delinquir ou em circunstâncias baseadas em motivos particulares, “funcionando, pois, como a causa psíquica, o estímulo, a mola, o impulso, o sentimento, o instinto que alavanca a ação ou omissão, que faz eclodir à vontade”.

Bem andou o constituinte ao explicar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciais, pondo assim limites ao Poder Judiciário, quando da fixação das penas e suas extensivas maneiras de aplicar a dosimetria insculpida no princípio da individualização da pena.

#### 2.4.3 Individualização Executória

Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, coautores de uma infração penal, recebam a mesma pena, o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada.

A fase executória da individualização da pena é processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao

regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional, de forma a evitar a padronização da sanção penal.

A pena de cada crime<sup>(9)</sup> deve, neste sentido, variar de acordo com a personalidade do agente<sup>(10)</sup>, bem como seu meio de execução, não podendo ser igual para todos os presos, justamente porque nem todos são iguais, mas sumariamente diferentes.

No que tange aos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 324), cumpre ressaltar que a individualização executória é fundamental para o contexto da pena, pois a sua concretização, “na sentença condenatória, é somente o primeiro passo para o réu”. O cumprimento, desdobrados em inúmeros fatores de progresso e regresso, na lição do mesmo doutrinador (2013, p. 324) “jamais deve ser padronizado; ao contrário, espera-se a mais adequada individualização possível”.

Segundo Cleber Masson (2011, p. 35-36), a individualização executória, mesmo que a individualização administrativa, “é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário, integral para a realização das finalidades da pena”.

Neste prisma, há que se afirmar que o princípio da individualização executória depende do comportamento individual de cada sentenciado, visto que o princípio da individualização da pena é o escudo protetor contra a padronização da fixação da pena e de seu cumprimento.

Estabelece a Constituição Federal de 1988 que a lei regulará a individualização da pena, mesmo que sua forma de aplicação e principalmente, sua execução. Para tanto, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 175) ensinam que haverá as seguintes espécies: “privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos ou, excepcionalmente, de morte, no caso de guerra declarada”.

Todas elas são próprias do poder de individualização executória do Estado, que se apresenta como regulador das intenções sociais para o bem comum.

No caso da prática de falta disciplinar, o art. 57 da LEP prevê que:

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias, as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. (BRASIL, 2014).

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 326) aduz que “nada mais justo e consagrador do princípio da individualização da pena”. Por isso, ocorrendo falta grave, o juiz deve fundamentar o *quantum* escolhido para a perda dos dias remidos, de acordo com o art. 127 da LEP.

Surge, pois, a necessidade de se individualizar com responsabilidade a pena, visando dar credibilidade ao sistema penal, proporcionando sanção na justa medida da culpabilidade, desiguando os desiguais e respeitando os direitos e garantias humanas fundamentais.



Então, há que se falar que a fase executória da pena, qual seja esta que visa primeiramente individualizar a pena e posteriormente, executá-la, tem em si o condão de se extinguirem pela execução, da mesma maneira que as dívidas se extinguem quando são pagas.

### 3. PODER PUNITIVO DO ESTADO

Ora, o homem não nasceu para viver só. Daqui há que se extrair o brocardo jurídico *“non est enim singulare nec solivagum genus hoc”*. Se o homem vivesse isolado, não seria necessário levantar a questão do seu direito.

É notório destacar, segundo Miguel Reale (2009, p. 345-346) que “o Direito de Punir do Estado surgiu quando o homem, vendo-se obrigado a conviver em sociedade, sentiu a necessidade de segurança para poder gozar de sua liberdade e de seus bens”.

Para tanto, Norberto Bobbio (2004, p. 66-67) ensina que “o Estado estabelece sanções, tentando tornar invioláveis e seguros os bens que protege, é o chamado ‘jus puniendi’(11)”. Dessa forma, Miguel Reale (2009, p. 328) aduz que “cada particular sacrifica um pouco de sua liberdade, colocando-a nas mãos do Estado e assim permitindo que este a retire, se for o caso, em troca de segurança”.

Para que se ponha a questão do Estado(12) como fundamento da organização social, deve-se admitir que o homem desejando conformar a sua conduta à lei do seu ser, reconheça um obstáculo em outro indivíduo, que o impossibilite do cumprimento do seu dever, sendo necessário a regulamentação de um padrão existencial de vivência e coexistência.

É necessário que se destaque, consoante o preclaro Garraud (2003, p. 08-09) que “o homem nasce na sociedade para a sociedade, e nisso consiste o seu estado de natureza, visto que a não procura social descaracteriza o ser singular”.

Quando se diz do poder punitivo do Estado, tem-se que poderíamos elencar um tratado sobre os fundamentos e características presentes no enunciado. Porém, o que se pretende, tão somente, é apresentar breves conceituações acerca da regulamentação exercida pelo Estado diante da coexistência dos indivíduos entre si.

A função imediata do Estado, em seu poder punitivo, nasce com o cometimento de infração penal. Guilherme de Souza Nucci (2011-B, p. 79) afirma o seguinte:

Cometida a infração penal, nasce para o Estado o direito-dever de punir, consubstanciado na legislação material, com alicerce no direito fundamental de que não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine. O Direito Penal, que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, através de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os abusos cometidos pelo Estado.

Na visão de Rogério Lauria Tucci (1978, p. 237), a ação punitiva estatal corresponde “à instrumentalização da jurisdição, ou seja, da ação judiciária, em que se insere ação das partes, apresenta-se o processo penal como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente”.

Conforme Guilherme de Souza Nucci (2011-B, p. 79), o Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas “cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto”.

Ademais, sabe-se que o conceito de Estado é por vezes complexo e pluralista, visto ser quem gera ordem e faz nascerem no mundo da práxis, condutas morais e éticas, obedecendo ao critério social de cada nação.

Abbagnano (2003, p. 364) preleciona que a palavra “Estado” se impôs através da *difusão de Il Príncipe*, de Nicolau Maquiavel. Isso não quer dizer que a palavra tenha sido introduzida por aquele autor, pois Garraud (2003, p. 456) diz que “no século XVI, o mesmo não poderia ter escrito a palavra em questão se esta não fosse de uso corrente em sua época”.

Com Maquiavel não começa apenas a fortuna de uma palavra, mas a reflexão sobre uma realidade desconhecida pelos escritores antigos. Esta palavra “nova” se torna um indicador oportuno para se falar de “Estado” unicamente para as formações políticas nascidas da crise do sistema feudal. A esse respeito, Norberto Bobbio (2004, p. 69) traz as seguintes palavras:

A questão de saber se o Estado sempre existiu ou se se pode falar de Estado apenas a partir de uma certa época é uma questão cuja solução depende unicamente da definição de Estado da qual se parta: se de uma definição mais ampla ou mais estreita. [...] O problema real é saber se existem analogias e diferenças entre o assim chamado Estado moderno e os ordenamentos políticos precedentes.

Pois bem, é nesta esteira que se há de determinar a aplicabilidade do princípio da individualização da pena, mesmo que a análise contextual dos critérios adotados em prol daquele que se tipifica em norma legal.

Assim, o autor acima (2004, p. 93-94) continua dizendo que “a hegemonia da Constituição sobre todo o sistema normativo é uma realidade inerente ao próprio processo de criação da Lei Fundamental”, alicerçado sobre a vontade do povo, titular do poder constituinte originário.

O Estado, assim como o Direito, é instrumento de compromisso, que viabiliza a reciprocidade entre os indivíduos e suas vivências, mesmo que a organização entre as sociedades. Conforme aduz Sacha Calmon Navarro Coêlho (2012, p. 04-05):

Não obstante, o Direito é cultura, na medida em que é produzido pela psique do homem e para os homens. Da vida em sociedade brota o Direito.

A ideia de Direito liga-se à ideia de conduta e de organização. O Direito valoriza, qualifica, atribui consequências aos comportamentos em função da utilidade social sugerida pelos valores da sociedade a que se serve.

Ainda no que estabelece Miguel Reale (2009, p. 76), conforme a obra “Lições Preliminares de Direito”, pode-se afirmar que o Estado, como ordenação de poder, “disciplina as formas e os processos de execução coercitiva do Direito. Assim, conclui-se que o Estado continua sendo a entidade detentora por excelência da sanção organizada e garantidora da sociedade”.

Conforme se apresenta, o poder punitivo do Estado é um todo complexo dentro do mundo, pois visa à organização da Nação em uma unidade de normas, nas quais apresenta Miguel Reale (2009, p. 78-79) os seguintes argumentos:

O Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isso que alguns constitucionalistas definem o estado como a instituição detentora da coação incondicionada. O Estado caracteriza-se por ser a instituição, cuja sanção possui caráter de universalidade, pois nenhum de nós pode fugir à coação do Estado.

Na mesma esteira, o preclaro Guilherme de Souza Nucci (2011-B, p. 68) aduz que “o Estado deve respeitar os direitos do indivíduo, mas precisa também limitá-los, em nome da democracia, pois deve o Estado apresentar-se como um sistema de garantias e limitações”.

Em sendo assim, pode-se concluir que o Estado exerce seu poder punitivo a partir do momento em que se utiliza da coerção como técnica de organização social, como técnica ou conjunto de meios para atingir um determinado objetivo. Nesta perspectiva mora, portanto, a relação entre o ser, o Estado e suas necessidades objetivas e subjetivas em prol de uma organização da práxis humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho afigura que a explicitação acerca do princípio da individualização da pena, mesmo que o critério de dosimetria do sistema trifásico ainda continua como uma meta muito árdua a ser percorrida. Contudo, o seu autor é ciente que o processo de investigação está iniciado. Há obstáculos que precisam ainda ser superados em um processo subsequente de pesquisa. Tal é o caso, pormenorizado, das propensas dificuldades no estudo da aplicação da pena, visto o arcabouço demonstrado em doutrinas e semelhantes, suas diversidades contextuais e suas conclusões, ora divergentes, ora convergentes dos diversos autores elencados.

O princípio da individualização da pena, preceito elencado prioritariamente como constitucional e determinação legal, é processo judiciário discricionário, embora juridicamente vinculado, bem como devidamente fundamentado, contendo

inúmeros elementos sujeitos a abordagem do magistrado por ocasião da sentença condenatória.

O princípio da individualização da pena é o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam iguais, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida. Por este princípio, a reprimenda legal deve ser particularizada nos diversos ramos, o que inibe a inexistência do mesmo, como sendo: Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma a evitar a padronização da sanção penal.

Na individualização legislativa, o legislador escolhe as condutas mais graves para tipificar como crime, estabelecendo, ainda, a pena abstrata do mesmo.

Na individualização judiciária, o juiz aplica a pena abstrata ao caso concreto, perpassando, no sistema atual, por três fases.

Na individualização executória, o juiz da execução penal observa os benefícios a que os presos têm direito, concedendo-os quando devidos.

Importa observar que, independentemente da etapa da individualização que se estiver a realizar, o princípio da individualização da pena consagra a isonomia material, isso porque ele atribui tratamento diverso a indivíduos que se encontram em situações distintas, primando, assim, pela efetivação da Justiça e pelo respeito às garantias constitucionais.

O grande mérito que se destaca, em detrimento da pesquisa realizada, faz entender os processos de aplicação do princípio da individualização da pena, sua conectividade com as decisões atuais, sua relevância com o mundo que não para, as perspectivas e as melhorias no campo social e cultural, na política e no interesse individual, judicial e político, cuja essencialidade é predominantemente influenciada pelo critério da dosimetria da pena aplicada, mesmo que aos exegetas da legislação atualizada.

Vale dizer, a garantia constitucional da individualização da pena, serviente que é também do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não limita essa dignidade ao momento jurisdicional condenatório, mas a individualização é fonte de identidade, de subjetividade, de exata proporção e aplicação da pena.

Portanto, de modo geral, tendo em vista as compilações acerca do conteúdo proposto, sabe-se que a essência desse fundamento advém da ideia de que o Ser é absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte. Individualizar a pena consistirá em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que “É” pessoa, ser Distinto.

#### NOTAS DE FIM

1. Segundo André Franco Montoro (2008, p. 62), nesse contexto, “o Direito é considerado uma ciência, pois tem por finalidade o estudo do homem em todos os aspectos valorativos de sua personalidade”, já que visa à investigação de um dever-ser jurídico, ou seja, na lição do mesmo

- autor (2008, p. 64-64) “o estudo das normas jurídicas, em abstrato, a formulação de um pensamento acerca do fenômeno jurídico que se constitui em um procedimento de descoberta e estudo do comportamento humano”, numa sociedade de regras.
2. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 67), “Constituição Federal é o corpo de normas fundamentais, de superioridade máxima dentro do ordenamento jurídico, que estabelece a estrutura do Estado, fixando direitos em geral e deveres, além dos imprescindíveis direitos humanos fundamentais e das garantias que os sustentam”.
  3. Título I – Dos Princípios Fundamentais: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BRASIL, 2014).
  4. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 150-151): “Na Itália, vigora o sistema bifásico, mas com características próprias: primeiramente o juiz fixa a pena-base entre o mínimo e o máximo previstos no tipo incriminador, levando em conta as circunstâncias judiciais; após, aplica as agravantes e as atenuantes, envolvendo num só contexto todas as circunstâncias legais, o que, para nós, seria a mistura das agravantes com causas de aumento e das atenuantes com as causas de diminuição”.
  5. Conforme apresenta o jurista Pedro Lenza (2010, p. 105), pode-se afirmar: “nos termos do art. 1º, o Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, de sua honra, de sua independência e de sua prosperidade”.
  6. Conforme destacam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 28-29): “A Constituição de 1937, frequentemente chamada de ‘Constituição Polaca’, embora contivesse um rol de pretensos direitos fundamentais, não contemplava o princípio da legalidade, nem o da irretroatividade das leis. Não previa o mandado de segurança. Possibilitava a pena de morte para crimes políticos e previa a censura prévia da imprensa e demais formas de comunicação e entretenimento, dentre outras disposições restritivas inteiramente incompatíveis com um verdadeiro Estado Democrático de Direito”.
  7. Luiz Antônio de Souza é Promotor de Justiça do Meio Ambiente. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor Doutor da PUC-SP e do Complexo Jurídico e Faculdade Damásio de Jesus.
  8. Segundo César Roberto Bittencourt (2012, p. 212): “Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio accidental na vida do réu”.
  9. Micuel Foucault (1987, p. 78) explica que “se deixarmos de lado o dano propriamente material, que embora irreparável como num assassinato é de pouca extensão na escala de uma sociedade inteira o prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele: o escândalo que suscita, o exemplo que dá, a incitação a recomençar se não é punido, a possibilidade de generalização que traz consigo. Para ser útil, o castigo deve ter como objetivo as consequências do crime, entendidas como a série de desordens que este é capaz de abrir. Punir será então uma arte dos efeitos; mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime: seus próprios efeitos e os da pena”.
  10. Segundo Celso Delmanto (2007, p. 188-189), a personalidade do agente diz respeito à sua índole, à sua maneira de agir e sentir, ao próprio caráter do agente. Deve-se averiguar se o crime praticado se afina com a individualidade psicológica do agente, caso em que essa sua personalidade voltada ao delito pesará em seu desfavor e, ao contrário, em seu favor.
  11. Quando ocorre uma infração penal, surge o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir exercido pelo Estado. O jus puniendi pode ser definido como direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação

ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica. Pode ser chamado também de Direito poder-dever de punir do Estado, já que não é só uma faculdade que o Estado tem de punir, mas também uma obrigação.

12. Pode-se conceituar Estado, de forma genérica e simplificada, com as palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 01), que o faz da seguinte forma: “a organização de um povo sobre um território determinado, dotada de soberania. Seria, portanto, a soberania, o povo e o território. Todo Estado, conforme conceituado, tem uma Constituição, visto ser ela a forma de organização do Estado”.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 6. ed. 2006.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, *Código Penal*. Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 1940, e retificado em 03 de janeiro de 1941, Brasília.

\_\_\_\_\_. Lei N. 2.889, de 01 de outubro de 1956, *Lei de Genocídio*. Diário Oficial da União, de 02 de outubro de 1956, Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N. 3.689, de 03 de outubro de 1941, *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941, Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. Lei N. 7.209, de 11 de julho de 1984, *Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal*. Diário do Congresso (seção II), de 29 de março de 1984, Brasília.

\_\_\_\_\_. Lei N. 7.210, de 11 de julho de 1984, *Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, de 13 de julho de 1984, Brasília.

\_\_\_\_\_. Lei N. 8.069, de 13 de julho de 1990, *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Diário Oficial da União, de 16 de julho de 1990, e retificado em 27 de setembro de 1990, Brasília.

\_\_\_\_\_. Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990, *Lei dos Crimes Hediondos*. Diário Oficial da União, de 26 de julho de 1990, Brasília.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 13. ed. 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

DELMANTO, Celso, *Código Penal Interpretado*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Direito Penal: Lições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

FRANCO, Alberto Silva, *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

## **GRANDE SERTÃO: ENTRE VEREDAS E DIREITO**

*Geraldo Rodrigues da Silva Neto  
Hugo Pires*

Como citar esse artigo:

SILVA NETO, Geraldo  
Rodrigues da. PIRES,  
Hugo. Grande Sertão:  
entre veredas e  
direito, in BERNARDI,  
R.; SALIBA; M. G.;  
BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

### **RESUMO:**

Entre veredas e Direito, trazer a literatura e o cinema para dentro do Direito exige do jurista muito mais do que a técnica simplista de conhecer artigos e códigos. Exige, pois, a perspicácia de notar na ficção aquilo repercute aos olhos diuturnamente no seio da sociedade. Deste modo, o presente trabalho tem por objetivo conciliar a obra “Grande Sertão: Veredas” ao anseio social, influenciado pela mídia, de fazer justiça com as próprias mãos em contrapartida à autoridade do Estado como único e legítimo detentor do poder de punir.

**Palavras-Chave:** Estado. Justiça. Mídia. Poder de punir.

### **ABSTRACT:**

Among paths and Law, bring literature and cinema into the law requires the lawyer more than the simplistic technique known articles and codes. Therefore requires the foresight to notice in fiction that affects the eyes incessantly in society. Thus, this paper aims to reconcile the book "Great Wilderness: Paths" the social desire, influenced by the media, to take justice into their own hands in exchange for the state's authority as the sole and legitimate possession of the power to punish.

**Keywords:** Justice. Media. Power to punish. State.

### **Biografia dos autores:**

*Geraldo Rodrigues da  
SILVA NETO*  
Graduado em direito  
pelas FIO. Advogado.

*Hugo PIRES*  
Graduado em letras  
pela Universidade  
Estadual do Norte do  
Paraná.



## INTRODUÇÃO

O trabalho aqui desenvolvido tem o fito de analisar o momento atual vivido pela segurança pública e pelo poder punitivo do Estado, procurando assim associar o tema em questão com o filme “Grande Sertão: Veredas”, originado da obra de Guimarães Rosa, um dos cânones da literatura brasileira.

A autotutela chancelada pela sociedade está quase sempre em contraste com a segurança pública fornecida pelo Estado, isto porque hodiernamente as pessoas encaram a Justiça como sendo morosa, fraca e corrompida, sendo que a melhor justiça seria a do povo, “olho por olho e dente por dente”, acarretando, pois, retrocesso à chamada Lei de Talião.

A indignação da sociedade face ao poder punitivo do Estado, este, tachado como aquele que funciona somente contra os pobres ou aqueles de pouca influência, frequentemente estampa capas de jornais ou são destaques em programas televisivos. Referida indignação ganhou espaço, inclusive, nas manifestações populares que precederam o período eleitoral no ano de dois mil e catorze.

Nesta toada, muito se ouve que a coletividade está desgastada com tantas “injustiças” que envolvem o tema em questão, de modo que pregam que a verdadeira “justiça”, além da Divina, deve ser prestada pela própria sociedade, em uma espécie de “um por todos e todos por um”, uma vez que o Estado tem-se mantido inerte a tantos escândalos.

Sendo assim, o povo será o juiz da causa, capaz de julgar acerca da vida de outro, bem como garantir-lhe a pena devida. Um retorno ao passado e, filosoficamente falando, à teoria do contrato social criada por Hobbes, Rousseau e Locke.

Em meio a tal contexto, surge o principal escopo deste trabalho, o qual repousa em traçar um paralelo entre o momento atual vivido pela segurança pública e pelo Poder Judiciário brasileiro, com um capítulo do livro de Guimarães Rosa, que posteriormente transformou-se em filme, titulado “Grande Sertão: Veredas”.

No capítulo em questão, é narrado o julgamento de Zé Bebelo, jagunço diplomata e liberal que se revolta contra os jagunços conservadores da região e causa um grande *frisson* entre todos, a ponto de ser capturado por alguns e ser julgado por eles próprios em uma espécie de tribunal do júri, onde decidem sobre sua vida ou morte.

Busca-se com essa comparação analisar todo o contexto punitivo resguardado pelo Estado, traçando um comparativo com o julgamento supracitado, vez que “a justiça com as próprias mãos”, em decorrência da ausência estatal, tem ganhado força em pleno século XXI.

Entre outros aspectos, procurar-se-á abordar também o poder da polícia e o fator mídia perante a sociedade, ou seja, a força que a televisão e demais meios de convívio social têm sobre causas que ganham grande repercussão. Será que algum

indivíduo, acusado de qualquer crime que seja, poderá ser absolvido face ao clamor social por sua condenação?

Por derradeiro, a presente pesquisa buscará esclarecer estes e demais pontos referentes ao tema, porquanto, o filme em questão, em alguns aspectos, reflete sobremaneira a forma de pensar de grande parte do corpo social brasileiro.

## 1 ENREDO, ZÉ BEBELO E O JULGAMENTO

Antes de se abordar o contexto crítico do texto, faz-se necessário um breve resumo acerca da obra de Guimarães Rosa, especificamente sobre o personagem denominado Zé Bebelo e como acabou sendo julgado pelos demais jagunços, tudo com o intuito de se chegar a uma conclusão lógica acerca dos fatos, bem como posteriormente poder relacioná-los com o poder punitivo estatal e suas vertentes.

O filme “Grande Sertão: Veredas”, baseado na obra de Guimarães Rosa, relata as vivências de Riobaldo, narrador em primeira pessoa da história, que passa a relatar seus pensamentos e vivências do sertão. Detentor de ideias filosóficas e de dúvidas intrigantes, como a existência do bem e do mal, em certa parte da história Riobaldo torna-se professor, o que culmina na aparição do personagem Zé Bebelo, antes aluno e posteriormente mestre.

Zé Bebelo, mais um entre tantos jagunços da região, é conhecido como homem destemido, de vontades ímpares e com vocação para a política. Sua pretensão? Liberar o sertão das “garras” dos jagunços conservadores que lá estão, que se sentem donos e mandatários da região, comandado pelo influente jagunço Joca Ramiro.

Zé Bebelo – ah. Se o senhor não conheceu esse homem, deixou de certificar que qualidade de cabeça de gente a natureza dá, raro de vez em quando. Aquele queria saber tudo, dispor de tudo, poder tudo, tudo alterar. Não esbarrava quieto. Seguro já nasceu assim, zureta, arvoado, criatura de confusão. Trepava de ser o mais honesto de todos, ou o mais danado, no tremeluz, conforme as quantas. Soava no que falava, artes que falava, diferente na autoridade, mas com uma autoridade muito veloz. (...) Zé Bebelo era inteligente e valente. Um homem consegue intrujar de tudo; só de ser inteligente e valente é que muito não pode. E Zé Bebelo pegava no ar as pessoas (ROSA, 1994, p. 99).

Zé Bebelo aspirava por acabar com a tirania dos jagunços, ansiava em fazer com que o povo sertanejo pudesse viver em paz, sem sofrer com o medo de saques ou mortes. De certa forma, Zé Bebelo buscava uma revolução, a fim de que Joca Ramiro e seus comparsas não tivessem mais domínio algum sobre o sertão.

Em texto retirado da obra original, Guimarães Rosa destaca as palavras de Zé Bebelo face ao “jaguncismo”:

– Sei seja de se anuir que sempre haja vergonha de jagunços, a sobre-corja? Deixa, que, daqui a uns meses, neste nosso Norte não se vai ver mais um qualquer chefe encomendar para as eleições as turmas de sacripantes, desentando da justiça, só para tudo destruírem, do civilizado e legal!” Assim dizendo, na verdade sentava o dizer, com ira razoável. A gente devia mesmo de reprovar os usos de bando em armas invadir cidades, arrasar o comércio, saquear na sebaça, barrear com estrumes humanos as paredes da casa do juiz-de-direito, escramuçar o promotor amontado à força numa má égua, de cara para trás, com lata amarrada na cauda, e ainda a cambada dando morras e aí soltando os foguetes! Até não arrombavam pipas de cachaça diante de igreja, ou isso de se expor padre sacerdote nu no olho da rua, e ofender as donzelas e as famílias, gozar senhoras casadas, por muitos homens, o marido obrigado a ver? (ROSA, 1994, p. 178).

Não bastasse a ira que tinha pelos jagunços, Zé Bebelo não perdia a oportunidade de levantar seu ego, e, ainda naquela época, fazer política.

Ao quando falava, com fogo que puxava de si, Zé Bebelo tinha de se esbarrar, ia até na varanda ou na janela, a apitar o apito, ditar as boas ordens. Daí, mais renovado, voltava para perto de mim, repunha: – “Ah, cujo vou, siô Baldo, vou. Só eu que sou capaz de fazer e acontecer. Sendo porque fui eu só que nasci para tanto!” Dizendo que, depois, estável que abolisse o jaguncismo, e deputado fosse, então reluzia perfeito o Norte, botando pontes, baseando fábricas, remediando a saúde de todos, preenchedo a pobreza, estreando mil escolas. Começava por aí, durava um tempo, crescendo voz na fraseação, o muito instruído no jornal. Ia enjoando. Porque completava sempre a mesma coisa. (ROSA, 1994, p. 178).

Assim, respaldado na valentia supramencionada, bem destacada pelo autor, e na gana de livrar o sertão dos jagunços que lá mandavam, Zé Bebelo acabou inflamando o ego de Joca Ramiro, dando início a uma guerra, que ainda tinha do outro lado jagunços como Diadorim, Hermógenes, e Ricardão, seguidores de Joca Ramiro.

Zé Bebelo, apesar da bravura foi derrotado, sendo levado, por indicação própria, a um julgamento perante os jagunços vencedores.

– Aposto que sei. Aí foi ele mesmo quem quis. O homem estúrdio! Foi defrontar com Joca Ramiro, e, assim agarrado preso, do jeito como desgraçado estava, brabo gritou: – Assaca! Ou me matam logo, aqui, ou então eu exijo julgamento correto legal!... e foi. Aí Joca Ramiro consentiu, apraz-me, prometeu julgamento já...” – isto o que falou João Curiol, para me dar a explicação (ROSA, 1994, p. 354).

O julgamento contou com a participação dos jagunços e então jurados, Sô Candelário, Hermógenes, Ricardão, Titão Passos, João Goanhá, além do “juiz” Joca

Ramiro. Hermógenes foi o primeiro a votar, pedindo pela condenação e morte de Zé Bebelo; acompanhando seu voto, Ricardão também pediu pela morte.

Por outro lado, Sô Candelário, Titão Passos e João Goanhá votaram pela absolvição do acusado, uma vez que, segundo alegação dos jurados, àquele não cometeu crime algum.

Segue abaixo parte do voto de Sô Candelário:

– Crime?... Crime não vejo. É o que acho, por mim é o que declaro com a opinião dos outros não me assopro. Que crime? Veio guerrear, como nós também. Perdeu, pronto! A gente não é jagunços? A pois: jagunço com jagunço – aos peitos, papos. Isso é crime? Perdeu, rachou feito umbuzeiro que boi comeu por metade... Mas brigou valente, mereceu... Crime, que sei, é fazer traição, ser ladrão de cavalos ou de gado... não cumprir a palavra... (ROSA, 1994, p. 372).

Sendo assim, faltava somente o voto de Joca Ramiro; antes de se pronunciar, articulou os demais jagunços que acompanhava o julgamento a se pronunciarem, até que Riobaldo propôs que Zé Bebelo fosse embora da Bahia, para bem longe, e que não voltasse mais para os arredores do sertão.

Sô Candelário e Titão Passos apoiaram a ideia e também fundamentaram a favor. Depois de tantas conversas e pronunciamentos, Joca Ramiro decide pela expulsão de Zé Bebelo da Bahia e de todo o estado do Nordeste. Este, por sua vez, aceitou.

– O julgamento é meu, sentença que dou vale em todo este norte. Meu povo me honra. Sou amigo dos meus amigos políticos, mas não sou criado deles, nem cacundeiro. A sentença vale. A decisão. O senhor reconhece?" – "Reconheço" – Zé Bebelo aprovou, com firmeza de voz, ele já descabelado demais. Se fez que as três vezes, até: – "Reconheço. Reconheço! Reconheço..." – estrepitosos estalos de gatilho e pinguelo – o que se diz: essas detonações. – "Bem. Se eu consentir o senhor ir-se embora para Goiás, o senhor põe a palavra, e vai?" Zé Bebelo demorou resposta. Mas foi só minutozinho. E, pois: – "A palavra e vou, Chefe. Só solicito que o senhor determine minha ida em modo correto, como competência (ROSA, 1994, p. 393).

E assim procedeu, contudo antes de partir Zé Bebelo e Joca Ramiro resolveram algumas pendências, e indagado de quando poderia voltar, Joca Ramiro respondeu: "Até enquanto eu vivo for, ou não der contra-ordem..." (ROSA, 1994, p. 395).

Esta foi apenas uma parte da história retratada no filme, que ulteriormente ainda teria muitos outros casos e desavenças, mas é a fração que será usada para embasar a presente pesquisa, uma vez que, amiúde, trata-se de um episódio onde uma pessoa revoltada com o Governo rebela-se contra ele, conquanto se vê diante

do “poder” que é governar. Por outro lado, também contempla a ideia da “justiça com as próprias mãos” onde as pessoas ali reunidas, longe de qualquer intervenção estatal, decidiram sobre a vida de outrem.

## 2. O PODER DE PUNIR DO ESTADO

Quando se fala em Estado, cuida-se nos âmbitos estadual e federal, representado pelos estados-membros da Federação e pela União, respectivamente. De uma forma ou de outra, cabe ao Estado zelar pela Constituição e seus princípios, de modo que a vida de todo e qualquer indivíduo deve ser resguardada, para que ela seja, no mínimo, respaldada na dignidade, cuja garantia vem expressamente pelo texto constituinte.

Neste passo, uma das formas de se viver dignamente é viver protegido, e um dos mecanismos garantidores para tanto é justamente o poder de punir do Estado, que por intermédio de leis, polícias e de intervenções fará com que toda a coletividade se veja amparada. Por outras palavra, cabe ao Estado e somente a ele garantir o bem jurídico mais valioso de todo e qualquer indivíduo, qual seja, a vida.

Uma das tarefas essenciais do Estado é regular a conduta dos cidadãos por meio de normas objetivas sem as quais a vida em sociedade seria praticamente impossível. São estabelecidas regras para regulamentar a convivência entre as pessoas e as relações destas com o próprio Estado (CRUZ, 2013, p. 01).

E a grande atuação do Estado se dá por intermédio das leis, isto é, regras e normas postas à sociedade com o fim de proporcionar proteção. Nesta toada, talvez o grande artifício do Estado repouse sobre o Código Penal, afinal, são vários artigos de lei que regulam o comportamento social, de modo que a transgressão a qualquer destes artigos culminará em uma sanção penal, seja ela restritiva de liberdade ou de direito.

A pena tem a função primacial de legitimação da ordem vigente e de manutenção da estabilidade e da paz jurídica. Com a punição pretende a sociedade apoiar e reforçar o Ego social, auxiliando-o no domínio dos seus instintos. O que se pode conseguir por via directa, castigando o delinquente, ou por via indirecta, castigando os outros. O castigo dos elementos a-sociais reconfortará os membros das maiorias obedientes à lei, sancionando as suas posições de seres <normais> e <morais>. A pena tem, assim, uma função de evitar o contágio do crime (*apud*. DIAS; ANDRADE, 1997, p. 203).

Assim, ao menos, teoricamente, tem-se um conjunto legal capaz de coibir qualquer ato que atente contra a vida, contra ao patrimônio, contra a ordem econômica, e assim por diante, ou seja, de certa forma, é asseverado ampla segurança a todos, e as mais variadas hipóteses de ações criminosas.

O crime é a violação de um bem juridicamente tutelado que afeta as condições da vida social, pelo que é imperativo do bem comum a restauração da ordem jurídica que com o delito foi atingida. Se o Estado tutela um bem jurídico em função do interesse social, cumpre-lhe reagir contra quem viola esse bem que a ordem jurídica ampara. [...] Surge assim o direito de punir, o qual nada mais traduz que o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável. Abolida que está a vingança privada, a sanção penal é hoje monopólio do Estado, pois o Direito Penal tem uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada. Só o Estado, portanto, tem o poder de punir. O particular pode vingar-se de seu ofensor, reagir contra ele, nunca porém exercer a *sanctio juris*. Nem na legítima defesa (na qual é legalmente autorizado a defender-se, e não a aplicar sanções), nem nos crimes de queixa privada (em que apenas existe um fenômeno de substituição processual), pode encontrar-se exceção ao princípio enunciado (*apud*. CRUZ, 2013, p. 01).

Neste sentido, importa salientar que o chamado poder de punir cabe, exclusivamente, ao Estado, sendo que o particular não poderá praticar a autotutela (mesmo tendo vontade), sob pena de estar cometendo algum crime, exceto pelas formas resguardadas em Lei, como a legítima defesa, sendo que, ainda nessa hipótese legal, o excesso poderá ser punido.

Conforme Hans Kelsen:

Este monopólio da coação está descentralizado quando os indivíduos que têm competência para a execução dos atos coativos estatuídos pela ordem jurídica não têm o caráter de órgãos especiais, funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, mas é aos indivíduos que se consideram lesados por uma conduta antijurídica de outros indivíduos que a ordem jurídica atribui o poder de utilizar a força contra os violadores do Direito – ou seja, quando ainda perdura o princípio da autodefesa (KELSEN, 2009, p. 40).

Percebe-se, então, que as limitações colocadas pelo “Leviatã” (denominação adotada por Hobbes para definir o Estado) são puramente intervencionistas, ou seja, ele intervém na conduta humana com o fito puramente assecuratório, como se dissesse: “não pratique determinada conduta, caso contrário, eu, o Estado, terei que intervir em prol do bem maior, o povo”.

Desta forma, por que questionar acerca do poder punitivo do Estado? Afinal, existem leis, regras e normas, que, se violadas, penalizam o opressor e salvaguardam toda a sociedade.

Entretanto, contemporaneamente, parece que o poder supramencionado não é demasiado “poderoso”, ou seja, há falhas, equívocos e muitas decisões controversas que colocam em xeque o soberano leviatã. Não se tem uma resposta óbvia para isso, muito menos certa, no entanto existem hipóteses que talvez possam explicar tamanhas interrogações que são colocadas sobre a segurança pública.

A começar pelo próprio povo, pelo próprio indivíduo que afirma viver em sociedade, isso porque, muito se exige probidade e transparência, mas poucos são aqueles que efetivamente pautam suas vidas nesses moldes, isso, somado a tantos outros fatores, faz com que se exija, muito mais, da proteção do Estado.

À guisa de curiosidade, segue abaixo trecho do artigo escrito pelo jurista Luiz Flavio Gomes ao site Jusbrasil, intitulado “Homicídios: mundo reduz 16%; Brasil sobe 8,6%. Onde estamos errando?”:

De acordo com o Relatório Global de Status da Prevenção da Violência 2014 (da Organização Mundial da Saúde - ONU), no período de 2000 a 2012 a redução global dos homicídios foi de 16%; no mesmo período, o Brasil teve crescimento de 8,6% na taxa de assassinatos e de 24,1% nos números absolutos: em 2000 tivemos 45.360 mortes (26,7 para cada 100 mil pessoas); saltamos em 2012 para 56.337 óbitos, com taxa de 29 para cada 100 mil. O relatório estima que em 2012 teriam ocorrido 475 mil assassinatos no mundo todo (quase 12% deles no território brasileiro); 60% das mortes são do sexo masculino, com idade entre 15 e 44 anos; os homicídios são a terceira causa de morte para homens nessa faixa etária. As Américas são a região mais violenta do planeta: 28,5 homicídios para 100 mil habitantes; a Região Africana vem em segundo lugar, com uma taxa de 10,9 homicídios por 100 mil habitantes. Ao longo do período de 2000 a 2012, as taxas de homicídio tiveram uma queda de pouco mais de 16% globalmente (de 8,0 para 6,7 por 100 mil habitantes); nos países de alta renda, a redução foi de 39% (6,2-3,8 por 100 mil habitantes). Nos países de renda média superior e inferior a queda foi de 13%; para os países de baixa renda a redução foi de 10%. Todas as regiões do planeta estão reduzindo os assassinatos (o Brasil, no entanto, está na contramão do mundo) (GOMES, 2015, p. 01).

Tomando por base a citação acima, questiona-se, por exemplo, se o Estado tem suporte e estrutura suficientes para tantas demandas de crimes contra a vida. Deveria ter, não deveria? Afinal, não é essa sua função, como bem abordado até aqui? Teoricamente, sim.

Neste diapasão, releva destacar não só o Código Penal que regula o comportamento social, mas também os demais códigos e leis infraconstitucionais que compõem a ordenação jurídica, de modo que podem ser acionados por aquele que se

sentir lesado, cabendo ao indivíduo exercer o poder de petição perante o Judiciário.

Não obstante, quantas vezes não se ouve dizer que o Código Penal foi criado exclusivamente para os miseráveis, os chamados pobres na acepção jurídica, à medida que os portadores de riquezas, frequentadores da classe média alta, os apelidados de “colarinhos brancos”, sequer cumprem pena em regime fechado, ou se as cumprem, recebem várias regalias? O sistema carcerário é composto, em sua maioria, por “ladrões de galinha”. Referida constatação ilustra a velha história que, embora extremamente exagerada, tem lá os seus aspectos verdadeiros.

Ou, quantas vezes ouvem-se queixas sobre o Poder Judiciário e sua morosidade, uma vez que processos judiciais se perdem no tempo e espaço, deixando à deriva o sujeito que luta por seus direitos, os quais são garantidos pelos inúmeros regulamentos citados há pouco.

Consequentemente, surge, ou melhor, ressurge a chamada autotutela, onde o indivíduo busca fazer justiça com as próprias mãos. Se não a faz (justiça), ao menos, pensa a respeito. Tem-se a percepção de que para haver “justiça” necessário se faz que o juiz da causa, o concretizador das leis, seja o próprio povo. Como no episódio de Zé Bebelo e Joca Ramiro.

Não é o caminho, mas reflexões como essas fazem com que se tenha ideia da significativa desconfiança perante o Estado, e explica, inclusive, momentos de euforia quando se cogita adotar a pena de morte no País. Embora também não seja esse o caminho, diante do cenário vivido atualmente, não causaria surpresa se fosse adotada (pena de morte), afinal, muitos dos que elaboram o principal artifício do poder estatal, ou seja, as leis, são os mesmos que as fraudam diuturnamente.

Brasil, ah Brasil!

### 3. A POLÍCIA, O POLICIAMENTO E A MÍDIA

Quando se aborda sobre o poder punitivo do Estado e suas formas de exercê-lo, além das leis, outros mecanismos são adotados para a regulamentação da vida em sociedade, e um desses mecanismos encontra-se na figura da polícia, seja ela civil, militar, rodoviária ou federal; e na figura do policiamento.

Fala-se em polícia e policiamento porque ambos possuem uma singela distinção, enquanto aquela está voltada diretamente à segurança pública, este é relacionado com a forma de exercício da polícia, ou seja, representa os policiais fardados, distribuídos nas funções e regiões.

A polícia e as atividades de policiamento constituem fenômenos aparentemente nítidos nas sociedades modernas. Por isso, quando falamos em “polícia” evocamos, independentemente da variedade de estrutura policias existentes no mundo, uma estrutura pública e profissional voltada para as funções de manutenção da ordem e da segurança pública. O “policiamento”, por outro lado, remete à atividade específica de patrulhamento preventivo, levada a efeito pela presença visível de policiais



uniformizados ou fardados que costumam cobrir áreas geográficas definidas, atendendo a uma estratégia centralizada (ROLIM, 2006, p. 21).

Os policiais são conhecidos como os executores da lei e da ordem, os quais cumprem um importante papel na sociedade, uma vez que sacrificam suas vidas constantemente a favor do bem estar social.

Neste passo, faz-se necessário um elogio, afinal, imperioso destacar que ser policial nos dias atuais está intimamente ligado à vocação profissional e ao amor ao emprego, independentemente da remuneração percebida, isso porque, em detrimento do pífio salário que recebem, enfrentam criminosos que, se ativos, corrompem todo o convívio social.

Não bastasse zelar pela ordem social, os policias constantemente são vítimas dos infratores das leis e submetidos a situações de desacato e atentados contra suas próprias vidas, razão pela qual o número de policiais assassinados no País aumenta dia após dia. A respeito do tema, em entrevista ao jornal O Globo, o secretário de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame afirma:

— A polícia está sozinha nessa selvageria toda com essas pessoas que não tem apego algum pela vida e matam por um celular. Precisamos da ajuda das outras instituições que compõem o conceito de segurança pública. A ponta disso tudo é a polícia, e ela continua sozinha nessa luta — afirmou o secretário, que repetiu um alerta. — A polícia está se esgotando. A situação de impunidade impera, há uma banalização da vida. Tiram a vida das pessoas de uma maneira muito natural, tiram por causa de um carro, de R\$ 30, de um celular. Isso tem a ver com impunidade.(1)

Entretanto, do outro lado da moeda, à margem da imprescindibilidade da polícia e do policiamento, à margem da instabilidade policial hodierna, tem-se o excesso de poder, muitas vezes oriundo de um sistema corrupto, que faz com que o próprio policial seja o magistrado da causa, a ponto de decidir sobre a vida do suspeito.

Exceder o poderio sobre algo é ir além dos ditames legais, é apoiar-se em uma hierarquia e apoderar-se dela, fazendo com que outras pessoas sejam afetadas por isso. E atualmente tem-se lido e visto muito acerca de condutas de policiais que extrapolam o senso comum, ocasionando lesões graves ou até morte aos acusados de práticas criminosas.

Contudo, apesar de tais atitudes serem legal e socialmente reprováveis, apresentam um contraponto, de forma que a própria sociedade entende como razoáveis tais condutas excessivas, afinal, o policiamento está agindo face a criminosos, a pessoas que deveriam ser excluídas do convívio social.

Percebe-se o ponto alarmante que chegou a opinião pública? Isto é, exercer o poder que lhe é atribuído em razão do cargo, de forma altruísta e exacerbado, é justificado quando usado contra “criminosos”. Convoque-se, então, Maquiavel e

indague-o se “os fins justificam os meios”, afinal, é exatamente nisso que se apoia o clamor social.

A par disso, o devido processo legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório que são preceitos fundamentais e constitucionais cai por terra, de modo que os suspeitos de práticas de crimes, exato, suspeitos, acabam sendo julgados como criminosos pela própria polícia, com o aval, inclusive, do povo.

É assustador! Muito menos crer que em pleno século XXI a sociedade, frise-se, talvez não em sua maioria, seja adepta a valores desumanos e perturbadores, uma vez que se tratam de pessoas, de vidas, que acabam sendo sentenciadas muito antes de exercer qualquer direito de defesa.

Neste contexto, insere-se, inclusive e sobretudo, a mídia.

A imprensa jornalística e televisiva, grande veículo de informações mundiais, é responsável por transmitir notícias do cotidiano e atualizar todo o cenário mundial. Não se pode olvidar da força persuasiva que possuem os meios de comunicação, vez que representam grandes fontes formadoras de opinião. Todavia, não quer isso dizer que tais informações não são controversas ou até mesmo inverídicas, já que atrás de toda essa informação existem seres humanos, que também estão fadados ao erro.

Posta assim a questão, faz-se oportuno analisar a influência da mídia, principalmente, diante dos noticiários envolvendo condutas criminosas, precipuamente aquelas que por sua natureza já prendem a atenção do telespectador, dos ouvintes ou do leitor.

Retornando ao questionamento introdutório, será possível ao suspeito infringir a lei penal e ser absolvido diante do clamor social? Teoricamente, sim, mas, na prática, a tarefa não é tão simples. É direito das pessoas serem informadas sobre os acontecimentos que as cercam, mas é direito do suspeito receber um pré-julgamento social. Inquestionável a influência que o pré-julgamento terá na decisão final, seja dos jurados que comporão o tribunal do júri, ou até mesmo do juiz quando da aplicação da pena.

Isso para demonstrar que a sociedade vive em constante juízo de valores, onde muitas vezes ela assume o papel de Joca Ramiro e seus jagunços e toma para si os “autos do processo”, de modo que, talvez desiludidos com o próprio Estado, ou influenciados por tantas condutas ímprias, acabam por sentenciar a “causa”.

#### 4. O “PODER” DE GOVERNAR

Referido tópico busca apontar outra interpretação do episódio narrado do filme “Grande Sertão: Veredas”, que se destaca justamente por confrontar o povo com o Estado, interpretado por Joca Ramiro e seus jagunços. Na história fica nítida a represália sofrida por Zé Bebelo quando tenta confrontar o conservadorismo e a tirania proposta por Joca Ramiro e seus jagunços. O Estado apresenta-se muito mais forte que o povo, tal como nos dias atuais.

Visto sob esse prisma, que é o Estado? É a organização em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isto que alguns constitucionalistas definem o Estado como a instituição detentora da coação incondicionada. Como, porém, a coação é exercida pelos órgãos do Estado, em virtude da competência que lhes é atribuída, mais certo será dizer que o Estado, no seu todo, consoante o ensinamento de Laband, tem ‘a competência da competência’ (REALE, 2005, p. 76).

Neste ínterim, embora detenha o Estado a “competência da competência”, é seu dever estar acima da sociedade?

Partindo-se do pressuposto organizacional, incumbe ao Estado ser soberano, ou seja, como exaustivamente abordado nesta pesquisa, cabe a ele intervir na sociedade de modo a regular o comportamento social e definir toda sua estrutura

Em contrapartida, a par da teoria, em decorrência de um Estado democrático de direito, teria a sociedade força para enfrentar o Estado quando este não cumpre com seu dever?

Tal indagação é pertinente, sobretudo, pelo atual cenário brasileiro, onde as pessoas estão se reunindo para cobrar do Estado suas obrigações enquanto detentor do “poder de governar”, haja vista, por exemplo, a tomada do Congresso Nacional no período eleitoral do ano de dois mil e catorze, a atual greve dos caminhoneiros reivindicando a queda do preço do combustível, ou os professores manifestando contra os irrisórios salários que recebem, enfim, alguns exemplos de tantos outros existentes na história do Brasil, que colocam o povo diante do Governo, seja ele de âmbito federal, estadual, distrital ou municipal.

Até que ponto referidas manifestações surtirão efeito, não se sabe. Mas importante destacar o pano de fundo disso tudo, ou seja, com mais de quinhentos anos do descobrimento, o Brasil quase sempre se vê confrontado entre povo e Estado, entre apoiadores de direita ou esquerda.

Contraste? Talvez. Mas, oxalá que a busca por um País melhor jamais deixe de existir, que em prol de uma nação desenvolvida sociedade e Estado jamais se deixem de confrontar, todavia, é necessário comprometimento, inclusive da sociedade, afinal, as pessoas que exercem o poder estatal são oriundas do povo e por ele escolhidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ao Estado zelar pelo bem estar social, fazer com que sua função de governo seja direcionada a toda estrutura social, bem como regular ou limitar as

condutas humanas a fim de que as leis sejam obedecidas, bem como as penas devidamente cumpridas. O Estado deve ser a engrenagem principal da sociedade.

Entretanto, como analisado no decorrer do texto, uma das grandes formas de regular o convívio social é por intermédio do seu poder punitivo, ou seja, o poder de punir incumbido ao Estado, representado por leis e intervenções estatais, que é seu principal artifício para garantir à coletividade uma vida digna e protegida conforme a Constituição Federal.

O poder de punir é, quase em sua totalidade, exercido por leis, regras e normas, caso não sejam cumpridas, faz com que o particular se veja diante de uma sanção, seja ela de cunho penal, administrativo ou cível. Tais sanções não são criadas com o objetivo de punir, pelo contrário, devem ser entendidas como medidas de precaução, cuja finalidade é de coibir condutas ilegais contrárias ao ordenamento jurídico. Outra vertente do poder punitivo do Estado tem respaldo na polícia e no policiamento, que são compostos por funcionários públicos que laboram em prol da sociedade, com o fito único de zelar pela ordem pública.

Outrossim, diante de um cenário de extrema proteção tem-se, a bem ver, uma sociedade dividida face às atitudes e decisões tomadas por seu Governo, principalmente no que tange à coibição da criminalidade, que mancha o corpo social. A sensação de impunidade é constantemente manifestada pelo povo.

Como, então, rebelar-se contra o Governo? Afinal, as pessoas que lá estão, foram votadas pelo povo. A luta pela democracia outrora conquistada parece estar “remando contra a maré”, uma vez que o principal artifício da sociedade em garantir um Estado digno está surtindo efeitos contrários.

Não por outra razão, em decorrência deste cenário culminou na presente pesquisa, cuja ideia toma embasamento no livro de Guimarães Rosa, que posteriormente culminou em filme. O Grande Sertão Veredas, no episódio do julgamento de Zé Bebelo retrata o cotidiano brasileiro. O enredo do filme traz, justamente, dois contrapontos de suma relevância: o anseio pela justiça com as próprias mãos, uma vez que a vida de uma pessoa, bem como a pena em relação à conduta ilegal seria decidida pela própria sociedade, sem qualquer intervenção estatal. Por outro lado, tem-se Joca Ramiro protagonizando o Estado e Zé Bebelo, interpretando o povo. O episódio demonstra a batalha travada constantemente entre o povo e a sociedade, que diariamente resultam em debates e entraves políticos. Demonstra, inclusive, a força do Estado face à sociedade.

Por fim, insta salientar que independentemente de qualquer sensação de desconfiança em relação ao Estado, mister que se entenda que as leis devem ser cumpridas, que a sociedade deve manifestar-se por seus direitos, que o Governo deve ser cobrado por suas omissões, contudo, os fins não devem justificar os meios, a sociedade deve caminhar de mãos dadas à justiça e com a Constituição Federal sob os braços, e assim, talvez em um futuro não muito distante, poder-se-á estar comparando o atual cenário brasileiro com outro filme, de final mais feliz.

## NOTA DE FIM

1 Entrevista extraída do sítio eletrônico <<http://oglobo.globo.com/rio/apos-morte-de-quatro-policiais-secretario-de-seguranca-faz-desabafo-policia-esta-sozinha-15412509>>. Acesso em: 10 de fev. 2015.

## REFERÊNCIAS

CRUZ, André Gonzalez. O poder punitivo estatal. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<<http://andregonzalez2.jusbrasil.com.br/artigos/121940808/o-poder-punitivo-estatal>>. Acesso em: 29 de jan. 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Homicídios: mundo reduz 16%; Brasil sobe 8,6%. Onde estamos errando? Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<[http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168592883/homicidios-mundo-reduz-16-brasil-sobe-8-6-onde-estamos-errando?utm\\_campaign=newsletter-daily\\_20150223\\_762&utm\\_medium=email&utm\\_source=newsletter](http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168592883/homicidios-mundo-reduz-16-brasil-sobe-8-6-onde-estamos-errando?utm_campaign=newsletter-daily_20150223_762&utm_medium=email&utm_source=newsletter)>. Acesso em: 11 de fev. 2015.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROLIM, Marcos Flávio. A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=ER6EUzCFNWMC&oi=fnd&pg=PT12&dq=a+import%C3%A2ncia+do+policiamento&ots=obQ-PzXyUq&sig=ai5AvBz5resZmEtmesR9Oc7WvzM#v=onepage&q&f=false>>.

PzXyUq&sig=ai5AvBz5resZmEtmesR9Oc7WvzM#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 11 de fev. 2015.

## **HOTEL RUANDA: VARIAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS, EXCEÇÃO E BIO-POLÍTICA**

*Caio Henrique Lopes Ramiro*

Como citar esse artigo:

RAMIRO, Caio  
Henrique Lopes. Hotel  
Ruanda: variações  
sobre direitos  
humanos, exceção e  
biopolítica, in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

“Quando o dogma não enunciado se torna premissa maior de um silogismo, então, no fim da cadeia, encontra-se o Lager. Ele é o produto de uma concepção do mundo levada às extremas conseqüências com rigorosa coerência: enquanto a concepção subsistir, as conseqüências ameaçam-nos. A história dos campos de extermínio deveria ser interpretada por todos como um sinal sinistro de perigo” (LEVI, 2013, p.9).

### **RESUMO**

Neste artigo nos ocuparemos basicamente em investigar alguns temas e problemas vinculados à questão dos direitos humanos, com enfoque para a relação destes últimos e a bio-política, a partir da ideia do estado de exceção. Para tanto, o método de análise foi estritamente hermenêutico, com uma revisão bibliográfica de textos, em especial os escritos que Giorgio Agamben dedica ao tema escolhido e, ainda, com uma análise da obra cinematográfica Hotel Ruanda.

**Palavras-chave:** Filosofia do direito, filosofia política, direitos humanos, estado de exceção. Bio-política.

### **ABSTRACT**

In this article we will deal basically investigate some issues and problems related to human rights, focusing on the relationship of the latter and bio-politics, from the idea of the state of exception. Thus, the method of analysis was strictly hermeneutic, with a literature review of texts, in particular the writings that Giorgio Agamben devotes to the chosen topic and, also, with an analysis of cinematographic Hotel Rwanda.

**Keywords:** Philosophy of law, political philosophy, human rights, state of exception. Bio-politics.

### **Biografia do autor:**

Professor no curso de  
Direito da Faculdade  
Cidade Verde – FCV,  
em Maringá-PR.  
Mestre em Teoria do  
Direito e do Estado  
pelo UNIVEM –  
Marília/SP (com bolsa  
CAPES no período).  
Advogado

## I. CONVERSAS CRUZADAS: DIREITO, ARTE E LITERATURA

Para iniciarmos esta reflexão, parece importante um esforço de compreensão sobre a possibilidade de uma abordagem do jurídico através da arte e esta relação pode se apresentar de maneiras diferentes. Do ponto de vista teórico, talvez a dinâmica de estudos que têm por objetivo analisar a comunicação entre o jurídico e o literário e que se convencionou chamar de *direito e literatura* seja hoje a que maior projeção possui no campo das investigações em teoria e filosofia do direito, uma vez que tal abordagem apresenta interessantes contribuições no que diz respeito às possibilidades da linguagem, da hermenêutica e aos discursos e, aqui em especial, ao discurso normativo, contudo, isto não quer dizer que não possa haver diálogo entre o universo jurídico e outras formas de expressão artística.

Cláudio Magris (2006, p. 1) destaca que desde as origens de nossa civilização a lei pode ser observada ou contraposta por uma universalidade de valores humanos que nenhuma norma jurídica pode negar, valendo-se do exemplo da tragédia grega *Antígona* de Sófocles a fim de ilustrar seu argumento a respeito da possibilidade de tematização da lei através da literatura, e porque não dizer do teatro. Assim, é possível verificar que se pode tematizar a lei através da arte em qualquer de suas manifestações.

Ao que parece, a busca de uma conexão entre os campos cognitivos do direito e das expressões artísticas não são recentes, pois em textos clássicos da literatura ocidental é possível identificar temas muito caros ao universo jurídico, o que parece demonstrar que o isolamento do Direito de um fecundo diálogo com as artes se dá devido a uma determinada racionalidade jurídica que enclausura o jurídico dentro de uma perspectiva formalista-exegética. Logo a aproximação desses campos epistêmicos demanda uma metodologia aberta, que incentive uma ação e uma compreensão dialógica e discursiva entre os saberes.

Conforme Gustav Radbruch (2004, p. 156):

O direito pode servir-se da arte, e esta dele. Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem, dos gestos, dos trajes, dos símbolos e edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética. E como fenômeno, o direito pode penetrar no domínio específico da valoração estética como matéria da arte.

De acordo com Radbruch, o afastamento entre o direito e a arte se dá quando ocorre a separação dos domínios ou meios culturais, para o *jusfilósofo* alemão por algumas vezes pode se identificar até certa oposição hostil entre o jurídico e o artístico, citando o exemplo do modo ruim como a poesia passa a ver o direito. (cf. RADBRUCH, 2004, p. 157). Não obstante, Radbruch destaca que “talvez justamente dessa separação entre o direito e a arte se possa derivar o valor estético específico do direito” (cf. RADBRUCH, 2004, p.157), o que não significa dizer que o

Direito deve permanecer epistemicamente enclausurado e distante de outras manifestações culturais, mas que em certa medida o afastamento do direito desses outros domínios acabou fornecendo-lhe um específico modo de ser e, “com isso conquistou sua particularidade estética, certamente uma particularidade que provém de inúmeras renúncias” (cf. RADBRUCH, 2004, p. 157).

Citando o exemplo da linguagem jurídica, ressalta Radbruch (2004, p. 157-158) que:

A linguagem jurídica é fria: renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento. Desse modo surge a pobreza propriamente buscada de um modo lapidar, que expressa de modo insuperável a segura consciência de força do Estado autoritário, e que, em sua exatíssima precisão, pode servir de modelo estilístico a escritores de primeira ordem como Stendhal. Se a linguagem jurídica é o estilo frio e lapidar, em estranho contraste, a linguagem da luta pelo direito, do sentimento jurídico combativo é retórica e ardorosa.

No entender de Radbruch (2004, p. 159) aquilo que pode ser caracterizado como a propriedade que torna o direito um objeto sedutor para a arte e, dessa forma, faz com que se configure um canal de diálogo e aproximação, é a multiplicidade de antíteses que é característica intrínseca ao universo jurídico. De acordo com Radbruch, as oposições entre ser e dever-ser, direito legítimo e direito revolucionário; direito positivo e natural; entre liberdade e ordem, são alguns exemplos de fecundo material para as artes.

Dirá, então, Radbruch que “as formas artísticas, cuja essência consiste na representação do antitético, em especial o drama, apoderam-se com prazer do direito – desde a *Antígona* de Sófocles ao *Mercador de Veneza* e *Medida por medida* de Shakespeare” (cf. RADBRUCH, 2004, p. 159).

Analisando a questão da relação entre direito e arte, em especial tomando a literatura como uma espécie desta última, é possível identificar neste debate interações frutíferas, que podem conduzir a uma (re)leitura e uma reflexão no que se refere às possibilidades e limites de compreensão do jurídico. A partir da relação entre direito e literatura, e porque não dizer do direito com outras manifestações artísticas, formam-se os *cultural studies*, oportunidade em que o direito é eleito como campo privilegiado para a apreensão dos contextos sociais (cf. GODOY. 2012, p. 2).

Desse modo, Radbruch (2004, p. 160) afirma que:

O direito positivo na arte atual aparece ou como o destino fatal, no qual o indivíduo se despedaça, ou o poder insensível, contra o qual uma justiça suprema iça a bandeira da sublevação, talvez até mesmo simplesmente a estupidez burocrática, da qual a piada zomba com bom humor.



Destarte, a aproximação entre direito, arte e literatura, do ponto de vista teórico, apresenta-se interessante para a construção do saber jurídico, tendo em vista que parece implicar uma função de criação transformadora que permite revisitar as ideias de forma reflexiva, examinando valores e prescrições do universo jurídico (cf. GONZALEZ. 2009, p.7).

Aqui também é possível pensar a relação entre direito e arte a partir do marco hermenêutico pretendido pelo *jusfilósofo* estadunidense Ronald Dworkin, em seu texto *De que maneira o Direito se assemelha à literatura*, publicado originalmente em setembro de 1982 em *Critical Inquiry*, versado para o português como parte da obra *Uma Questão de Princípio*.

De fato o texto de Dworkin pode ser colocado como referencial do presente trabalho, contudo, ligado a esta primeira parte do estudo, pois não há a pretensão de se investigar a questão da possibilidade de uma única resposta correta para cada caso(1), ou mesmo reconstruir a interessante metáfora do romance em cadeia. O que nos interessa para a presente discussão é o que Dworkin destaca logo no início de seu texto e diz respeito à questão da interpretação como aproximação entre direito e literatura, que em nossa compreensão também pode valer para outras esferas de manifestação artística. Nas palavras de Dworkin (2001, p. 217):

Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.

A proposta de aproximação entre direito e literatura pelo viés da interpretação é particularmente interessante para o presente trabalho visto o destaque feito por Dworkin no que tange à questão da possibilidade da interpretação em geral e pela questão política colocada como elemento central da atividade jurídica.

É possível afirmar que Dworkin entende a interpretação como a racionalidade imanente do direito, assim, os juristas poderiam se valer da interpretação das artes em geral para problematizar e melhor compreender o jurídico, inclusive nos casos mais complexos.

Quando Dworkin toma por base a literatura ele pretende demonstrar que o conceito de interpretação adotado pelo universo jurídico se apresenta equívoco, uma vez que os juristas por vezes trabalham com a ideia de hermenêutica como um

instrumento para descobrir o sentido do texto ou a vontade de seu autor (o legislador) quando ocorra uma obscuridade aparente.

Portanto, nesse texto importa a argumentação de Dworkin a respeito da aproximação entre direito e literatura como forma de uma resposta para a construção de um saber jurídico que leva em consideração outros referenciais que não os da visão tradicional da leitura dos códigos legais, liberando o direito de sua clausura epistêmica, o que, como mencionado, parece algo importante para uma compreensão dialógica do Direito e das artes.

Conforme Albert Casalmiglia (1992, p. 158):

A ousadia de Dworkin consiste em por em questão esse paradigma. Pretende restaurar as relações entre a Ciência e a Legislação e a Jurisprudência colocando em destaque que a tarefa da ciência jurídica não é descrever o direito de fora, senão oferecer solução aos problemas que se apresentam. Pretende, por tanto, construir uma teoria completa do direito que tenha um aspecto justificador das decisões que adotam as distintas instâncias jurídicas. Neste sentido a teoria será um auxílio indispensável para aquele que toma decisões públicas. Para tomá-las se deve realizar uma tarefa de construção e justificação. O cientista do direito, o filósofo do direito e de política não é um observador imparcial cuja função é descrever o direito e os valores, senão ele é um construtor de soluções, um especialista em resolução de conflitos sociais. A partir dessa perspectiva sua intenção é a construção de modelos metodológicos que permitem solucionar problemas. Junto do aspecto descritivo, Dworkin coloca o aspecto normativo, que é o que mais interessa ao profissional e ao juiz. A teoria orienta a prática. Evidentemente, tanto o método como as soluções provocaram uma cascata de críticas e desacordos importantes. Porém me parece um dos grandes méritos da polêmica teria sido *discutir problemas* em vez de descrevê-los, e neste ponto Dworkin foi um mestre(2).

Diante disso, retomando a reflexão de Radbruch, o diálogo do Direito com as artes, incentivado pelo que de comum existe aos seus campos que é a interpretação, apresenta-se fecundo na medida em que parece dar conta da difícil tarefa de fazer com que o jurista construa seu saber beneficiando a dúvida (metódica ou de percepção temática e de problemas), significa dizer que a expressão artística em relação com o direito cria um *senso crítico* de necessária existência mesmo que nas profundezas da essência do jurista, que deve acreditar em sua profissão, mas, ao mesmo tempo, questionar-se sobre ela e as estruturas e discursos que a forjam (cf. RADBRUCH, 2004, p. 160).

Por fim, a partir de tais coordenadas, e da verificação de uma salutar aproximação entre direito, arte e literatura, a obra cinematográfica *Hotel Ruanda* impulsionará algumas reflexões acerca da temática dos direitos humanos, da exceção e da bio-política.

## II. BASEADO EM FATOS REAIS: ENTENDENDO (*HOTEL*) RUANDA

Ao ingressarmos nos temas encontrados em *Hotel Ruanda* e relacionados aos direitos humanos, parece importante levar em consideração que a arte se baseia na realidade nessa obra, de tal modo, em apertada síntese destacaremos alguns pontos da conflituosa situação histórica e política do país africano, desde a colonização belga até a independência em 1962(3).

A obra cinematográfica relata o conflito político existente em Ruanda entre as etnias *hutu* e *tutsi*. Do ponto de vista histórico os *hutus* são o primeiro povo a habitar a região, e somente no século XV os *tutsis* surgem na localidade. Mesmo com o maior número de *hutus*, esses últimos são subjugados pela etnia rival. Não obstante, o país africano também sofre com o projeto imperialista europeu e no século XIX o poder político passa a ser exercido pela colonização alemã.

Após a 1ª Guerra Mundial os belgas ocupam Ruanda, retirando o território do domínio alemão. Importa considerar que o filme relata a colonização belga e, em especial, a segregação e a divisão das etnias com a eleição, pelos colonizadores, dos *tutsis* como povo superior que concentra o poder político, econômico e militar. Devido à opressão sofrida pelo povo *hutu*, em 1959, eclode o conflito armado deflagrado contra o governo *tutsi* e chamado de “Revolução Social”. De acordo com Daniele Maia (2013, p. 315), “durante esse processo foi cometido um massacre contra a população *tutsi*, provocando um enorme fluxo de refugiados para os países vizinhos”.

Os exilados *tutsis* formam então a Frente Patriótica Ruandense (FPR), retornando ao país pelo norte de Ruanda em 1990. Segundo Daniele Maia (2013, p. 315):

Em 1990, o Frente Patriótico Ruandês (FPR), formado principalmente por civis *tutsis* refugiados em Uganda e impedidos de retornar a seu país, invadiram Ruanda de forma inesperada. A invasão representou uma ameaça tão séria ao país que obrigou o governo a requerer ajuda militar à França e Bélgica. Com ajuda externa, o governo Ruandês conseguiu conter os opositores *tutsi*. O episódio terminou com o primeiro acordo de cessar fogo entre o governo e a FPR.

De 1990 a 1993 houve uma guerra civil travada entre a FPR e o governo *hutu* de Ruanda, chegando a um cessar fogo com um acordo de paz celebrado em Arusha, Tanzânia (cf. MAIA, 2013, p. 315). Em abril de 1994, o avião que transportava o presidente de Ruanda (*Juvenál Habyarimana*) é derrubado, ocasionando a morte do chefe de estado e, a partir daí, conforme o relato de *Hotel Ruanda* e o pronunciamento do Secretário Geral da ONU (ONU, 1999, S/1999/12157), houve um genocídio da população *tutsi*(4).

Ainda, Daniele Maia (2013, 315) destaca que:

O clima de paz durou pouco. Com a derrubada de um avião que levava o presidente de Ruanda e consequentemente com sua morte, teve início o massacre, que mais tarde seria reconhecido pelo Secretário Geral das Nações Unidas como um verdadeiro genocídio da população tutsi (ONU, 1999, S/1999/12157).

Diante desse cenário, ao invés de reforçar a ajuda humanitária, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução 912 (ONU, 1994, S/RES/912), na qual friamente e por força do que havia recomendado o Secretário Geral da instituição, decidia reduzir o número de soldados em Ruanda, disponíveis por força da UNAMIR

Por conseguinte, a obra cinematográfica relata o conturbado período de Ruanda e, mesmo que se possa averiguar a questão a respeito das intervenções humanitárias que também fazem parte do contexto da obra, para os propósitos dessa reflexão algumas hipóteses podem ser levantadas, no entanto, elas dizem respeito à questão do sujeito de direito e dos direitos humanos de um ponto de vista mais geral, pois leva em consideração o problema da configuração de um verdadeiro estado de exceção e da questão biopolítica presente nesses fatos.

Além do contexto político, a trama de *Hotel Ruanda* retrata o drama pessoal de Paul Rusesabagina, de etnia *hutu*, que é o gerente do hotel belga *Milles Collines* localizado em Kigali, capital de Ruanda. Os problemas de Paul se apresentam por ser casado e ter filhos com Tatiana, de etnia *tutsi*. Com a eclosão do conflito, Paul é obrigado a buscar um modo de proteger sua família, valendo-se especialmente da corrupção dos militantes rebeldes.

Por fim, é interessante notar que Paul Rusesabagina acaba não limitando sua ação à proteção de sua família apenas, uma vez que recebeu no hotel, aproximadamente, 1.200 pessoas entre adultos e crianças que fugiam do conflito. O hotel *Milles Collines* demora a ser alvo da guerrilha, uma vez que se tratava de uma propriedade belga e, de acordo com Daniele Maia (2013, p. 315), Paul “acaba por transformar o Hotel *des Mille Collines* em um verdadeiro campo de refugiados”. Essa parece ser mesmo uma leitura possível e razoável da situação vivida pelas pessoas que se encontravam no hotel belga, todavia, também parece apropriada uma investigação a respeito de algumas consequências de tal caracterização, a saber: quais as implicações de o hotel ser visto como um *campo* de refugiados.

### III. UM HOTEL DE REFUGIADOS E A ESTRUTURA DO CAMPO: REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS, EXCEÇÃO E BIOPOLÍTICA

A partir do contexto apresentado em *Hotel Ruanda*, podemos investigar a hipótese do hotel *Milles Collines* ser caracterizado como um hotel de refugiados e as implicações de tal abordagem para a questão dos direitos humanos.

O referencial teórico que irá orientar as reflexões a partir desse momento será o pensamento de Giorgio Agamben, em especial as obras que o autor italiano dedica à questão da soberania e do estado de exceção. O olhar do filósofo italiano Agamben com relação à temática dos direitos humanos se apresenta de forma bastante crítica no que tange as discussões que são travadas na teoria e filosofia do direito contemporâneas, tendo em vista que Agamben não tem por objetivo apenas analisar os discursos de justificação ou de aplicação dos direitos humanos, ou ainda uma possível tensão interna entre direitos humanos e soberania popular.

Ao partir de uma constelação de precursores poderosos como Foucault, Benjamin, Marx, Carl Schmitt e Hannah Arendt, por exemplo, a preocupação do pensador italiano se encontra centrada na relação do poder soberano com a vida, aproximação esta que parece se articular por meio da ideia de direitos humanos, uma vez que, segundo seu entendimento, estes direitos (e não só eles) podem levar os cidadãos a terem suas vidas colocadas no centro do palco político e, por consequência, passam a ser inscritas nos cálculos estratégicos de poder do Estado pela via de sua institucionalização ou mesmo de sua negação, a partir de sua positivação/suspensão no ordenamento jurídico pela forma da lei.

Antes mesmo de ingressar na reflexão de Agamben, parece conveniente algumas considerações a respeito da figura do sujeito de direito, bem como acerca da questão dos direitos humanos. A meditação sobre a temática dos direitos humanos talvez possa ser encontrada em seus primórdios desde a antiguidade clássica no texto de Sófocles, *Antígona*, dentro da perspectiva do confronto claramente existente entre lei natural e lei/comando positivo, confronto que é protagonizado pela heroína trágica que dá nome a obra e seu tio Creonte. Nesse sentido, já de algum tempo se estabeleceu um debate com a participação de juristas e filósofos acerca da ideia dos direitos humanos, muito especialmente em torno da questão da fundamentação última desses direitos.

Porém, segundo Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 267):

Esse tema recebe uma inflexão decisiva na aurora da modernidade política, no século XVII, depois do esfacelamento do poder espiritual concentrado no papado romano, por força dos movimentos de reforma protestante, assim com o surgimento dos modernos estados nacionais, surgidos em decorrência do desmoronamento da autoridade ainda centralizada na unidade política do sacro império romano-germânico. Começa a se firmar, então, com Grotius e Hobbes, a teoria jusnaturalista dos direitos do homem, cuja sede e fundamentação seria a natureza racional e afetiva – a *humanitas do homo humanus*

Não é forçoso reconhecer que e a lei natural evocada por Antígona em defesa do sepultamento de seu irmão, *abandonado* para que insepulto permanecesse por *decisão* de Creonte, pode tomar a forma temporal ou histórica dos direitos naturais racionais defendidos por autores da tradição do contratualismo,

chegando o debate e investigação até nossos dias. De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 268):

Daí porque, sobretudo desde o século XVII, pode-se constatar a transição, perfeitamente justificável em termos de racionalidade, entre direitos naturais e direitos humanos – de modo que os deveres impostos pelas leis não escritas de *Antígona* acabaram por assumir a forma histórica dos direitos humanos, ou dos direitos políticos fundamentais

Ao se verificar que, desde o século XVII há uma transição possível no que tange à racionalidade entre direitos naturais e direitos humanos, significa dizer, que os direitos naturais tenham historicamente tomado a forma dos direitos humanos, ou dos direitos políticos fundamentais que o constitucionalismo convencionou chamar de direitos de primeira dimensão, torna-se possível afirmar que grande parte da filosofia política contemporânea e do constitucionalismo vem se detendo a uma análise dos direitos humanos, em especial com relação à forma de sua fundamentação e sua relação com a democracia, o que pode ser verificado pela obra *Direito e Democracia* de Jürgen Habermas, texto em que o pensador alemão destaca a tensão interna do direito entre faticidade e validade, oportunidade em que analisa a questão da relação entre direitos humanos e soberania popular, pelo viés discursivo (cf. GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 268; RAMIRO; SOUZA, 2013, p. 81).

Além disso, é importante notar que esses direitos, reconhecidos como direitos do homem e/ou humanos, historicamente vem cumprindo um papel de salvaguarda das liberdades, da *persona* humana e mais tarde do sujeito de direito no que diz respeito ao relacionamento com o poder soberano. A ideia de pessoa é particularmente importante nesse contexto para que possamos pensar a categoria do sujeito de direito como aquela figura que se encontra protegida pela forma jurídica(5).

É com o aparecimento do Estado de Direito de verniz liberal, e a subida ao poder da burguesia, que se entrelaçam a ideia de necessidade de limitação do poder estatal, na ordem dos interesses privados e do mercado, de acordo com a pretensão expansionista do modo de produção capitalista. Desse modo, o indivíduo passa (de súdito) a ser possuidor de direitos e é pensado dentro da abstração universal do sujeito de direito, que também é considerado um fim em si mesmo, adquirindo personalidade reconhecida pelo ordenamento jurídico, tendo a condição formal da igualdade (cf. RADBRUCH, 2004, p. 191)

Radbruch (2004, p. 192) destaca que:

[...] Ser pessoa significa ser um fim em si. O homem não é pessoa enquanto ser vivente composto de corpo e alma, mas porque, segundo o ponto de vista da ordem jurídica, representa um fim em si [...]. Certamente, na

determinação conceptual filosófico-jurídica do sujeito de direito, este é visto como um “ser”, considerado pelo direito como um fim em si.

No que diz respeito à questão do sujeito de direito e do reconhecimento da personalidade jurídica, importa retomar algumas considerações de Kelsen a respeito desse tema, pois, para o jurista tcheco, não é o indivíduo necessariamente que é considerado sujeito de direito, mas, sim, sua conduta. A personalidade jurídica advém do ordenamento jurídico, o que significa dizer que a personalidade jurídica é atribuída e reconhecida pelo ordenamento, e o conjunto de direitos e deveres que integram e constituem essa personalidade está ligado à conduta do indivíduo, considerada esta última como a unidade complexa dos referidos direitos e deveres. Logo, “a chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo”, assim, “também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade” (cf. KELSEN, 1991, p. 185-187).

Para Kelsen (1991, p. 187-187):

“Ser pessoa” ou “ter personalidade jurídica” é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos [...]. A pessoa física ou jurídica que “tem” – como sua portadora – deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação desta unidade.

Somente através da conduta humana pode um direito ser exercido e um dever ser cumprido ou violado. Por isso, não pode a referência ao homem (a conexão com o homem) ser o momento através do qual a pessoa física ou natural se distingue da pessoa jurídica ou artificial. Por isso, também não pode a chamada pessoa física ser definida – em contraposição à pessoa jurídica – como um indivíduo de certo modo qualificado – qualificado, a saber, através do fato de possuir direitos e deveres. Uma tal definição deve ser rejeitada tanto quanto a definição do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido. Assim como o direito subjetivo não é um interesse – protegido pelo Direito –, mas a proteção jurídica de um interesse, assim também a pessoa física não é o indivíduo que tem direitos e deveres mas uma unidade de deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de um indivíduo. [...] Dizer que o homem é sujeito jurídico, isto é, sujeito de direitos e deveres, não significa – como foi expressamente acentuado acima – senão que a conduta humana é conteúdo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, e, portanto, o mesmo que dizer que um homem é uma pessoa ou tem personalidade.

Apesar das diferenças existentes nas posições de Kelsen e Radbruch, vale considerar que, em ambos os casos a ideia de sujeito de direito e/ou pessoa jurídica é

o elo de ligação entre a vida natural e o poder político, conexão que é feita pelo *médium* da forma direito, ou se preferirmos, pela imagem do contrato.

Não obstante, ambas as perspectivas teóricas, a normativista de Kelsen, para quem *a pessoa jurídica é o complexo de direitos e deveres unificado por sua conduta*, e a de Radbruch, que considera o sujeito de direito apenas uma abstração do indivíduo como detentor de uma personalidade jurídica, que é caracterizada como um *fim em si*, já receberam duras críticas do ponto de vista que leva em consideração a instrumentalização dos sujeitos históricos pelas estratégias econômicas.

Note-se, por exemplo, que os chamados direitos de primeira geração ou dimensão podem ser caracterizados como as liberdades públicas subjetivas de conteúdo negativo dos primórdios do Estado de Direito, com nítida característica de limitação do poder estatal.

Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 268) destaca que:

São esses direitos, constitucionalmente assegurados como liberdades públicas, que, desde sua positivação, demarcaram as trincheiras de resistência do cidadão contra os excessos de arbítrio do poder soberano. Neles se encontram as razões da verdadeira justiça contra a violência, mesmo que revestida de legalidade.

Esses direitos, intimamente vinculados a pretensão democrática dos Estados nacionais do ocidente, ao tomar a forma histórica, são positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito e vinculam-se “inicialmente nas constituições brotadas dos movimentos revolucionários inspirados no ideário filosófico da *Luzes*, no final do século XVIII” (cf. GIACIOIA JUNIOR, 2008, p. 269). De acordo com Bulygin (1987, p. 79), o *Bill of Rights* da declaração da Virgínia de 1776 e a declaração de direitos francesa de 1789, representam, no século XVIII, as primeiras formulações dos direitos humanos, cuja fundamentação se dá na ideia de direito natural.

São estas declarações e os desdobramentos da positivação destes direitos que serão objeto de análise de Agamben e se encontram como uma das bases temáticas de *Hotel Ruanda*, haja vista, como dito, o conflito do país africano ocorre em meados da década de 1990 do século XX. O elenco desses direitos se modifica, “e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc” (cf. BOBBIO, 2004, p.38).

Levando em consideração a reflexão de Bobbio a este respeito, quando o *jusfilósofo* turinês retoma a perspectiva kantiana em filosofia da história, sua abordagem acerca dos direitos humanos fará um diagnóstico do presente, da situação de tais direitos, com um olhar para o futuro, inserindo-se, aqui, sua tentativa de “reconstituição do desenvolvimento histórico dos direitos do homem, na qual se entrecruzam as linhas de sucessão cronológica – que considera tais direitos do ponto de vista objetivo” (cf. GIACIOIA JUNIOR, 2008, p. 270). De tal modo, considerando a



passagem da situação política do homem de súdito a cidadão, com o deslocamento da soberania da figura do príncipe como *legibus solutus* para a autolegislação da soberania popular, verifica-se não só o surgimento da concepção de sujeito de direito, mas, também, o aparecimento de um verdadeiro, parafraseando Arendt, “direito a ter direitos”, que se vincula a ideia de cidadania.

Nesse horizonte de perspectiva é que o constitucionalismo moderno começa então a reconhecer as gerações ou dimensões de direitos, de modo que, em apertada síntese, os primeiros estão ligados aos direitos de liberdade com tendência a limitar o poder soberano, significa dizer, limitação do poder do Estado caracterizando-se como direitos civis, marcados por uma propriedade negativa de defesa do indivíduo em relação ao poder soberano, e políticos, destacada aqui a ideia dos direitos em uma perspectiva positiva, que será representada pela possibilidade de participação e reivindicação política (autonomia); posteriormente, em virtude da revolução industrial e das reivindicações ligadas às correntes teóricas do socialismo, há o reconhecimento de direitos sociais (econômicos e culturais), expressando exigências sociais novas como a do bem-estar, por exemplo. Estes direitos são pertencentes à segunda geração ou dimensão; por fim, os direitos coletivos ou de titularidade difusa, ou seja, que se desvinculam do indivíduo enquanto sujeito de direito passando a proteção de grupos ou coletividades humanas.

Roberto Bobbio (2004, p. 41) ressalta que:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.

Nesse ponto, convém levar em consideração que para Bobbio atualmente o problema fundamental dos direitos do homem não está mais ligado especificamente a necessidade de justificação absoluta de tais direitos, mas, sim, de protegê-los. “Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (cf. BOBBIO, 2004, p. 43).

De acordo com Bobbio (2004, p. 49):

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norteamericanos e da Revolução Francesa (um pouco depois, e postas na base de uma nova concepção de Estado – que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência –, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no

sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos. O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado.

Esta perspectiva do *jusfilósofo* turinês a respeito da necessidade de uma aplicação prática das declarações, de uma defesa ou reconhecimento real dos direitos se dá em virtude de alguns fenômenos ocorridos no século XX, recebendo maior destaque a barbárie das duas guerras mundiais e o aparecimento dos campos de extermínio. Contudo, tal argumento de Bobbio se mostra particularmente importante para essa reflexão, na medida em que, de acordo com Benjamin Noys e Daniele Maia, o conflito em Ruanda foi reconhecido pela comunidade internacional como o primeiro ato de genocídio, posterior ao genocídio nazista (cf. NOYS, 2005, p. 3; MAIA, 2013, p. 316).

Nesse momento, torna-se interessante retomar a abordagem de Hannah Arendt, em sua reflexão sobre o totalitarismo, que vincula o destino dos direitos do homem ao futuro do Estado-nação, que certamente entra em crise, muito talvez pelos eventos ocorridos em solo europeu, o que colocou diante das democracias e Estados de direito liberais do ocidente a figura do “homem de direitos”, ou seja, a figura das minorias, dos apátridas, dos refugiados, de sujeitos desnacionalizados, significa dizer que o reconhecimento de direitos fica condicionado em relação ao reconhecimento da cidadania. Desse modo, com a supressão dos direitos e garantias operada pelos totalitarismos do século passado “se sentiu uma urgente necessidade de proporcionar aos direitos humanos uma fundamentação mais sólida que o mero direito positivo para proteger esses direitos contra os regimes totalitários” (cf. BULYGIN, 1987, p. 80).

Dirá Hannah Arendt (1979, p. 348) que:

Antes que a política totalitária conscientemente atacasse e destruísse a própria estrutura da civilização européia, a explosão de 1914 e as suas graves consequências de instabilidade haviam destruído a fachada do sistema político – o bastante para deixar à mostra o seu esqueleto. Ficou visível o sofrimento de um número cada vez maior de grupos de pessoas às quais, subitamente, já não se aplicavam as regras do mundo que as rodeava. Era precisamente a aparente estabilidade do mundo exterior que levava cada grupo expulso das suas fronteiras, antes protectoras, parece uma infeliz exceção a uma regra sadia e normal, e que, ao mesmo tempo, inspirava igual cinismo tanto às vítimas como aos observadores de um destino aparentemente injusto e anormal.

Assim, após o término da Segunda Guerra Mundial surge então a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), na tentativa de consolidar o reconhecimento e, talvez mais do que isso, a defesa e o respeito por parte dos

Estados desses direitos, o que para Bobbio caracteriza uma terceira fase da *era dos direitos*. A afirmação de tais direitos deverá se dar de forma universal, quer-se com isso dizer que os destinatários dos direitos não são mais os cidadãos de um Estado, mas, sim, os homens (cf. BOBBIO, 2004, p. 49-50). No que diz respeito à fundamentação dos direitos humanos no pós-guerra, Bulygin (1987, p. 81) afirma que esses últimos podem ser caracterizados como “regras ou princípios de um sistema moral. Portanto os direitos humanos são, ao menos em seu sentido originário, *direitos morais*”.

Mas, afinal, por que tais considerações acerca dos direitos humanos? Em primeiro lugar, para que possamos observar que por mais que exista uma reflexão a respeito dos direitos do homem ou dos direitos humanos universais, um documento jurídico só foi elaborado com pretensão de efetivação após o término dos conflitos bélicos em solo europeu. Porém, no ano de 1994, “o homem de direitos” ou o sujeito de direitos universal é afrontado, e a efetividade da declaração universal é colocada a prova, agora em um país africano. *Hotel Ruanda* nos provoca a refletir sobre o alcance da ideia de sujeito de direitos e, ainda, sobre a preocupação de Bobbio a respeito da efetivação e da proteção de tais direitos universalmente reconhecidos, pois, segundo a obra cinematográfica os não-combatentes, ou seja, os cidadãos ruandenses foram *abandonados* pela forma e a comunidade jurídica internacional em meio a um conflito que colocava o país em um estado de exceção permanente, o que nos aproxima dessa outra temática contida em *Hotel Ruanda*.

Apresenta-se interessante considerar aqui que são muitas e diversas as opiniões a respeito do estatuto teórico da exceção, em especial no âmbito da teoria do estado e do direito público, uma vez que há uma enorme discordância se a exceção é uma questão de fato ou se pode ser caracterizada como um problema jurídico; uma das questões que se mostra importante no estudo da exceção “é a que procura saber se o estado de exceção representa uma estrutura jurídica, política ou factual” (cf. MATOS, 2012, p. 285).

No contexto da obra *Hotel Ruanda* não parece que o estado de exceção tenha sido formalmente decretado, o que não implica conjecturar pela impossibilidade de reconhecimento da situação de exceção, pois, para admitirmos tal possibilidade, basta que recuperemos a ideia schmittiana da situação limite e da necessidade da decisão a respeito da exceção. Nesse sentido, o espaço de exceção é aqui considerado, seguindo a reflexão de Agamben (2007), como aquele espaço em que fato e direito se tornam indiscerníveis. A partir da caracterização do estado de exceção, torna-se possível o reconhecimento da relação de *exclusão includente*, ou da relação de *abandono* (bando).

Nas palavras de Agamben (2007, p. 36):

Chamemos *bando* (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) a esta potência (no sentido próprio de *dýnamis* aristotélica, que é sempre

também *dýnamis mè energeîn*, potência de não passar ao ato) da lei manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando-se. A relação de exceção é uma relação de *bando*. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (por isto, em sua origem, *in bando*, *a bandono* significam em italiano tanto “a mercê de” quanto “a seu talante, livremente”, como na expressão *correre a bandono*, e *bandito* quer dizer tanto “excluído, posto de lado” quanto aberto a todos, livre, como em *mensa bandita e a redina bandita*). É nesse sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma “não existe um fora da lei”. A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o *Abandono*. A potência insuperável do *nómos*, *a sua originária “força de lei”*, é que ele mantém a vida em seu *bando* abandonando-a.

Agamben propõe um (re)pensar da fundação do estado civil e coloca o *bando* soberano e a exceção na origem, a fim de tentar demonstrar que a relação de exceção possui uma forma, e é o *bando* uma imagem da relação entre poder soberano e vida no limiar da exceção, de tal modo, “o bando é a pura forma do referir-se a alguma coisa em geral, isto é, a simples colocação de uma relação com o irrelato” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 36).

O filósofo italiano, ao partir das análises de Foucault sobre a biopolítica, e Arendt a respeito do totalitarismo e do futuro dos direitos, apresenta um argumento crítico a ideia do contrato social por entender que a decorrência de tal mitologema é um pensar a política por meio da forma jurídica. Para Agamben (2007), como para Foucault, a vida natural não era objeto da política na antiguidade, contudo, a partir do século XVII, quando se pensa a questão política por meio do indivíduo, pela autopreservação e pela ideia de contrato (Hobbes), há que se reconhecer, em verdade, um deslocamento da vida para o centro da arena política, significa dizer que a vida humana passa agora a ser um objeto da política regulado pela forma jurídica, dessa maneira, a forma direito atua como o *dispositivo*(6) de captura da vida humana, que ingressa nos cálculos de poder do Estado.

Segundo Agamben, levando em consideração as reflexões de Arendt, e aproximando nossa leitura do relato contido em *Hotel Ruanda*, em nossos dias é possível verificar que a pretensão (ou necessidade nos termos de Bobbio) de efetiva proteção dos direitos do homem, não parece ter conseguido êxito.

Agamben destaca que um dos paradoxos que demonstram a insuficiência dos direitos do homem ou dos direitos humanos, apresentado por Arendt e que permanece atual, é exatamente a figura do refugiado, pois ele “deveria encarnar por excelência o homem dos direitos, [mas] assinala em vez disso a crise radical deste conceito” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 133).

Para o filósofo italiano permanece atual a vinculação crítica feita por Hannah Arendt do destino dos direitos humanos ao conceito de cidadania, o que implica no reconhecimento da inalienabilidade e da sacralidade de direitos que são inerentes a todo e qualquer homem, levando em consideração apenas a sua natureza humana, em realidade acompanham os destinos da cidadania e do sujeito de direito, significa dizer dependem de seu pertencimento ao corpo político de um Estado-nação.

De acordo com Agamben (2007, p. 133):

No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Isto está implícito, se refletimos bem, na ambigüidade do próprio título da declaração de 1789: *Déclaration des dorits de l'homme et Du citoyen*, onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo; e, neste caso, que tipo de relações existe entre eles.

O argumento de Agamben se aproxima muito das reflexões de Marx a respeito das declarações de direitos na obra sobre a *Questão Judaica*. Ao analisar o texto da declaração de 1789, Agamben argumenta que o princípio de natividade como surgimento do sujeito de direito demonstra sua hipótese de inscrição da vida nua na ordem político-jurídica do Estado (biopolítica), de maneira que o fato do nascimento como pressuposto do sujeito portador de direitos demonstra o deslocamento da soberania para a figura do indivíduo e, assim, “a vida nua natural que, inaugurando a biopolítica da modernidade, é assim posta à base do ordenamento, dissipando-se imediatamente na figura do cidadão, no qual os direitos são conservados” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 134).

A declaração de 1789 atribui a soberania à nação na medida em que reconhece o sujeito de direito a partir do princípio de natividade e de pertencimento ao corpo político do Estado-nação, e a ideia de soberania aqui vai se ligar a questão da autonomia e da autolegislação, ou seja, ao conceito de soberania popular, dessa forma, “a nação, que etimologicamente deriva de *nascere*, fecha assim o círculo aberto pelo nascimento do homem” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 135).

Conforme Agamben (2007, p. 135):

As declarações de direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien regime*. Que, através delas, o “súdito” se transforme, como foi observado, em “cidadão”, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas conseqüências biopolíticas

somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania.

É importante considerar que esta crítica não quer de maneira alguma negar o caráter de garantia das liberdades e de possibilidade de resistência ao arbítrio dos direitos humanos ou fundamentais, contudo, pretende lançar luz ao elemento biopolítico existente nas declarações, significa dizer que, almeja demonstrar o caráter dual da forma jurídica na medida em que as declarações não representam apenas conquistas dos cidadãos no que diz respeito à limitação do poder estatal como quer o constitucionalismo liberal, mas, também, podem significar a inscrição da vida nua nos cálculos e estratégias de poder do Estado. Registre-se que ao invés do estado de natureza, Agamben coloca a ideia de exceção na origem. Não há, portanto, um contrato artificial a relação natural, a passagem para o estado civil ou Estado de Direito se faz por meio da decisão soberana que estabelece a normalidade (poder-violência constituinte), portanto, é possível ao filósofo italiano reconhecer tanto o direito (forma jurídica) quanto à política como mecanismos de controle da vida humana.

Deste modo, Agamben irá vincular seu argumento a respeito do princípio de natividade aos critérios que desde o direito romano até a atualidade do direito internacional público servem para determinar a cidadania, a saber: a inscrição da vida no ordenamento estatal (cf. AGAMBEN, 2007, p. 136), quais sejam: o *ius soli* (nascimento em determinado território) e o *ius sanguinis* (a cidadania determinada pela nacionalidade dos genitores), a fim de demonstrar, que após a revolução francesa, estes critérios que nada significavam no antigo regime, passam a determinar a cidadania do sujeito e seus direitos (cf. AGAMBEN, 2007, p. 136).

Para encaminhar um desfecho da presente reflexão levando em consideração os argumentos a respeito do sujeito de direitos, dos direitos humanos e da exceção, destacamos que na última parte do primeiro volume do projeto *Homo Sacer*, logo de saída, Agamben ressalta que devemos reformular nosso questionamento a respeito dos campos de concentração, a partir da exceção. Para o pensador italiano não nos devemos perguntar como aconteceram os campos e seus eventos bárbaros e cruéis de violência extrema, mas, sim, a indagação ou o questionamento correto a fazer, se quisermos compreender o que realmente aconteceu e quais os seus procedimentos, deve ser o que é um campo e qual a sua estrutura jurídico-política (cf. AGAMBEN, 2007, p. 173).

De acordo com Agamben ao buscarmos os fundamentos estruturais do campo deixaremos de observá-lo apenas como um fato histórico do passado e passaremos a compreendê-lo, “de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 173).

A fim de justificar sua hipótese, Agamben parte da discussão existente entre os historiadores a respeito da primeira aparição dos campos, destacando que é nesse espaço onde se realizou a maior condição de inumanidade. A primeira aparição se dá

com os campos de concentração espanhóis em Cuba, no ano de 1896, criados “para reprimir a insurreição da população da colônia” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 173). Podemos observar, já neste caso, a característica de regulamentação jurídica da política ou, se quisermos, a vertente de atuação política apenas, com a garantia de opressão dos insurgentes em uma zona de indistinção entre jurídico e político. Também, no percurso histórico, o pensador italiano elenca os *concentration camps* ingleses, criados no início do século XX, e, que segundo Agamben (2007, p.173), “o que importa é que, em ambos os casos, trata-se da extensão, a uma inteira população civil, de um estado de exceção ligado a uma guerra colonial”.

Na ótica de Agamben, os campos de concentração surgem do estado de exceção ou da lei marcial e não da legislação ordinária ou de uma mutação do direito carcerário (cf. AGAMBEN, 2007, p. 173). Dentro da perspectiva histórica, o filósofo italiano analisa os *Lager* nazistas, que podem ser citados como exemplo no sentido de demonstrar o surgimento do campo por meio do estado de exceção; há um fundamento jurídico-político para o aparecimento do campo e este não se dá no direito comum. No caso da Alemanha nazi a justificação jurídica em seus primórdios está inscrita na *Schutzhaft* (custódia provisória), cuja origem se encontra “na lei prussiana de 4 de junho de 1851 sobre o Estado de Sítio” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 173-174).

Doravante, Agamben aproxima o alicerce jurídico dos campos, o *schutzhaft*, ao artigo 48 da Constituição de Weimar, texto normativo conhecido por autorizar o Presidente do Reich a suspender provisoriamente os direitos fundamentais em virtude da garantia da ordem e da segurança públicas(7).

Analizando, além disso, o modelo nazista, Agamben afirma que, quando estes últimos (nazistas) chegaram ao poder em 1933 “emanaram o *Verordnung zum schutz von volk und Staat*, que suspendia, por tempo indeterminado, os artigos da constituição” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 175), que se referiam aos direitos fundamentais. Apesar de seguirem o modelo de ação política governamental existente em governos anteriores, um elemento novo foi inserido no estado de exceção nazi que é o seu caráter permanente; desta feita, “o estado de exceção cessa, assim, de ser referido a uma situação provisória de perigo factício e tende a confundir-se com a própria norma” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 175).

A respeito da relação entre estado de exceção e campo, Agamben (2007, p. 175) afirma que:

Este nexos constitutivo entre estado de exceção e campo de concentração dificilmente poderia ser superestimado, em uma correta compreensão da natureza do campo. A “proteção” da liberdade que esta em questão na *schutzhaft* é, ironicamente, proteção contra a suspensão da lei que caracteriza a emergência. A novidade é que, agora, este instituto é desligado do estado de exceção no qual se baseava e deixado em vigor na situação normal. *O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra.*

A situação temporal de suspensão do ordenamento passa agora a se tornar uma regra ou a se justificar de maneira permanente, encontrando argumentos jurídicos e políticos para que o estado de exceção possa se apresentar permanentemente ou mesmo se transformar em uma prática de governo (cf. AGAMBEN, 2007, p. 175-176).

Agamben irá chamar a atenção para a necessidade de reflexão acerca da estrutura paradoxal do campo enquanto imagem real do espaço de exceção, pois “ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é por causa disso, simplesmente um espaço externo” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 177).

No campo, destaca Agamben (2007, p. 177) que:

Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, *capturado fora*, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente*.

Na estrutura do campo há uma indistinção entre a questão de fato e a questão jurídica, significa dizer que no campo ocorre uma indistinção entre o jurídico e o político. Assim, “*o campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornam-se indiscerníveis*” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 177).

Retomando o pensamento de Hannah Arendt, Agamben passa a destacar que, a partir da caracterização do campo como o lugar de indistinção entre o político e o jurídico, torna-se possível visualizar a atuação do princípio totalitário de que “tudo é possível” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 177). Para o filósofo italiano (2007, p. 177), “somente porque os campos constituem, no sentido que se viu, um espaço de exceção, no qual não apenas a lei é integralmente suspensa, mas além disso, fato e direito se confundem sem resíduos, neles tudo é verdadeiramente possível”.

Assim, sob essas coordenadas devemos ter em consideração a característica “espectral” ou fluída do estado de exceção e, por consequência, da estrutura do campo; ou seja, conforme destaca Agamben, a estrutura do campo se caracteriza por uma espécie de *localização deslocante*

A questão que está em jogo agora é que o campo pode aparecer de inúmeras maneiras e passa ele próprio a produzir os corpos biopolíticos como vida nua. Para Agamben toda vez que nos depararmos com uma estrutura em que político e jurídico, vida nua e norma, se indeterminem, estamos diante de um campo e, por consequência, há a materialização de um estado de exceção.



Com isso, Agamben ilustra seu argumento ao se referir ao estádio de Bari “onde a policia italiana aglomerou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses”, bem como as “*zones d’attente* nos aeroportos internacionais franceses, nas quais são retidos os estrangeiros que pedem o estatuto de refugiados” (cf. AGAMBEN, 2007, p. 181).

Considerando o diagnóstico da estrutura “espectral” do campo, um lugar aparentemente anódino como um hotel pode ser reconhecido como um campo e um espaço de exceção em que a vida foi *abandonada* pela forma jurídica (suspensão/exclusão) e se encontra exposta ao poder soberano, a violência e a morte. O exemplo citado por Agamben (2013) é o do *Hotel Arcades* em Roissy, o que justifica nossa hipótese de análise de *Hotel Ruanda*, pois se é possível uma caracterização do estabelecimento belga como um hotel de refugiados, não parece razoável o argumento de que houve um erro da comunidade internacional no que diz respeito ao conflito em solo africano, mas, sim, de que a vida dessas pessoas foi *abandonada* ou exposta à morte (e a violência) por terem sido compreendidas como refugiados e, segundo Agamben, é essa figura que põe em cheque a ideia do sujeito de direitos em nossos dias(8).

Portanto, o fundamental é atentarmos para a provocação de Agamben a respeito da necessidade de refletirmos acerca da estrutura jurídico-política do campo, pois este materializa um espaço no qual o ordenamento normal está de fato suspenso, expondo a vida nua, capturada (inclusão) pelos dispositivos da forma jurídica e da exceção, à violência e, até mesmo, à morte; com isso, a vida nua encontra-se em uma zona de indistinção entre o jurídico e o político, entre a lei e a vida, bem no âmbito de atuação da soberania, que poderá agir na forma da decisão soberana sobre o controle total da vida no sentido de um *fazer morrer* e/ou *deixar viver* ou, ainda, um *fazer viver* ou *deixar morrer* (cf. FOUCAULT. 1977;2010).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitindo a possibilidade de uma fecunda aproximação entre direito, arte e literatura, é possível justificar nossa hipótese de que a temática da biopolítica e dos direitos humanos se encontra presente em *Hotel Ruanda*.

Por consequência, podemos verificar a presença de temas políticos importantes para uma reflexão acerca do conflito do país africano, que foi considerado tardiamente pelos dirigentes da comunidade internacional como um genocídio pós Segunda Guerra Mundial.

Ao partirmos das reflexões de Agamben a respeito dos direitos humanos, bem como da exceção e da biopolítica e, se admitirmos como possível que o hotel *Milles Collines*, gerenciado por Paul Rusesabagina, realmente foi um hotel de refugiados, coloca-se a questão de meditar a respeito da conduta de Paul e do real alcance de tal reconhecimento no que diz respeito a uma efetiva proteção dos

direitos humanos das mais de 1.200 pessoas que se encontravam no hotel para além de um discurso a respeito dos direitos humanos e das intervenções humanitárias.

Assim, apenas atribuir o *status* de hotel de refugiados ao *Milles Collines* não implica dizer que houve o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos dos ruandenses que ali se refugiaram, mas, a partir da reflexão de Agamben, podemos considerar que a condição de refugiados motivou o *abandono* de suas vidas pela comunidade internacional no que diz respeito às intervenções humanitárias no pobre país africano, o que pode também significar a retomada e ampliação feita pelo filósofo italiano do conceito de Arendt dos deslocados de guerra, desse modo, os refugiados por não serem integráveis ao sistema político e do mercado podem ver retirados seus direitos (*homo sacer*/exclusão) pela suspensão do ordenamento jurídico devido à situação de exceção, o que implica dizer que suas vidas se encontravam expostas à morte na exata medida em que ficaram a mercê da *decisão* da guerrilha a respeito de identificar o hotel como um alvo, ressurgindo, de tal modo, a ideia de soberania como poder de deixar viver e fazer morrer.

#### NOTAS DE FIM

1. Contudo, parece oportuno destacar que a discussão é importante e segundo Aylton Barbieri Durão (2005, p. 1): desde a publicação de *Levando os direitos a sério*, em 1977, prosseguindo com *Uma questão de princípio*, em 1985, onde o problema é tratado explicitamente, e com *O Império do Direito*, em 1986, que Ronald Dworkin vem elaborando uma resposta ao problema introduzido pela filosofia analítica do direito de Herbert Hart, segundo a qual, nos “casos difíceis”, onde não existe um jogo de linguagem capaz de orientar a decisão judicial, os juízes têm que apelar para o seu poder discricionário, e, para tanto, vem desenvolvendo uma metodologia de aplicação do direito que permita aos juízes chegar a uma sentença correta para cada caso, exclusivamente a partir dos institutos do próprio direito positivo. Marcelo Cattoni (2007, p. 87) argumenta que: a questão da resposta correta é de postura ou atitude, definidas como *interpretativas* e *auto-reflexivas*, *críticas*, *construtivas* e *fraternas*, em face do *Direito como integridade*, dos direitos individuais como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas moral e *jurídica*.
2. As traduções são livres e de minha autoria, salvo indicação em contrário.
3. Destaca-se que algumas das informações históricas sobre Ruanda foram retiradas do *verbete* Ruanda da edição de 1998 do Almanaque Abril.
4. De acordo com Benjamin Noys (2005, p. 3) após o Holocausto *nazi* há um século de genocídios e extermínios em massa, do Camboja a Ruanda, o que torna difícil afirmar que a morte deve ser “invisível” ou “proibida”. Nas palavras do autor: “After the Holocaust and during a century of genocides and mass exterminations, from Cambodia to Rwanda, it is difficult to claim that death is now ‘invisible’ or ‘forbidden’”.
5. Já em Hobbes (1974, p. 100) se tem uma reflexão acerca da pessoa, e para o pensador inglês podemos falar da pessoa artificial que representa as ações ou palavras de outro, ou, ainda, pessoas naturais. É interessante a aproximação feita por Hobbes da ideia de disfarce como expressão do vocábulo latino *persona*, a máscara ou viseira utilizada pelos atores no palco, o que poderia em termos jurídicos representar a imagem conceitual da forma jurídica.
6. A noção de dispositivo Agamben retira do pensamento de Foucault, no entanto, podemos observar que o filósofo italiano entende por dispositivo “qualquer coisa que tenha de algum

modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes” (cf. AGAMBEN, 2009, p. 40)

7. Dispõe o artigo 48 da Constituição de Weimar: Artikel 48 - Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.
8. A respeito do campo e dos espaços aparentemente inofensivos, Oswaldo Giacoia Junior (2013) destaca que “em todos esses casos, há um lugar de aparente anódino (como o **Hotel Arcades em Roissy**), que efetivamente circunscreve um espaço no qual o ordenamento normal está de fato suspenso, e onde não depende da lei se lá são cometidas atrocidades ou não, mas unicamente da decência e do entendimento ético da polícia, que age temporariamente como soberano (por exemplo, durante os quatro dias nos quais os estrangeiros podem ficar retidos na *zone d’attente*, antes da intervenção dos funcionários da justiça). As também algumas periferias das grandes cidades pós-industriais e as *gated communitities* nos Estados Unidos da América já se assemelham hoje a campos, nesse sentido, nos quais vida nua e vida política, pelo menos em certos momentos, ingressam numa zona de absoluta indeterminação. Creio que podemos acrescentar que o mesmo vale para o que ocorre em nossas prisões, favelas, assim como nas periferias de nossas capitais mais ricas e desenvolvidas”.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004.

\_\_\_\_\_. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2007.

\_\_\_\_\_. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo. 2008.

\_\_\_\_\_. O que é um dispositivo? In: O que é o contemporâneo? E outros ensaios. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó-SC: Argos editora da Unichapecó. 2009.

\_\_\_\_\_. ¿Qué es um Campo? Disponível na internet: [http://www.oei.org.ar/edumedia/pdfs/T06\\_Docu4\\_Queesuncampo\\_Agamben.pdf](http://www.oei.org.ar/edumedia/pdfs/T06_Docu4_Queesuncampo_Agamben.pdf). Acesso em: 11 de setembro de 2013.

ARENDT, Hannah. O sistema totalitário. Trad. Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1978.

BARRY, Brian. Derechos humanos, individualismo e escepticismo. Trad. Mercedes Carreras. In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante. n. 11, p. 219-231. 1992.

BOBBIO, Norberto. A crise da democracia e a lição dos clássicos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, nº 170, p. 29-45. 1987.

\_\_\_\_\_. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995.

\_\_\_\_\_. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

\_\_\_\_\_. Teoria geral do direito. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante. n. 4, p. 79-84.1987.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? In.: Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v 10, n. 19, p. 87-103, 1º semestre, 2007.

CASALMIGLIA, Albert. Problemas abiertos en la filosofia del derecho. In: Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante. n. 1, p. 43-47.1984.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: Crítica da Modernidade: diálogos com o Direito. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005.

DURÃO, Aylton Barbieri. É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso? In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi, p. 1-14. 2005.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

FOUCAULT. Michel. A história da sexualidade I: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon. Rio de Janeiro: Graal.1977.

\_\_\_\_\_. A verdade e as formas jurídicas. Trad: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio Janeiro: Nau Editora/PUC-RIO. 2002.

\_\_\_\_\_. Microfísica do poder. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 2010.

\_\_\_\_\_. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo, Sonhos e pesadelos da razão esclarecida. In: Revista Olhar. São Carlos. Nº 7, p. 9-35. 2003.

\_\_\_\_\_. Foucault. In: Em tempo. Revista de Direito do Univem, v. 6, p. 9-19. 2004.

\_\_\_\_\_. A visão da morte ao longo do tempo. In: Medicina, Ribeirão Preto, 38 (1), p. 13-19. 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: Kriterion, Belo Horizonte, nº 118, pp. 267-308. 2008.

\_\_\_\_\_. *O que resta de Auschwitz e os paradoxos da biopolítica em nosso tempo. Entrevista especial com Oswaldo Giacoia Junior.* Disponível na internet: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/522762-o-que-resta-de-auschwitz-e-os-paradoxos-da-biopolitica-em-nosso-tempo-entrevista-especial-com-oswaldogiacoia-junior>. Acesso em: 21/08/2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller. Disponível na internet: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf>. Acesso em 04/03/2012.

GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: editora Unisinos. 1999.

GONZÁLEZ, José Calvo. Constitucional Law en clave de teoría literária. Uma guia de campo para el estudio. In: Bologna: Italian society for law and literature (ISLL), p. 1-9. Vol 2.2009.

\_\_\_\_\_. Derecho y literatura. La cultura literaria del derecho. In: Bologna: Italian society for law and literature (ISLL), p. 1-12. Vol 3. 2010.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.

\_\_\_\_\_. Técnica e ciência como ideologia. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70.1993.

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

\_\_\_\_\_. O futuro da natureza humana. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

JONAS, Hans. Por que a técnica moderna é um objeto para a ética. Trad. Oswaldo Giacoia Junior. In: Natureza humana 1 (2), p. 407-420. 1999.

\_\_\_\_\_. O fardo e a benção da mortalidade. Trad. Wendell Evangelista Soares Lopes. In: Princípios, v. 16, nº 25, p. 265-281.2009.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? In: A paz perpétua e outros opúsculos. Trad. De Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. In: Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante. nº 4, p. 23-46.1987.

LEVI, Primo. Se isto é um homem. Trad. Simonetta Cabrita Neto. 10ª ed. Alfragide-Portugal: Teorema. 2013.

MAGRIS, Claudio. Los poetas fueron los primeros legisladores. In: Diario ABC. Madrid, fevereiro de 2006.

\_\_\_\_\_. Los poetas y los legisladores. In: La nacion. Disponível na internet: <http://www.lanacion.com.ar/787855-los-poetas-y-los-legisladores> . Acesso em 16/09/2012.

MAIA, Daniele Lovatte. Hotel Ruanda: os dilemas das intervenções humanitárias e a busca dos direitos humanos através da arte. In: GALUPPO, Marcelo Campos; RUIZ, Ivan Aparecido (Org.). Direito, arte e literatura. Florianópolis: FUNJAB, p. 313-330. 2013.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La universalidad de los derechos humanos. In: Doxa, cuadernos de la Filosofia del Derecho. Nº 15-16, p. 613 – 633. 1994.

MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 54, p. 11-48.2009.

\_\_\_\_\_. Nómos Pantokrator? Apocalipse, exceção, violência. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 105, p. 277-342, 2012.

NOYS, Benjamin. The culture of death. Oxford: Berg. 2005.

ONU. Pronunciamento do Secretário Geral. Doc. S/1999/12157. 16 de dezembro de 1999. ONU. S/RES/912 (1994). Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/190/88/PDF/N9419088.pdf?OpenElement>. Acesso em: 01/11/2013.

OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. In: Doxa, cuadernos de la Filosofía del Derecho. Nº 29, p. 333 – 348. 2006.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Trad. Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. Sobre hermenêutica, direito e literatura: itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. In: Reflexión Política, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol. 15, nº 29, p. 74-83. 2013.

RUANDA. In: Almanaque abril. São Paulo: editora Abril. 1998.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A vida humana e o estado de exceção: a tentação totalitária do controle biopolítico. In: Estado, política e direito: políticas públicas e direitos fundamentais. DORNELLES, José Ricardo Wanderley; SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano. Cricúma-SC: ed. Unesc. 2011.

SANSONE, Ariana; MITICA, M. Paola. Diritto i Letteratura. Storia di una tradizione i stato dell'arte. In: Bologna: Italian society for law and literature (ISLL), p. 1-10, 2008.

SCHMITT, Carl. . O conceito do político. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.

\_\_\_\_\_. Teologia Política. Trad. Inês Lohbauer. In: A crise da democracia parlamentar. São Paulo: Scritta. 1996.

SÓFOCLES. Antígona. Transc. Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

TUZET, Giovanni. Diritto e letteratura: finzioni a confronto. In: Bologna: Italian society for law and literature (ISLL), p. 1-23. vol 2. 2009.

## Filmográficas

Hotel Rwanda. (Hotel Ruanda). Direção: Terry George. Coprodução: África do Sul; Itália e Reino Unido 2004. DVD (121 min).

# O DIREITO PENAL MÁXIMO SOB ENFOQUE CRÍTICO

*Guilherme Alcântara*

Como citar esse artigo:

ALCANTARA,  
Guilherme. O direito  
penal máximo sob  
enfoque crítico. In  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

## **Biografia das autoras:**

ALCÂNTARA  
Discente do 09º termo  
do curso de Direito do  
Centro Universitário  
Antônio Eufrásio de  
Toledo – Faculdade de  
Direito de Presidente  
Prudente

## **RESUMO:**

Uma reflexão hermenêutica crítica da política criminal de Direito Penal máximo, analisada sob um enfoque amplo, com pretensão de abranger desde a prática forense – de acordo com os trechos selecionados do documentário “Justiça” - aos discursos políticos, doutrinários, e jurisprudenciais que defendem essa posição. O foco da pesquisa consistiu em identificar as funções latentes que o Direito Penal máximo exerce nestas diferentes esferas do fenômeno jurídico, apontando para seu poder ideológico, que amiúde reveste de legalidade posturas antiéticas de profissionais da política e inquisitoriais dos profissionais da Justiça, os “operadores do direito”, em especial a magistratura.

**Palavras-chave:** inimigo, Estado, fascismo, senso comum, medo.

## **ABSTRACT:**

A critical hermeneutic reflection about the Law and Order doctrine, examined under an approach that ranges from the forensic practice - according to excerpts of the documentary "Justice" - to the political speeches whose hold this position. The focus of the research was to identify the latent functions that the Law and Order plays in these different areas of the legal phenomenon, pointing to its ideological power, which often gives legality to unethical attitudes of professional politics and inquisitorial professionals of Justice, especially the Judiciary.

**Keywords:** enemy, state, fascism, common sense, fear.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurou elaborar uma reflexão crítica dos argumentos que apregoam uma política criminal de Direito Penal máximo e denunciar o retrocesso que essa tendência representa à autonomia do Direito. Circunscreve-se a investigação numa via hermenêutica crítica da epistemologia e dogmática jurídica, que desconstrói esses discursos a partir de seus elementos contextuais, apontando para suas condições de possibilidade e manutenção.

Inaugurou-se a investigação com a exposição de dois trechos extraídos do documentário. Por meio dessa técnica somos chamados a analisar, na lição de Warat, o *lugar da fala* destes discursos, ou seja, o local espacial-temporal que ocupa o sujeito que argumenta, a fim de que identifiquemos quais influências o determinam e quais caracteres ideológicos ele manifesta.

Após, o foco foi a desconstrução dos argumentos que sustentam o Direito Penal máximo. Neste afã, a partir das brilhantes lições de Ulrich Beck e Zygmunt Bauman, foram postas à prova as premissas implícitas dos discursos de Direito Penal máximo, como a imparcialidade/neutralidade/onisciência do Legislador e a concepção de mundo maniqueísta, baseada no paradigma exemplificado como uma sociedade de cidadãos bonzinhos dignos de proteção e malvados merecedores do castigo.

A terceira parte do presente artigo se manteve na linha do capítulo anterior, porém com o fim de revelar de que maneiras o discurso de Direito Penal máximo se identifica com a doutrina fascista. Analisou-se tanto as condições sociais e culturais que permitiu a certos países adotar a experiência política fascista quanto as condições de (re)surgimento desse complexo movimento histórico na contemporaneidade.

A quarta e derradeira parte da investigação tem por finalidade apontar quais os equívocos de uma atividade jurídica fundada, exclusivamente, no senso-comum, a qual reproduz todo um imaginário próprio e ideológico do Direito, o senso comum teórico dos juristas. Neste contexto, o objetivo foi denunciar os enunciados da doutrina e jurisprudência que são claramente respaldados nesse imaginário mitológico e fabulador que reproduz e fomenta o Direito Penal máximo e não se coaduna com um constitucionalismo democrático.

Como dito, a proposta metodológica se inscreve dentro da crise paradigmática das ciências sociais – dentre elas a ciência jurídica - noção que se identifica nas ideias de Hans-Georg Gadamer, Friedrich Muller, Boaventura de Souza Santos, Lênio Luiz Streck e, aqui precipuamente, Luis Alberto Warat.

Fixado isto, e apesar da aversão em encerrar a justificativa metodológica da pesquisa numa só classificação em plena “crise do fundamento”, pode-se afirmar que o presente estudo encontra identidade com o funcionalismo sociológico de Robert Merton, pois entende que o agir humano possui tanto funções manifestas



quanto latentes, sendo que nestas últimas – não pretendidas e nem reconhecidas pelos integrantes da sociedade (1957; p. 51) – residem mecanismos de exercício do poder.

As premissas são a nova relação “direito-moral” e a autonomia conferida ao Direito do pós-guerra de que leciona Streck, premissas estas que deslocam o problema da legitimidade do Direito para as condições interpretativas (Gadamer; 2012, p. 61), forçando a Ciência Jurídica, na tendência de desdogmatização da Ciência em geral, a analisar e fornecer o caminho da prática jurídica (Santos; 1989, p. 29). Essa nova preocupação tanto se manifesta dirigida à atividade jurídica – com “a resposta certa” dworkiana ao problema da decisão judicial – quanto em obras estritamente científicas, como a epistemologia pragmática de Boaventura de Souza Santos, que busca a justificação de toda uma nova Ciência pós-moderna menos nas suas causas que em suas consequências sociais (1989; p. 28-29).

Noutras palavras, a proposta é investigar de que modo os elementos da realidade social atuam dentro dos distintos passos de concretização do Direito (Muller; 2007; p. 19), tendo por objeto, em um primeiro momento, os trechos do documentário selecionados e, na parte final, a doutrina e a jurisprudência. Vale parafrasear Warat: a finalidade é refletir sobre as condições de possibilidade dos discursos – “as condições que permitem que, em um dado momento histórico, as palavras tenham uma determinada significação e não outra”. (1995, p. 84).

Utilizando-se da hermenêutica, busca-se uma compreensão destes discursos que manifeste os efeitos de poder e manutenção do *status quo* que cumprem (Warat; 1995, p. 315), pensando estes discursos dentro de uma teoria crítica da sociedade (Warat; 1995; p. 84).

Para o saudável transcórre do trabalho, conceitos como “Estado do Bem Estar”, globalização, Legislador, modernidade, e “pós”-modernidade são presumidos como familiares pelo leitor. Cumpre, entretanto, anotar que se designa como “políticas de Direito Penal máximo” toda ideia que pretenda a resolução dos conflitos sociais por intermédio precípua do Direito Penal, e que aposta numa visão maniqueísta de sociedade/crime, seja ela expressa em decisões judiciais, no comportamento (supostamente) “imparcial” do Legislador, nas propostas à candidatura política, nos discursos jurídicos em geral – como os selecionados no documentário - e na doutrina jurídica.

É a partir desta complexidade de objetos que, em conjunto ao método exposto, que se pretendeu revelar como os discursos falaciosos de Direito Penal máximo se reproduzem dentro da comunidade jurídica, produzindo efeitos nefastos.

## 1. TRECHOS SELECIONADOS DO FILME “JUSTIÇA”

Como toda a atividade que se pretende hermenêutica, buscar-se-á, menos que construir as premissas para futuras conclusões, expor nosso objeto de estudo –

os discursos de Direito Penal máximo selecionados no documentário – e deixar que *ele nos diga algo*. O caminho para revelar as funções latentes dos discursos de Direito Penal máximo será a hermenêutica contemporânea, pois esta tem por fundamento que a linguagem não se esgota no que diz, no que expressa denotativamente (Gadamer; 2012. p. 209).

Muito ao contrário, valendo-se do ensinamento de Luis Alberto Warat, é forçoso reconhecer que “toda expressão, por mais elaborada que seja, carrega um número considerável de implicações não manifestas” (1994; p. 125), razão pela qual é impossível, para uma hermenêutica que se leve a sério, interpretar o sentido do discurso sem articular os seus sentidos manifestos e latentes.

Logo, a par de que a complexidade significativa do mundo é “motor e dilema” de toda teoria das ciências sociais e que, por isso, deve ser objeto central de suas investigações, nossa proposta consiste em elucidar as condições extra-discursivas e meta-comunicacionais que determinam a produção do discurso tanto da doutrina quanto dos “operadores do direito”, e que permanecem produzindo efeitos políticos e ideológicos latentes, “escondidos” nos enunciados (Warat; 1995; p. 307).

*Mutatis mutandis*, como aduzido, buscar-se-á no próprio documentário “Justiça” o objeto do nosso estudo, operação que se faz a seguir.

## 1.1 A resposta de Inês

Sala de jantar. A Defensora Pública atuante na comarca da cidade do Rio de Janeiro está se servindo quando seu pai lhe indaga se o juiz está “condenando muito”, no Fórum. A filha responde com um “Sempre que pode. Ele [o juiz] é muito duro”.

O pai então pergunta que atitude o Ministério Público mantém. A Defensora Pública responde:

O Ministério Público tem uma posição bem parcial. Até pior [que a do juiz]. *Não consegue romper com aquela visão de que estão salvando a sociedade.* Quem está preso, na verdade, são os “pés-de-chinelo”. Ladrão de galinha... O povo mais miserável. Roubando celular, e carteira... Hoje eu peguei um processo para fazer alegações finais. Sabe o por quê que a pessoa está sendo processada? O por quê que o Ministério Público ofereceu denúncia? Contra uma tentativa de furto, de 03 (três) óleos de pele no supermercado, que não custavam mais que R\$ 20,00 (vinte reais). Tentativa de furto, e eu (Defensora Pública) tenho que elaborar alegações finais de 05 ou 06 laudas que convençam ao juiz que isso não é crime. E a gente trabalha, trabalha, e não vê o resultado. Fica “enxugando gelo”... E pessoas sendo a cada dia mais sendo encarceradas. O Promotor hoje disse que trabalhou muito. Que “denunciou” cinco hoje. “Vão todos para você, Drª.”... E sabe o que o

promotor diz para mim? “Neste país ninguém vai preso.” E ele se preocupa com isso. As cadeias superlotadas, e 'neste país ninguém vai preso'...

Mais que um desabafo, a resposta de Inês constitui um gritante expressão da realidade forense-criminal brasileira. O comentário sintetiza, em suas poucas palavras, o senso comum teórico dos juristas baseado em uma visão mítica do Direito Penal, e o simbolismo, seletividade e ineficácia de seu sistema.

De fato, parece bastante difícil encarar a veracidade da última frase de Inês: “As cadeias superlotadas, e 'neste país ninguém vai preso' [parafraseando o colega Promotor]. Estes dois fatos são notórios: cadeias superlotadas e sensação de insegurança. Como, entretanto, explicar isso? E como remediar? Até que ponto um Ministério Público e uma Magistratura que acredita estarem “salvando a sociedade” são fatores construtivos de uma democracia?

## 1.2. Um veemente “basta!” na corte carioca

Sessão solene de posse ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pela juíza de Direito Dr<sup>a</sup> Fátima Maria Clemente. No fim da cerimônia, um dos desembargadores se levanta e profere o seguinte discurso de boas vindas à nova colega:

A posse da desembargadora Fátima Maria Clemente deve ser marcada não só com o calor da nossa amizade, com o orgulho pela sua vitória, mas com um outro e veemente “basta!”, também em homenagem a coragem sempre por ela demonstrada em sua carreira quase toda exercida na difícil área justiça criminal. Basta, senhor Presidente, do medo que nos prende em casa, como se ainda fosse seguro nela se esconder. Basta, senhor Presidente. Basta de inércia, de covardia, de submissão ao terror e ao poder dos criminosos. Basta de explorar os nossos mortos, feridos e humilhados em sua dignidade, para continuar depois quase insensíveis, acomodados, aplicando leis que não guardam mais a menor intimidade com a nossa realidade que vivemos. Basta, senhor Presidente. Basta.

Aqui, o nosso interlocutor ocupa o posicionamento criticado por Inês, a posição do promotor de justiça e do juiz severo que acreditam “salvar a sociedade”. De um discurso falacioso que, baseado no “medo que nos prende em casa”, e apelando para as diferenças entre as leis e a “realidade que vivemos” (sic), constrói um cenário maniqueísta no qual se faz necessária uma espécie de contra-ataque por parte do *jus puniendi* em resposta ao fenômeno da criminalidade.

O problema não é atual, tampouco local. Por todo o globo a sensação de insegurança e o medo, tema elementar no nosso estudo, propulsionam o abatimento das garantias e liberdades individuais em prol da proteção contra um pretenso

“inimigo” da sociedade. Na Europa, a política contra os imigrantes ilegais e, nos Estados Unidos, a legislação anti-terrorismo, ilustram bem essa situação.

Em terras tupiniquins, o “inimigo” é, precipuamente, o traficante, mas também o trombadinha, o usuário patológico de drogas, o assaltante e o sequestrador. Estes são, em regra, os personagens dos inúmeros “programas policiais” que recheiam a nossa programação televisiva. O inimigo é, na lição de Rousseau (1999, p. 44), aproveitada por Gunther Jakobs (2007, p. 25), o sujeito que, por infringir o pacto social, torna-se traidor da pátria e assume uma postura de guerra contra o Estado por violar suas leis.

O discurso do desembargador do Tribunal de Justiça carioca expressa, contudo, do mesmo modo que o desabafo de Inês, muito mais que as palavras transcritas. Os dizeres expressam, conforme se apontará, o quadro de uma sociedade apavorada e reativa, desamparada pela troca do Estado do *Welfare* para o Estado da “proteção pessoal”, e da formação de uma mentalidade neofascista no senso comum teórico dos juristas brasileiros, conforme veremos a seguir.

## 2. O QUE HÁ POR DETRÁS DO “BASTA!” E DO “PROMOTOR HERÓI” - TEMPOS DE MEDO LÍQUIDO

Deixou-se antever que é a partir de uma premissa tipicamente contratualista que as políticas criminais de Direito Penal máximo se assentam. Fundamenta-se a criação do Estado como algo atemporal e abstrato (em um tempo muito remoto, os homens se uniram em um contrato de iguais...). Este cenário apresenta o *jus puniendi* estatal como única resposta racional à barbárie, e o Legislador, como a representação da sociedade, neutro, imparcial, que alça os mais relevantes bens da vida ao nível de bens jurídico-penais.

A primeira falácia que este mito comporta é a de que o Estado pode, efetivamente, proteger a sua população. E essa “proteção” é aqui tratada *lato sensu*, abrangendo desde os perigos naturais – como catástrofes e outros incidentes da natureza – como os propriamente sociais – como as crises econômicas e os efeitos do mercado global.

Ocorre que o Estado-nação, desde o fim da Guerra-Fria, perdeu seu controle para as entidades transnacionais graças ao crescente e irreversível processo de globalização. A desvinculação das empresas multinacionais do poder estatal e a experiência de convivência e ação humanas acima das fronteiras dos países gera o rompimento da unidade Estado-sociedade-indivíduo prometida pela modernidade, pois o poder público cede espaço ao privado e a ordem territorial do Estado perde a sua obrigatoriedade (Beck; 1999, p. 181).

Expõe Ulrich Beck (1999, p. 14):

A globalização viabilizou algo que talvez já fosse latente no capitalismo, mas ainda permanecia oculto no seu estágio de submissão ao Estado democrático do bem-estar, a saber: que pertence às empresas, especialmente aquelas que atuam globalmente, não apenas um papel central na configuração da economia, mas da própria sociedade como um todo - mesmo que seja "apenas" pelo fato de que ela pode privar a sociedade de fontes materiais (capital, impostos, trabalho).

As empresas transnacionais, na ótica beckeana, podem exportar postos de trabalho de menores custos e menores impostos para a utilização de mão-de-obra barata; podem distribuir produtos e serviços nos mais diversos lugares; podem criar confrontos entre Estados nacionais ou regiões de produção e com isto realizar "pactos globais", obtendo os menores impostos e as melhores condições de infraestrutura; podem ainda "punir" os Estados nacionais sempre que estes se tornarem "caros" ou "pouco propícios para investimentos"; e, por fim, podem escolher de modo autônomo seus locais de investimento, produção, recolhimento de impostos e de sede e confrontá-las uma a uma. E tais prerrogativas, hoje, independem da autorização de qualquer Parlamento (Beck; 1999, p. 17).

Ou seja, enquanto o surgimento do Estado Moderno previa, na ideia de contrato social, o arranjo de vontades aderentes, um compromisso com o império da lei como centro irradiador da ordem, no qual o controle social e a produção econômica seria ditada por meio da aparelhagem do Estado (Ferraz Jr.; 2003, p. 226), o contexto atual aponta para um descolamento entre poder e política (aqui significando "poder público"), pois ausente no Estado-nação a capacidade de interferir efetivamente na vida dos cidadãos, tornando as instituições políticas existentes, assim como suas iniciativas e seus empreendimentos, cada vez menos interessantes ao indivíduo globalizado (Bauman; 2007, p. 08).

Ao lado disso, sabemos que o desenvolvimento tecnológico dos últimos séculos possibilitou à humanidade a capacidade de auto extinção. Seja intencionalmente, por meio de um atentado ou guerra oficial, seja por algum equívoco, na possibilidade de tornar o planeta inabitável para as futuras gerações, o importante é que, segundo Zygmunt Bauman (2008, p. 96):

O que agora ameaça o planeta não é apenas outra rodada de danos auto-infligidos (um traço muito constante da história da humanidade), nem outra catástrofe de uma longa série (que tem atingido a humanidade repetidas vezes em seu caminho até a condição atual), mas a catástrofe de todas as catástrofes, que não deixaria para trás nenhum homem que pudesse registrá-la, refletir sobre ela e daí extrair uma lição, muito menos aprender e aplicar essa lição.

Assim, o Estado-nação, que tinha sua *razão de ser* e que obtinha seu direito à obediência dos cidadãos na promessa de manutenção da sociedade e de proteção

das pessoas contra as ameaças econômicas, ambientais e sociais, não sendo mais capaz de cumprir tal missão em vista da vertiginosa globalização, dos mercados crescentemente extraterritoriais, e do acúmulo de armas em destruição em massa que podem destruir toda a humanidade em um instante, se vê obrigado a "rebaixar" a luta contra os perigos da integridade corporal (Bauman; 2008, p. 10-11).

Isto é, diante da evidente impotência do Poder Público em garantir a segurança social e física dos seus "súditos", a promessa de segurança pessoal é o tema mais sedutor ao candidato a cargo político. Trata-se da última maneira de mostrar alguma utilidade ao eleitor. A respeito disto, Bauman (2007, p. 18-19) adverte que:

O lema "lei e ordem", cada vez mais reduzido à promessa de segurança pessoal (mais exatamente corporal), se tornou uma grande, talvez a maior, bandeira nos manifestos políticos e nas campanhas eleitorais, enquanto a exibição de ameaças à segurança pessoal se tornou um grande, talvez o maior, trunfo na guerra de audiência dos meios de comunicação de massa, reabastecendo constantemente o capital do medo e ampliando ainda mais o sucesso tanto de seu marketing quanto de seu uso político.

Não a toa o bordão de uma famosíssima personagem do eleitorado paulista é: "Quando a ROTA (Rondas Ostensivas Tobias Aguiar) andava nas ruas, bandido tinha medo de sair de casa". Essa figura da política brasileira é tão famosa, outrossim, pela desonestidade, antiética e hipocrisia que conduz sua vida política.

É neste sentido que se avista a segunda falácia do discurso contratualista no qual se baseiam as políticas criminais de Direito Penal máximo, bem como o "veemente basta!" proferido pelo magistrado do Rio de Janeiro: O "Legislador" não é neutro e imparcial, e "elege" os bens jurídico-penais menos pela sua relevância efetiva e mais de acordo com a conveniência política.

Para entender como o Legislador é facilmente influenciado pelo clamor popular, basta atentar para as legislações penais editadas ao sabor dos casos midiáticos, como a Lei 9.677/98 que incluiu o artigo 273 do Código Penal no rol de crimes hediondos, a Lei nº 8.930/84 (caso Daniella Perez), a "Lei Carolina Dieckmann" - Lei nº 12.737/2012, e a "Lei do Abate" - Decreto nº 5.144/2004, elaboradas de última hora e como represália à uma situação particular que ganhou exposição.

Escorada no sentimento de medo de que fala Bauman, a falácia do discurso contra o "inimigo" da sociedade, característico das políticas criminais de Direito Penal máximo, têm ganhado força a partir da ineficiência estatal em cumprir com a promessa (moderna) de construir uma sociedade livre, justa e segura. Deixam-se de lado as duas primeiras prioridades e se foca na última como esperança de manutenção do poder. Não a toa os anos de chumbo na Europa, o fim do *Welfare State* nos EUA, e início do *Law and Order* em Nova York e, por fim, a queda do muro de Berlim são acontecimentos sucessivos e complementares: todos marcam o fracasso do Estado do Bem Estar e o surgimento de uma doutrina de Estado da

“proteção pessoal” (Bauman; 2007), que cresce vertiginosamente após os atentados de 11 de setembro de 2001.

Esse novo modelo de Estado apenas sobrevive a partir das premissas contratualistas ilustradas, nas quais as políticas criminais de Direito Penal máximo reduzem a realidade ao noticiado pela mídia: uma comunidade de “*cidadãos-cordeiros*”, protegidos de “*criminosos-lobos*” por uma “*polícia de cães-pastores*” (Surette; 1992, p. 43).

Isso, contudo, constitui somente a fuga de uma realidade muito mais complexa, intrincada e, hoje, negativamente globalizada (Beck; 1999) que é a nossa.

Eis a contradição: se esse novo Estado só encontra razão de ser na proteção exclusivamente pessoal e física de seus “*cidadãos-cordeiros*”, é necessário que exista um “*inimigo*”. Sem os “*criminosos-lobos*”, a “*polícia de cães-pastores*” é dispensável e, com isso, todo o Estado da “*proteção pessoal*” se tornaria desinteressante.

É, portanto, condição fundamental para que o governante seja interessante a presença de alguma ameaça física ao eleitor. Caso contrário, ou seja, caso saiba o cidadão que, seja fulano ou seja beltrano ocupando a cadeira na Câmara, os atores transnacionais continuarão ditando o ritmo do mundo, o seu emprego não será melhor, o preço do tomate teimará em subir, a sua aposentadoria continuará a ser adiada, seu filho prosseguirá com educação medíocre, os hospitais continuarão lotados e precariamente equipados, enfim, sua existência não sofrerá qualquer mudança significativa, o interesse no direito ao voto desaparece.

Nada obstante, é muito válido constatar que o clamor popular hodierno tem como marca registrada uma sensação de insegurança e medo sem precedentes. Zygmunt Bauman explica que o medo que atualmente flagela as cidades é diferente do medo “comum”, típico tanto dos animais quanto dos seres humanos.

É que enquanto os animais apenas demonstram o medo diante de uma ameaça *real e efetiva* sobre a sua existência, os humanos, porém, podem fazer com que a experiência de uma ameaça direta reconstrua a sua percepção de mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais futuras (Bauman; 2008, p. 09).

Esse medo, de segundo grau, propriamente humano e construído culturalmente é, nas palavras de Bauman (2008; p. 09):

Uma estrutura mental estável que pode ser mais bem descrita como o sentimento de ser suscetível ao perigo; uma sensação de insegurança (o mundo está cheio de perigos que podem se abater sobre nós a qualquer momento com algum ou nenhum aviso) e vulnerabilidade (no caso de o perigo se concretizar, haverá pouca ou nenhuma chance de fugir ou de se defender com sucesso; o pressuposto da vulnerabilidade aos perigos depende mais da falta de confiança nas defesas disponíveis do que do volume ou da natureza das ameaças reais). [...] Uma pessoa que tenha interiorizado uma visão de mundo que inclua a insegurança e a

vulnerabilidade recorrerá rotineiramente, mesmo na ausência de ameaça genuína, às reações adequadas a um encontro imediato com o perigo.

Como o medo tipicamente humano se baseia em uma experiência passada, já vivida, é interessante observar que, na consciência de suas vítimas, ele facilmente se distancia das suas causas reais e responsáveis pela suspeita de insegurança. Por isso, indica Bauman (2008, p. 10):

Já foi amplamente observado, por exemplo, que a opinião de que "o mundo lá fora" é perigoso e é melhor evitá-lo é mais comum entre pessoas que raramente saem à noite - se é que chegam a sair -, quando os perigos parecem mais aterrorizantes. E não há como saber se essas pessoas evitam sair de casa devido ao senso de perigo ou se têm medo dos perigos indizíveis à espreita nas ruas escuras porque, na ausência do hábito, perderam a capacidade de lidar com a presença de uma ameaça ou tendem a deixar correr solta a imaginação já aflita pelo medo, ao carecer de experiências pessoais diretas de ameaça.

Repete-se o discurso do desembargador carioca: *"Basta, senhor Presidente, do medo que nos prende em casa, como se ainda fosse seguro nela se esconder."* Só nos vale concluir pela evidente marca deste medo líquido de Bauman nas palavras do magistrado. Um medo que não se preocupa com algo certo e determinável, mas que se volta contra todas as possibilidades de ameaça.

É esta possibilidade de projetar os efeitos do medo para todas as possibilidades de ameaça que o auto fortalece. Com efeito, enquanto as reações defensivas ou agressivas destinadas a mitigar o medo podem ser dirigidas para longe dos perigos realmente responsáveis pela suspeita de insegurança (Bauman; 2008, p. 10), o comportamento defensivo estimulado pelo medo repetidamente apresentado pelas pessoas nas cidades reafirmam as premonições sombrias diariamente. Nas palavras do filósofo (Bauman; 2007, p. 17-18):

Cada fechadura extra na portada frente, em reação aos sucessivos rumores sobre criminosos de aparência estrangeira cobertos por mantos cheios de adagas, e cada revisão da dieta, em resposta aos sucessivos "pânicos alimentares", fazem o mundo parecer mais traiçoeiro e assustador, e estimulam mais ações defensivas - que vão, infelizmente, acrescentar vigor à capacidade do medo de se auto-propagar.

Por isso, o medo se tornou uma rica fonte de poder para quem se encontra em posição de usufruí-lo. Vende seguros e carros SUV, elege políticos, confere audiência à mídia, e, também, se infiltra na atitude dos "operadores do direito", de forma extremamente negativa, como podemos confirmar pelos trechos do documentário que foram selecionados.



Porém o discurso do medo e suas vantagens não são apenas usufruídos pelas companhias de seguro, empresas de segurança, e campanhas de candidatos ineficientes. Existe outra face do discurso do medo que se manifesta em posições filosóficas, políticas e jurídicas, como podemos verificar na sessão solene do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. São posicionamentos que, mesmo nas diferentes matizes citadas, possuem uma nota similar: a substituição da liberdade, e seus problemas, pela sensação de segurança.

Nesta ótica, tanto o fascismo quanto as políticas criminais de Direito Penal máximo, como o *Law and Order* dos anos 80 e a política anti-terrorismo atual nos EUA que nos são importados, são exemplos de discursos produzidos a partir do medo e da insegurança generalizada. No que concerne ao Direito, também o discurso do medo tem influenciado o senso comum teórico dos juristas, resultando equívocos do lado da doutrina e dos operadores do direito, conforme será investigado.

### 3. APROXIMAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL MÁXIMO E FASCISMO

Vale apontar que a falácia contratualista, a concepção “neutra e imparcial” de Estado e o esquema “cidadãos-cordeiros”- “policiais cães-pastores” - “criminosos-lobos” - premissas nas quais se escora, por exemplo, um dos maiores expoentes do Direito Penal máximo, Günther Jakobs, e sua teoria do Direito Penal do Inimigo - que considera, como visto, o criminoso como um “inimigo” da sociedade, dá azo a uma gama de manifestações com um latente caráter fascista na comunidade jurídica.

E o fascismo é uma filosofia política que se alimenta do medo, nutriente que é hoje farto para essa doutrina.

Marilena Chauí ensina que a palavra *fascismo* designa a dupla significação de *fascio*. Faz referência tanto ao conjunto de machados que precediam a aparição pública dos magistrados na antiga Roma, os machados significando *o poder do Estado para decapitar criminosos*, quanto a uma tradição popular do século XIX, em que certas comunidades, na luta por seus direitos, simbolizavam sua luta e unidade pelos *fasci* (irmãos). Por meio destas duas simbologias, “Mussolini se apropria do símbolo romano e popular, criando por toda a Itália os *fasci* de combate” (2000, p. 548).

Norberto Bobbio distingue três usos do termo *fascismo*: a experiência histórica do fascismo, ou seja, a Itália da primeira metade do séc. XX; a dimensão internacional que o fascismo alcançou, considerando o nacional-socialismo alemão como sua extensão; e, por último, os regimes e organizações que compartilham da mesma ideologia presente na experiência histórica fascista, seja qual for a sua posição espacial ou temporal (1998, p. 466).

Isso quer dizer que é equivocado considerar o fascismo um movimento ultrapassado, fadado aos livros de história. Bertrand Russell destaca que a doutrina fascista, muito antes da Itália, tem seu embrião na filosofia política de Fichte, fundada numa Alemanha de 100 anos antes ao fascismo italiano ou nacional-

socialismo, com a proposição do mestre alemão de que a língua germânica é a mais pura, e a pregação do patriotismo, “por quem o homem de espírito nobre sacrifica alegremente a si próprio” (2002; p. 80).

A respeito da razão de haver atingido o fascismo o ápice e total controle da política necessariamente na Itália e Alemanha, o cientista, matemático e filósofo Bertrand Russell muito bem aponta que:

Sempre há todo tipo de doutrinas sendo pregadas por todo tipo de profetas, mas aquelas que adquirem popularidade hão de ter uma especial capacidade de apelar às insatisfações causadas pelas circunstâncias de seu tempo (2002; p. 85).

A assertiva do professor somente confirma a ideia exposta: a de que o Direito Penal máximo ganha terreno fértil e força a partir do medo característico da modernização líquida, a qual se explicou em capítulo próprio. O jusfilósofo Bobbio aponta para as circunstâncias sociais da Itália que permitiram o alastramento dessa ideologia pela nação, as quais se revelam extremamente semelhantes ao quadro da atualidade brasileira (1998, p. 468):

O atraso do país, a falta de uma autêntica revolução liberal, a incapacidade e mesquinhez das classes dirigentes, unidas à arrogância de uma pequena burguesia parasitária com a doença da retórica, a prática do transformismo, que havia impedido a evolução do sistema político num sentido moderno, foram o terreno de cultivo do Fascismo.

Em sua obra *Psicologia de Massas do Fascismo*, publicada em 1933 e reproduzida até hoje, Wilhelm Reich explica que o terreno fértil para o fascismo é a rigidez e incapacidade de lidar com a liberdade que torna as massas incompetentes para coexistir pacificamente (1988, p. 244). Essa incapacidade de liberdade, que não é inata, esse medo de assumir as responsabilidades sociais, é o que alça o fascismo ao poder político.

A palavra fascismo não é um insulto, e nem a palavra capitalismo. Representa um conceito que designa uma forma muito particular de dirigir e influenciar as massas: regime autoritário, sistema de partido único, portanto totalitário, o poder à frente dos interesses objetivos, distorção política dos fatos, etc. Deste modo há "judeus fascistas" e "democratas fascistas". (Reich; 1988, p.169)

A grande objeção que se faz ao fascismo, emprestada de Bertrand Russell, “é a seleção de uma parte da humanidade como a única relevante” (2002; p. 96). Embora esse fator abominável se revele muito mais aparente no regime nazista, em função de seu manifesto antissemitismo, o fascismo propaga, na colocação do

Estado-nação, e seu poder, à frente dos interesses individuais, o ódio e a guerra aos “inimigos da pátria” em muito semelhantes ao clamor popular revanchista brasileiro.

O uso do ódio e do medo como artifício de simpatia estatal é bem retratado na obra de George Orwell (2005, p. 08):

Como de hábito, a face de Emmanuel Goldstein, o Inimigo do Povo, surgira na tela. Aqui e ali houve assovios entre o público. A mulherzinha de cabelo cor de areia emitiu um uivo misto de medo e repugnância. Goldstein era o renegado e traidor que um dia, muitos anos atrás (exatamente quantos ninguém se lembrava) fora uma das figuras de proa do Partido, quase no mesmo plano que o próprio Grande Irmão, tendo depois se dedicado a atividades contrarrevolucionárias, sendo por isso condenado à morte, da qual escapara, desaparecendo misteriosamente. O programa dos Dois Minutos de Ódio variava de dia a dia, sem que porém Goldstein deixasse de ser o personagem central cotidiano. Era o traidor original, o primeiro a conspurcar a pureza do Partido. Todos os subseqüentes crimes contra o Partido, todas as traições, atos de sabotagem, heresias, desvios, provinham diretamente dos seus ensinamentos. Em alguma parte do mundo ele continuava vivo e tramando suas conspirações: talvez no além-mar, sob proteção dos seus patrões estrangeiros; talvez até mesmo - de vez em quando corria o boato – em algum esconderijo na própria Oceania.

Interessante notar a semelhança deste espetáculo de ódio com a nossa programação televisiva. É interessante destacar, também, que frases do tipo “direitos humanos para humanos direitos” são, nada menos, que incitações de ódio e tratamento hostil a certas categorias de pessoas. Ocorre que a porosidade dos Estados-nações – isto é, sua insuficiência em cobrir as esferas da vida humana - garantiu ao lema “GUERRA É PAZ” uma utilidade nunca imaginada por Orwell. Delega-se a propagação do medo ao livre mercado para que os discursos eleitorais apelem ao sentimento de insegurança infiltrado no senso comum.

Por isso poderíamos chamar as políticas de Direito Penal máximo, incluída a Teoria do Direito Penal do Inimigo, de *neofascistas*, porquanto, a despeito da evidente falibilidade estatal em dominar toda a existência do indivíduo, a objeção fundamental ao fascismo se mantém: o apreço ao “bom-cordeiro” e o cultivo de ódio e tratamento desigualmente inferior aos “criminosos-lobos”.

Russell, que elabora uma genealogia da doutrina fascista, assinala que, conquanto a filosofia cristã, ensinando que todo ser humano é possuidor de uma alma imortal - e neste aspecto reside sua igualdade - e a filosofia utilitarista, atribuindo igual importância à felicidade de quaisquer homens, são doutrinas que fomentam a democracia, o fascismo, entretanto, seleciona alguns homens como favoritos e rejeita toda a parcela considerada como irrelevantes (2002; p. 80).

Explica o pensador britânico:

Essa doutrina, segundo a qual o homem 'nobre' é o propósito da humanidade e o homem 'ignóbil' nada tem a reclamar para si próprio, está no cerne do moderno ataque contra a democracia. (Russell; 2002, p. 80).

A par das lições de Bobbio de que o fascismo não se restringe à experiência histórica italiana ou até alemã, mas, menos que um conjunto ordenado de crenças, é essencialmente um protesto emocional, irracional, utilizado pela minoria para moldar à força a população segundo um padrão concebido (Russell; 2002, p. 97), pode-se afirmar que os discursos de Direito Penal máximo escondem características *neofascistas*, posto que se trata de um fascismo “sem nação”, que apela ao sentimento de insegurança não dos filhos da pátria, mas sim do “cidadão-de-bem”, o “cidadão-cordeiro” único merecedor de proteção pela “polícia de cães pastores”.

Trata-se de um fascismo novo, diferente, “pós-moderno”, ainda não completamente identificado que, contudo, diante das posturas retratadas no documentário em exame, de declarações de Procuradores da República do tipo “*O passarinho para cantar precisa estar preso*”, e da crescente indústria, mercado, e exploração política do medo, se mostra perigosamente próximo e real.

#### 4. AS CONSEQUÊNCIAS NO SENSO COMUM TEÓRICO

Os capítulos anteriores buscaram deixar evidente que a “visão de que estão salvando a sociedade”, ostentada pelo Promotor de Justiça criticado por Inês, e o sentimento revanchista caracterizado no discurso de posse da desembargadora no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro são manifestações de uma mentalidade que acredita no modelo de Estado basicamente contratualista, crente no Legislador onipotente-onisciente, neutro e imparcial, único representante legítimo do interesse coletivo.

Demonstrou-se que, entretanto, a concepção de Estado como instrumento capaz de prover a segurança e bem-estar dos cidadãos não sobrevive ao quadro da pós-modernidade. Neste contexto, o pós-Guerra Fria assistiu o fracasso do Estado do Bem Estar e a ascensão de um Estado da proteção pessoal. Este modelo novo de Estado já não mais anseia proteger o indivíduo das crises econômicas, dos desastres naturais, enfim, dos problemas sociais, mas sim se manter à base do sentimento de terror e medo característico das sociedades contemporâneas.

Neste plano de fundo surge o *inimigo*, desta vez não fora das muralhas, mas dentro do próprio seio da sociedade. Um inimigo que é reproduzido pela opinião pública sem cessar, e que é adotado como “guia de sucesso” para todo discurso político sem pretensões sérias. O maior problema do discurso do *medo do inimigo*, como visto, é o fomento de uma cultura neofascista na sociedade brasileira, posto que seleciona somente uma parte da humanidade como relevante – a parcela de

“cidadãos-cordeiros” - e à outra parcela se canaliza o sentimento de revanche e ódio massificados.

A seguir, cumpre dizer que política criminal de Direito Penal máximo constitui o melhor instrumento de dominação deste Estado da proteção pessoal no senso comum teórico dos juristas, conceito cunhado por Luis Alberto Warat que expressa, de modo muito geral, “a dimensão ideológica das verdades jurídicas” (Warat; 1994; p. 13).

Explicar-se-á melhor: nos discursos jurídicos, as influências do Direito Penal máximo denotam características graves que se encontram, amiúde, latentes.

L. A. Warat ensina que “nossa experiência cotidiana baseia-se em um conjunto de generalizações não rigorosas, que podem ser chamadas de *opiniões generalizadas*” (1995, p. 73).

Trata-se do senso comum, um pensamento massificado e coletivo que, na lição de Georges Abboud, Rafael Tomaz de Oliveira e Henrique Carnio, compõe a linguagem cotidiana comum, possuindo como características ser essencialmente técnico, não teórico, acrítico, prático e, por último, causal, “de maneira que o adquirimos à medida que as circunstâncias o vão ditando nos limites do caso isolado” (2013; p. 94).

Boaventura de Souza Santos bem explica o termo:

O senso comum é um 'conhecimento' evidente que pensa o que existe tal como existe e cuja função é a de reconciliar a todo custo a consciência comum consigo mesma. É, pois, um pensamento necessariamente conservador e fixista. (1989; p. 32)

Ocorre que “os profissionais do direito (juristas, juízes, advogados, promotores) desempenham suas atividades cotidianas argumentando” (Warat; 1994; p. 93).

E os argumentos jurídicos, por serem essencialmente persuasivos, tendem, erroneamente, a buscar neste sistema de crenças e mitos dominantes - conjunto de padrões, estereótipos culturais, e símbolos da prática social – a sua aceitação, esquecendo-se que nossa experiência cotidiana, na verdade, cria um mundo ilusório que reproduz atitudes dos “operadores do direito” e representações teóricas altamente ideológicas, servindo de instrumento às formas de controle social (Warat; 1994; p. 151).

Aos argumentos jurídicos que retiram sua legitimidade do senso comum denomina-se senso comum teórico dos juristas. Nas palavras de Abboud, Oliveira e Carnio, o senso comum teórico é:

O conjunto de elementos integrantes de uma *doxa* (opinião) ilusoriamente 'elucidada', como uma racionalidade jurídica ocidental que se manifesta subjacentemente aos discursos do direito (2013; p. 96).

Assim que o sentido comum teórico direciona o Direito a uma realidade distorcida, parcial, míope e, como veremos, ideológica, do cotidiano social. Uma realidade opaca, que não capta as necessidades sociais, não faz brotar um conhecimento real sócio-jurídico, faz do Direito um mero instrumento mecânico e descompromissado com o estudo e investigação da sociedade, e trata dos casos concretos de modo obsoleto, “sem a devida atenção aos problemas reais que são ali enfrentados” (Abboud, Oliveira, Carnio; 2013; p. 96).

O senso comum teórico, no ensinamento de L. A. Warat, ao “reduzir” a realidade por meio do senso-comum, impede a reflexão acerca da complexidade e funcionamento da nossa experiência sócio-política. São “ideias dispersas e efeitos fabuladores que contêm omissões intencionais sobre o saber jurídico, a lei e o poder” (Warat; 1995; p. 59).

O professor, outrossim, deixa claro que a visão atemporal e contratualista do Estado contém esse efeito fabulador, mitológico:

Quero sublinhar a existência de mecanismos ilusórios que põem em funcionamento o sistema dominante das representações jurídicas sobre o Estado: encarnação do interesse geral, protetor desinteressado dos desejos coletivos e a personalidade moral da nação, forma racionalizada do exercício da coerção, que permite aos homens não obedecer aos homens senão aos valores sociais (expressos em normas jurídicas). Uma estrutura de instituições sem história (reduzidos em última instância a uma visão do Estado como ordenamento jurídico), que serve para construir a imagem de uma sociedade homogênea, harmoniosa, uma sociedade na qual o conflito adquire sempre o sentido de uma transgressão legal. (Warat; 1995; p. 59)

Isto é, o discurso jurídico que se fundamenta somente no conjunto de padrões, estereótipos e símbolos da *práxis* social, sem submetê-los a uma investigação rígida e crítica, como, por exemplo, o discurso jurídico que pressupõe o esquema “cidadãos-cordeiros”- “policiais cães-pastores” - “criminosos-lobos”, conforme exposto pela mídia especuladora do medo, continua a mascarar a realidade de modo suficientemente intenso para obter a adesão dos receptores em relação ao argumentado. Isso se dá pelo conteúdo ideológico latente do argumento (1994; p. 96).

Por isso, o mestre argentino disserta que, “na argumentação, a dimensão ideológica permanece vinculada à dimensão persuasiva, que por sua vez adquire valor político” (1994; p. 96), pois passa a orientar as ações políticas dos homens. Esse é o segredo do sucesso das políticas criminais de Direito Penal máximo: o seu apelo emotivo ao medo *líquido*, cotidiano e massificado de que discorre Zygmunt Bauman.

Não a toa as políticas criminais deste cunho são uniformemente apoiadas pela *opinião pública*, pela mídia de massa – e seus programas policiais – enfim, pela racionalidade cotidiana, incapaz de extrair cristalinamente a sua história e ciência (Warat; 1995; p. 99).

Ilustrando novamente, é com esse “fluxo de significações que formam uma memória do direito a serviço do poder” (1995; p. 97) que os juristas apoiam o Direito Penal do Inimigo, confirmando a tese de Warat de que o sujeito de direito, no fim das contas, é a “negação do homem diferente” (1995; p. 97).

Pois bem. *Mutatis mutandis*, o esquema de fundo “cidadãos-cordeiros”- “policiais cães-pastores” - “criminosos-lobos”, proporcionado pelo senso-comum, aliado à vulgarização das teorias “pós-positivistas” do Direito do pós-guerra – vale lembrar que as vulgatas que “descobrem” os princípios jurídicos também são manifestações do senso-comum teórico - colabora com a institucionalização e mascaramento de ideologias, decisionismos e outras arbitrariedades em pleno contexto democrático e constitucionalista.

A título de ilustração, Daniel Sarmento aponta como a “euforia” dos princípios abre espaço para um *decisionismo* judicial travestido de politicamente correto, “orgulhoso com seus jargões eloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo” (2006; p. 199-200).

É essa ideia que, hoje, permite tanto ao promotor quanto ao juiz expressar sua “visão de que estão salvando a sociedade” de que fala Inês. O mesmo se manifesta por trás do discurso do desembargador carioca, o qual anseia fugir da aplicação leis que, palavras dele, “não guardam mais a menor intimidade com a nossa realidade que vivemos”.

Este problema é muito bem abordado por Lênio Luiz Streck, para quem o fracasso da superação do paradigma da filosofia da consciência e o sufrágio do solipsismo epistemológico por parte da doutrina brasileira autorizam que a aplicação da lei se sujeite integralmente à visão de mundo de um só sujeito cognoscente: o julgador (2013, p. 41).

Dois exemplos de discursos mitológicos que legitimam decisionismos no processo penal (e trabalhista, e cível...) dados pelo professor gaúcho são os mitos da “verdade real” e do “livre convencimento”, os quais tornam *realidade* o que é extraído inquisitorialmente pelo juiz, e prova relevante ao deslinde da causa aquilo que a consciência do juiz determina (Streck; 2013, p. 49-50), esquecendo-se de uma fundamental lição da filosofia dita pós-moderna, bem vinda nas palavras de Gilles Deleuze: que “a consciência é naturalmente o lugar de uma *ilusão*” (2002; p. 25).

Lênio Streck, brilhantemente, indaga:

De que adianta afirmar um novo modo de 'gestão de prova' [alude-se ao artigo 212, do Código de Processo Penal] se o sentido a ser definido sobre o 'produto final' dessa 'gestão probatória' permanece a cargo de um 'inquisidor de segundo grau' que possui 'livre convencimento'? (2013, p. 50).

Um exemplo disso na doutrina nacional é encontrado na obra de Vicente Greco Filho, que, lecionando acerca da atitude cognitiva do juiz diante da prova no

processo penal, legitima uma postura inquisitória do magistrado ao afirmar que entre um indício e a convicção da existência de outro fato, “o juiz, mentalmente, *dá um salto* (sic), por meio de um raciocínio lógico, mediante a aplicação de presunções ou regras de experiência” (2010; p. 198).

Ocorre que o dito *salto* feito pelo magistrado-investigador (que ocupa a postura de “polícia-cão-pastor”, assumindo o lado de que está “salvando a sociedade” que alude Inês), muito menos que um raciocínio lógico, é uma construção mitológica do senso-comum teórico que disfarça um comportamento inquisitório – logo, antidemocrático – do juiz no processo penal.

O professor Greco Filho, conquanto seu notório brilhantismo, prossegue neste equívoco ao explicar que as ditas *regras de experiência* utilizadas pelo magistrado se originam do senso comum. Na sua lição:

Quer dizer, as pessoas, dentro de uma comunidade, normalmente comportam-se de determinada maneira ou os fatos acontecem de determinada maneira, de modo que o conhecimento de um fato significa também a existência de outro, porque é assim que eles habitualmente acontecem ou é assim que as pessoas habitualmente se comportam (2010; p. 199).

Ora, o grande problema é que, como salientado, o senso-comum, a despeito de poder ser verdadeiro ou falso, não é confiável e não se presta à fundamentar, exclusivamente, a convicção de uma decisão judicial. Como dito, o sentido comum trata dos casos concretos “sem a devida atenção aos problemas reais que são ali enfrentados” (Abboud, Oliveria, Carnio; 2013; p. 96), pois sua ideologia latente encobre a complexidade do real (Chauí; 1991; p. 08).

Outro exemplo de malefício possível de ser produzido a partir do senso comum teórico que se relaciona à verdade real é sufragado por Fernando Capez, em seu Curso de Processo Penal. O professor, no que tange à falaciosa *verdade real*, leciona que:

É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a *verdade real dos fatos*, como fundamento da sentença (1998; p. 22).

Esse é o discurso no qual se baseia o magistrado-inquisidor que, se enraizado no senso comum, isto é, se entusiasta do esquema “cidadãos-cordeiros”- “policiais cães-pastores” - “criminosos-lobos” proporcionado pelo discurso cotidiano, se verá, como nas posturas do desembargador e do promotor de justiça do documentário, na posição de “salvador” da sociedade, perdendo toda a imparcialidade necessária a um sistema democrático de processo penal.

O professor Salah Khaled (2014) bem resume a denúncia:



Existe uma continuidade entre os postulados da epistemologia inquisitória e a estrutura de pensamento que autoriza a continuidade de um processo penal do inimigo em pleno contexto contemporâneo, em nome de uma sacralizada *busca da verdade*.

Outrossim, as atitudes legitimadas pelo senso comum teórico podem chegar ao ponto de “reverter” uma garantia constitucional, como se mostra da leitura do acórdão prolatado nos autos da Apelação com Revisão nº 988.301/1, pelo extinto TaCrim do Estado de São Paulo. O Tribunal, analisando o fato de que o réu se utilizou da garantia insculpida no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal – direito de permanecer calado quando preso em flagrante – assim consignou:

O silêncio do réu, embora derivado de permissivo constitucional, não deixa de gerar certo comprometimento ao formar a convicção judicial, pois a reação natural ao inocente é proclamar sua inocência, com ênfase e reiteradamente, não reservar-se em juízo para prestar esclarecimentos apenas perante o juízo (TACRIM-SP, Apelação com Revisão nº 988.301/1, Comarca de Moji Mirim).

Noutra oportunidade, nos autos da Apelação com Revisão nº 33.218:

O silêncio do indiciado pode ser interpretado contra si e isso não macula o direito constitucional previsto no inciso LXIII do art. 5º da Carta Magna. Ora, comumente o increpado inocente, de pronto proclama, de forma enfática e reiterada, esse estado, daí porque o fato de reservar-se a prestar esclarecimentos somente em pretório, data vênica, é  *muito sintomático* (RJTACrim/SP nº 33.218).

Nota-se que a Corte Paulista, julgando na esteira de como explica Vicente Greco Filho, isto é, conforme as “coisas normalmente ocorrem” - é dizer: conforme o senso comum – acaba por subverter todos e quaisquer efeitos práticos do direito de permanecer em silêncio, garantido constitucionalmente. Formalmente ainda é uma garantia, porém, em contato com o senso comum teórico, “compromete a convicção judicial” sempre de modo negativo em relação ao destinatário da garantia.

Assim é que o senso comum teórico transforma um *direito fundamental* em *presunção de culpabilidade 'juris et de jure'*.

Os presentes apontamentos demonstram como tais posturas, provenientes tanto da doutrina quanto da dogmática jurídica, são expressões do senso comum teórico dos juristas que trabalham a favor da manutenção de um '*status quo*' incompatível com o regime democrático, de viés perigosamente fascista.

Conclui-se, ainda, que as políticas criminais de Direito Penal máximo escondem uma tentativa de ocultar a complexidade social a partir do esquema “cidadãos-cordeiros”, “policiais-cães-pastores” e “criminosos-lobos”, usufruindo do medo líquido e generalizado das sociedades pós-modernas como mola propulsora, e

adquirindo aceitação justamente pelo modo como se identifica com a sensação de insegurança imposta pelo senso comum.

## CONCLUSÃO

A par do elaborado neste estudo, podem ser colocadas as seguintes conclusões:

1- Que os argumentos no sentido de expansão e recrudescimento do Direito Penal, como forma de solucionador de questões sociais, partem de uma concepção ingênua do Estado, na qual o Legislador é neutro, imparcial, e, assim, o *jus puniendi* é a solução “racional” e legítima à violência. Trata-se de uma perspectiva contratualista, na qual surge a possibilidade de caracterizar o transgressor do pacto social - é dizer: o criminoso - como um inimigo.

2- Que embora essa concepção de Estado seja a adotada pelo senso comum, o mundo da era “pós-moderna”, globalizado, não se satisfaz com a explicação do Estado contratualista, tipicamente moderna. Contemporaneamente, pode-se perceber a gradual perda de espaço dos Estados-nações frente às empresas transnacionais, bancos mundiais, enfim, ao mercado global. Por isso se afirma que ocorre um “descolamento” entre poder e política. É a perda do monopólio da vida das pessoas pelo Estado moderno.

3- Que diante do crescente desinteresse do indivíduo globalizado pela eficiência do Estado na prestação de suas responsabilidades institucionais, torna-se necessário para a sobrevivência da estrutura política da nossa época que se “crie” um inimigo a ser combatido e nutrido por ódio. É com base no lema “lei e ordem”, e seu efeito paleativo de segurança, que os candidatos menos sérios conseguem angariar apoio da massa, fortemente influenciada por uma opinião pública especuladora do medo. A isto denomina Zygmunt Baumann de passagem entre Estado do Bem Estar – que trazia para si o dever de proteger o cidadão das mazelas sociais – para o Estado da Proteção Pessoal – que apregoa a possibilidade de proteger o cidadão contra o “inimigo”.

4- Que o discurso do Direito Penal máximo, em cumplicidade com o Estado da proteção pessoal busca reduzir a complexidade social através de um esquema de “cidadãos-cordeiros”, protegidos por uma “polícia de cães-pastores” de “criminosos-lobos”. E que, entretanto, essa visão de mundo procura tão somente legitimar um modelo de Estado indiferente aos problemas fundamentais da sociedade.

5- Que o fascismo e o emergente Estado da Proteção Pessoal possuem como gênese e motor o mesmo sentimento, o medo da população. Mais que isso, ambos são discursos que partem da ideia de desconsiderar como “ser humano” a parcela da humanidade que não lhe convém. Foi importante destacar, neste contexto, que o fascismo não é um movimento político superado, posto que suas manifestações transcendem à Itália e Alemanha da primeira metade do século XX e, assim, o

ressurgimento desta doutrina no seio do Estado da Proteção Pessoal é bastante possível e até evidenciado de certo modo.

6- Que a reprodução de discursos semelhantes aos selecionados no documentário em tela são marcas de um senso comum teórico dos juristas extremamente míope em relação aos problemas apontados acima, que fomenta por parte dos “operadores do direito” a sua visão de que estão “salvando a sociedade” por meio de falácias como a da *verdade real* e do *livre convencimento “motivado”*, que não são mais que álibis retóricos para atitudes flagrantemente inquisitórias e, logo, antidemocráticas.

## BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CARNIO, Henrique Garbellini. Introdução à teoria e à filosofia do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar. 2008.

\_\_\_\_\_. Tempos líquidos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar. 2007.

BECK, Ulrich. O que é globalização: equívocos do globalismo e respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo. Ed. Paz e Terra. 1999.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política: vol. I. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11ª ed. Ed: UNB. Brasília. 1998.

BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 988.301/1 e nº 33.218.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 2ª ed. São Paulo. Ed: Saraiva. 1998.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia Ed. Ática, São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 1991.

DELEUZE, Gilles. Espinosa: filosofia prática. Tradução: Daniel Lins e Fabien Pascal Lins. São Paulo. Ed: Escuta. 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 4 ed. São Paulo. Atlas. 2003.

GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica em retrospectiva: A virada hermenêutica. Volume II. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. Verdade e Método: complementos e índices. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8ª ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007.

KHALED, Salah. Precisamos resistir contra a expansão continuada do poder punitivo. Consultor Jurídico. Publicado em 02.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-02/salah-khaled-preciso-resistir-expansao-poder-punitivo>>. Acesso em: 23.01.2015.

MERTON, Robert K. Social theory and social structure. Illinois: Glencoe (revised edition), 1957.

MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2007.

ORWELL, George. 1984. 29ª ed. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.

REICH, Wilhelm. Psicologia de massas do fascismo. Trad. Maria da Graça M. Macedo. Ed: Martins Fontes. São Paulo. 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. Antônio de Paula Danesi. São Paulo. Martins Fontes. 1999.

RUSSELL, Bertrand. O elogio ao ócio. Trad. Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro. Ed. Sextante. 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro. Ed. Graal. 1989.

SARMENTO, Daniel. Livre e iguais: Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. Verdade e consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

SURETTE, Ray. Media, crime and criminal justice. Brooks/Cole, 1992.

WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito: vol. I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. 1995.

\_\_\_\_\_. Introdução geral ao direito: vol. II: A epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. 1995.

\_\_\_\_\_. O Direito e sua linguagem. 2ª versão. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. 1995.

# **SERIAL KILLERS E CINEMA: A REPRESENTAÇÃO DO ASSASSINO EM SÉRIE NAS OBRAS CINEMATOGRAFICAS E SUA INFLUÊNCIA NO IMAGINÁRIO SOCIAL**

Como citar esse artigo:

TAMAI, Jacqueline  
Dandara. Serial Killers  
e cinema: a  
representação do  
assassino em série nas  
obras  
cinematográficas e sua  
influência no  
imaginário social. in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

*Jacqueline Dandara Tamais*

## **RESUMO:**

O presente artigo tem como objetivo principal o estudo e debate da figura do *serial killer* nas produções cinematográficas. Pretende-se, primeiramente, apresentar alguns pontos essenciais sobre o assunto, como o histórico, conceito, características, entre outros aspectos. Objetiva também realizar uma breve análise sobre as principais produções fílmicas em que o assassino em série fora representado, bem como as diversas questões relacionadas a essa figura tão peculiar, tais como a prostituição, o canibalismo e a homossexualidade. Logo, busca-se discernir a representação da realidade da mera ficção, para poder mensurar a influência que tais produções causam no imaginário social.

**Palavras-Chave:** Assassino; Serial; Crime; Cinema; Psicologia.

## **RESUMEN:**

El presente artículo tiene como objetivo principal el estudio y la discusión de la figura del asesino en serie en las producciones del cine. Se pretende, en primer lugar, presentar algunos puntos clave sobre el tema, tales como la historia, concepto, características, entre otras cosas. También tiene como objetivo hacer un breve análisis de las principales producciones fílmicas donde representaba el asesino en serie a cabo, así como diversas cuestiones relacionadas con esa cifra tan peculiares, como la prostitución, el canibalismo y la homosexualidad. Por lo tanto, tratamos de discernir la representación de la realidad de la pura ficción, con el fin de medir la influencia que tales producciones tienen en el imaginario social.

**Palabras Clave:** Asesino; Serial; Crimen; Cine; Psicología.

## **Biografia da autora:**

Graduanda em direito  
pela Universidade  
Estadual do Norte do  
Paraná

## INTRODUÇÃO

Eles estão por toda parte, escondidos atrás da imagem de pessoas comuns, como nós. Engana-se quem pensa que eles podem ser facilmente identificados, como se escancaradamente sua fisionomia e trejeitos denunciasses os assassinos cruéis que são.

Entre os psicopatas, ou sociopatas, ou ainda personalidades anti-sociais, encontramos os chamados assassinos em série. Embora para muitos tais termos remetem à mesma definição, o objeto de estudo neste momento são essas personalidades camufladas pela imagem de pessoas de boa índole, pais de família, maridos exemplares, excelentes profissionais, e que escondem grandes segredos. Pessoas que, muitas vezes, passam despercebidas, e que talvez nem fariam parte da lista de suspeitos.

Desde o surgimento do cinema, está presente a figura do *serial killer*. É comum ouvir que a vida imita a arte, no entanto, neste caso, é a arte imitando a vida, ou melhor, a morte. Inúmeros filmes sobre assassinos seriais foram produzidos. Muitos são frutos da imaginação, e limitando-se a ficção tão somente, enquanto outros mais do que isso, como representação do que ocorrera na vida real, contam as histórias de assassinos reais, seres estes que desafiam estudiosos, pesquisadores, investigadores, e sociedade de um modo geral.

*Serial killers* podem estar em qualquer lugar, disfarçados como pessoas normais. Além disso, seu modo metódico, frio, calculista e cruel, despido de piedade ou qualquer outro sentimento por suas vítimas, aguça a curiosidade e a imaginação social. Considerado um herói da atualidade, o assassino em série desperta cada vez mais o interesse das pessoas, sendo representado em séries, novelas, filmes e documentários.

Primeiramente, cumpre-nos trazer alguns tópicos de suma importância para adentrar no assunto em tela. São eles, entre outros, o conceito, classificação, histórico e características do serial killer.

Após, trataremos de sua figura ao longo da história do cinema, e como são abordadas algumas questões no mínimo delicadas atreladas ao assassino em série, tais como a prostituição, o canibalismo e a homossexualidade.

Com isso, objetivamos debater a relação entre o Direito e o cinema no que se refere ao assassino em série representado nas produções fílmicas. É cada dia mais comum a aparição do *serial killer* em filmes e seriados de tv. O caso Zodiaco é um bom exemplo, já que foi amplamente explorado pela mídia televisiva, em que vários documentários foram feitos, além do filme, sem contar as inúmeras matérias jornalísticas.

Assim, traremos alguns dos mais famosos títulos do cinema, com análise das respectivas produções e as questões levantadas por elas.

Busca-se fomentar o debate entre essas duas áreas tão correlatas, sendo de suma importância estudos neste sentido pois, ao tratar de um assunto comumente visto na atualidade, como é o caso do *serial killer*, é interessante a abordagem dada ao tema e como a sociedade reage à ele.

## 1 SERIAL KILLER – CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO, PERFIL, ASPECTOS GERAIS E PSICOLÓGICOS

Difícil definir e identificar um *serial killer*. Primeiramente, porque não há um consenso entre os estudiosos do que ele vem a ser, havendo uma definição considerada padrão, mas que por não ser clara, abre caminhos para as mais diversas interpretações. Além disso, porque como um camaleão, ele se camufla na sociedade, agindo silenciosamente, de modo a desafiar as autoridades.

Complicada se faz também a desmistificação de alguns aspectos relacionados à ele, aspectos esses socialmente constituídos com base em obras da ficção que não condizem com a realidade.

Por ser um tema que instiga a curiosidade das pessoas, não é difícil encontrar diversas obras literárias, de cunho jornalístico, e também científico.

A definição oficial do FBI é de “três ou mais eventos separados em três ou mais locais distintos com um período de ‘calmaria’ entre os homicídios” (SCHECHTER, 2013, p. 16)

Dela, podemos retirar três elementos: a quantidade, o lugar e o tempo. Esses dois últimos, servem para diferenciar o assassino serial do assassino em massa, aquele que mata em grande quantidade, porém ao mesmo tempo e no mesmo lugar, como é o caso, por exemplo, de um homem bomba.

Na mesma linha de pensamento, a autora Janire Rámila, explica que

A definição comumente aceita para assassino serial é a de uma pessoa que matou ao mesmo em três momentos e lugares diferentes separados com nitidez e com um espaço de tempo suficiente entre um crime e outro. Por suficiente deve-se entender que não sejam mortes simultâneas, mas espaçadas em intervalos que podem ser desde várias horas até dias, meses e, inclusive, anos. (2012, p. 19)

No entanto, essa definição gera conflitos pois quanto ao lugar, há assassinos que cometem seus crimes em um único lugar, a grande maioria, em suas próprias casas. Dessa forma, há quem discorde dessa definição.

Hilda Morana, em seu estudo que aborda a questão sexual, traz o termo *serial killer* para se referir “somente a homens que cometeram três ou mais homicídios sexuais seriados, separados por intervalos variados de tempo”. (2006, p. 578)

Necessário salientar que embora assassinatos em série não sejam uma ocorrência exclusivamente moderna, o termo *serial killer* é relativamente novo, mais precisamente da década de 70, usado pela primeira vez por Robert Ressler, um agente do Departamento de Ciências da Conduta do FBI que, observando as características comuns, e estudioso no assunto, começou a montar uma espécie de arquivo com entrevistas feitas com *serial killers* condenados e presos no EUA.

O termo “assassino em série” é utilizado, por exemplo, na legislação americana, o qual “identifica uma série de três ou mais assassinatos, pelo menos um dos quais tenha sido cometido dentro dos Estados Unidos, que têm características comuns: como a de sugerir a possibilidade razoável de que os crimes tenham sido cometidos pelo mesmo autor ou autores”. (CASOY)

A legislação brasileira, por sua vez, não possui definição para assassino em série. Atualmente, aplica-se o parágrafo único do artigo 26, do Código Penal, que trata da inimizabilidade relativa. Ou seja, a legislação brasileira não traz a figura do assassino serial, o que ocorre é a aplicação de uma norma já existente para criminosos de um modo geral, sem adentrar-se na especialidade que requer o tema.

Há o projeto de lei 140/2010, em tramitação no Senado Federal, que traz o seguinte:

Considera-se assassino em série o agente que comete 03 (três) homicídios dolosos, no mínimo, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico. (SENADO, 2010)

Assim, não basta a diferença quantitativa para definir se um assassino é um serial ou não. Há diversos outros fatores envolvidos, como a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios.

Esses fatores indicam um modo de agir, operar e executar os crimes de forma a seguir um padrão já estabelecido pelo criminoso, cujo procedimento é idêntico.

A mera quantidade de vítimas não é suficiente para determinar se trata-se de um assassino em série, mas também a forma como ele age, a semelhança entre os assassinatos e a famosa “assinatura”, são aspectos importantes e que devem ser levados em consideração quando da análise de um caso concreto.

O assassino só busca conhecer sua vítima o suficiente para a prática do crime. Todo o contato que ele venha a ter com ela, é simplesmente o modo que ele encontrou para aproximar-se dela para após, executar seus planos.

Ele vê sua vítima, literalmente, como um objeto. Para ele, a vítima nada mais é do que instrumento para que ele satisfaça todas as suas fantasias e desejos. Eles



são sádicos e perversos. Para muitos, não basta matar. Se divertem assistindo ao sofrimento da vítima, torturando-a, chegando a levá-la próxima do momento da morte, mas não completamente, para após, continuar com a tortura.

Assassinos em série têm a necessidade de controlar, dominar, e possuir suas vítimas.

Elas são enganadas, seduzidas para lugares onde não possam oferecer resistência. Lugares ermos e afastados, em sua grande maioria, propícios para que o assassino cometa seus crimes sem ser incomodado. Para a vítima, fica difícil conseguir ajuda, gritar de nada adianta. Provavelmente não será ouvida.

São crimes quase perfeitos. Muitos até hoje sem solução. Verdadeiros quebra-cabeças para investigadores e estudiosos. Infelizmente, serial killers só param de matar se forem presos ou mortos.

Paul Roland acredita que,

Aqueles que defendem a reabilitação de psicopatas fariam melhor se levassem em conta a opinião de um reconhecido psiquiatra clínico que concluiu que essas pessoas não respondem a tratamentos e que o único resultado possível da educação de um psicopata é obter um psicopata educado. (2014, p. 152)

Busca-se respostas para entender o que leva uma pessoa a torturar e matar, tão friamente, e de forma tão bizarra, outras pessoas. Questiona-se também, se seria uma questão genética, psíquica ou social. Para Casoy,

A tentativa de compreender o que leva uma pessoa a agredir outra mortalmente com sinais de brutalidade, crueldade e frieza mobiliza não só a população em geral, mas também especialistas das áreas da medicina, da psicologia, e do direito. Quando nos reportamos aos chamados assassinos em série [...], essa modalidade de homicídio se apresenta ainda mais geradora de reações impactantes na população de modo geral. (2004, p. 25)

Há diversas causas envolvidas no comportamento criminoso. As biológicas compreendem os fatores hereditários e genéticos, lesões no cérebro e sistema nervoso central. Com isso, a pessoa já nasceria propensa a tornar-se um assassino em série. As causas psicológicas são as doenças mentais que interferem na capacidade de julgamento do indivíduo, como quando apresenta quadro de delírio de perseguição, acreditando que está sendo perseguido pela vítima, ou ainda, que é um enviado de Deus e que tem a “missão” de eliminar grupos de pessoas que são pecadoras, como as prostitutas e homossexuais. As causas sociais, a seu turno, abrangem as desigualdades sociais, o preconceito, racismo, violência doméstica e abuso sexual. Quando o meio influencia o indivíduo. (CASOY, 2004, p. 25-26)

Diversas teorias buscam explicar o comportamento criminoso. Entre elas, temos a teoria freudiana, em que a agressão surge dos conflitos internos do indivíduo; a escola clássica, segundo a qual as pessoas possuem livre-arbítrio, e cometem certos atos conscientemente, analisando principalmente o custo-benefício de suas ações, assim a punição é inversamente proporcional à quantidade de crimes cometidos; e a escola positivista que, por sua vez, traz a ideia de que as pessoas não têm controle sobre seus atos, ou seja, são fatores alheios à vontade dos indivíduos que determinam suas ações, como os fatores genéticos, o meio, a classe social, o meio ambiente e a influência de outras pessoas.

Por ser um tema relativamente novo, e não tão próximo à realidade da maioria das pessoas, muitos acabam concluindo que isso é apenas criação de escritores e roteiristas.

Janire Rámila também acredita que as estatísticas referentes aos assassinatos de uma maneira geral, não valem para os assassinos em série. Segundo ela, “[...] os assassinos seriais são uma categoria à parte e que sobre eles não valem estudos efetuados sobre assassinos únicos” (2012, p. 141)

Engana-se quem pensa, por exemplo, que assassinos em série só existem em certos países. Pelo contrário, eles estão espalhados pelo mundo inteiro. Os assassinatos em série não são limitados por simples delimitações de fronteiras, já que ligam-se a um aspecto do comportamento do ser humano.

Michael Newton traz uma distribuição dos *serial killers*, no aspecto geográfico. Segundo o autor, a América do Norte possui cerca de 80% de todos os *serial killers* conhecidos no século XX. A Europa aparece em segundo lugar com cerca de 16% do total da contagem mundial, e as nações do terceiro mundo apresentam 4%, que poderá ser alterada devido o aumento recente de casos da África do Sul e América Latina. (2014, p. 158-159, *grifo do autor*)

Nos Estados Unidos eles ganham mais publicidade não só pela quantidade de casos que aparecem, mas também pelo maior número de estudos que lá são realizados, além da existência de departamentos especiais criados para a resolução de tais casos. O que se nota é uma atenção maior dada ao assunto pelos norte-americanos, principalmente, enquanto outros tendem a não acreditar que existam assassinos em série em seus países.

Há diversos pesquisadores empenhados no estudo do tema, mas isso deve ser ampliado a nível mundial.

Segundo Paul Roland, há algumas estimativas relacionadas aos *serial killers*, conforme explica o autor,

O FBI estima que em qualquer época haja em torno de 50 *serial killers* ativos nos Estados Unidos e que eles podem ser responsáveis por pelo menos 6 mil mortes a cada ano. Felizmente, a maioria dos delinquentes é presa em razão de seu próprio descuido, tanto por terem deixado pistas na cena de um antigo crime, quando ainda eram relativamente inexperientes

e, portanto, menos cautelosos, quanto pela autoconfiança adquirida ao longo de suas atividades. (2014, p.96, grifo do autor)

Dessa forma, podemos concluir que em nenhum lugar haverá total segurança, exceto aqueles completamente desertos do planeta.

A doença mental seria um dos agentes causadores do comportamento assassino, mas não a única causa. Doentes mentais costumam apresentar condutas agressivas. No entanto, dentre os criminosos condenados por homicídios que não apresentam diagnóstico de doença mental é possível identificar que a ausência de sentimentos éticos e altruístas, juntamente com a falta de sentimentos morais, faz com que cometam crimes com requintes extremos de crueldade e brutalidade (CASOY, 2004, p. 26).

*Serial Killers* gostam de deixar sua marca pessoal, porém, possuem alguns pontos em comum, como o sadismo, os problemas psicológicos, etc.

São vários os estudiosos que buscam conceituar e de certa forma padronizar as características necessárias para identificar um assassino em série. No entanto, sabemos que tais critérios servem apenas como norteadores, auxiliares na análise do comportamento de um indivíduo, já que se trata de algo muito subjetivo podendo nem sempre seguir à risca critérios e padrões. Um assassino, por exemplo, pode se encaixar em mais de uma característica, e assim por diante.

Há diversas classificações de *serial killers*. Optamos por trazer a estabelecida pelos especialistas americanos Ronald M Holmes e James de Burguer, em que os assassinos são classificados conforme orientados pelo ato, e apresentada por Paul Roland da seguinte maneira:

|                                                    |                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| O tipo visionário                                  | O assassino mata como resposta a vozes ou visões que lhe exigem destruir uma pessoa ou uma categoria de pessoas. Correspondem claramente aos psicóticos |
| O tipo missionário                                 | O assassino decide sair para cumprir a missão de liberar o mundo de uma categoria de pessoas, em sua crença de que sejam más para a sociedade.          |
| O tipo hedonista orientado à comodidade            | Mata para sentir um estremecimento especial e para conseguir ganhos materiais                                                                           |
| O tipo hedonista orientado pela luxúria            | O sexo lhe excita enquanto assassina ou praticando-o com o cadáver                                                                                      |
| O tipo hedonista orientado pela emoção             | Mata para alcançar o orgasmo                                                                                                                            |
| O tipo hedonista orientado para o prazer/controlar | Sua satisfação principal é dominar a vida e a morte da vida                                                                                             |

(HOLMES and BURGUER *apud* ROLAND, 2014, p. 38)

Há ainda a divisão em *serial killers* organizados e desorganizados. Os primeiros são aqueles que costumam agir sozinhos. Planejam os crimes nos mínimos detalhes, separam os materiais a serem utilizados, estudam a vítima, o local, etc. Deixam o mínimo de evidências possíveis no local do crime, desaparecem com o corpo, mas fazem questão de guardar algo da vítima, como um troféu, uma lembrança para que possa depois reviver o crime em suas memórias. Eles chegam a retornar ao local do crime para acompanhar o trabalho de investigação, acompanham também os noticiários, e divertem-se com isso, como se sentissem orgulho do que fizeram. (CASOY, 2004, p. 21)

Segundo o autor Paul Roland,

Tipicamente, o delinquente organizado terá inteligência média ou acima da média, obterá sucesso tanto do ponto de vista social como sexual, preferirá trabalhos especializados e será o irmão mais velho de uma grande família. [...] Como adulto, o delinquente organizado provavelmente viverá com uma companheira, possuirá uma casa apropriada, um carro seguro e em bom estado, mas estará sob pressão em casa ou no trabalho. [...] há uma subcategoria de delinquente organizado para a qual assassinato é um trabalho. São os *serial killers* e estupradores que criam seus próprios kits de crimes, incluindo armas, ataduras, cordas, fitas adesivas, binóculos, luvas e mesmo uma muda de roupas. Tendem a ter conhecimentos forenses e a tomar medidas extras para esconder o corpo em um local isolado. (2014, p.120-121, grifo do autor)

Já os *serial killers* desorganizados são completamente o oposto. Eles não costumam ter contato com a vítima antes do crime. Também são solitários, mas não como os organizados. Não são desorganizados só na execução dos crimes, mas em todos os aspectos: casa, carro, emprego, aparência, etc. Eles têm o hábito de manter um diário com anotações sobre as vítimas e os crimes cometidos. Entre eles, estão os canibais e necrófilos. Cometem seus crimes com fúria e sadismo, tendo preferência pelo estupro e a mutilação pós-morte. Diferente dos organizados, não se importam com a repercussão na mídia e não costumam acompanhar os noticiários. Sem qualquer planejamento eficaz e cuidado, deixam várias evidências no local. (CASOY, 2004, p. 22)

Sobre este aspecto, Paul Roland explica que,

O típico delinquente desorganizado é de inteligência abaixo da média, social e sexualmente inadequado; se estiver empregado, trabalha em empregos de baixa qualificação e é incapaz de manter um relacionamento sério. Portanto, deve morar sozinho ou com familiares mais velhos ou com os pais, provavelmente próximo à cena do crime, já que seus ataques são espontâneos e oportunistas. [...] Sua arma será uma de ocasião, que ele

deixará na cena do crime junto ao corpo e não fará nenhum esforço para ocultar. (2014, p. 123)

Visto isso, temos que a classificação auxilia não só no estudo e pesquisa sobre o assassino em série como também na sua identificação.

Importante ressaltar que há aspectos em comum entre os *serial killers*, como os psicológicos. Na infância, por exemplo, é frequente a ocorrência da enurese, principalmente em idade avançada, situação em que a criança não tem controle e, involuntariamente e inconscientemente, tem incontinência urinária. São comuns também nessa fase o abuso sádico de animais, destruição de objetos e propriedades e a chamada piromania, que nada mais é do que gostar de atear fogo nas coisas.

Denominada de “terrível tríade”, a infância de um assassino serial é marcada não só pelas situações listadas acima, mas também como pesadelos frequentes, isolamento (social e familiar), fobias, problemas do sono, rebeldia, masturbação compulsiva, ataques excessivos de raiva, devaneios, etc.

Uma pessoa normal, por exemplo, sabe a diferença entre a realidade e a fantasia. A fantasia para ela é algo temporário. Já para o *serial killer*, a fantasia é o centro de seu comportamento, e não mera fuga da realidade para entretenimento. O crime em si, para ele, é a fantasia transportada para a realidade.

A fantasia, e sua construção na mente do criminoso, explica a série de assassinatos e, como consequência, sua assinatura nas cenas dos crimes. Isso porque ele tem a necessidade de reforçá-la, e com isso, cada crime cometido é uma reprodução daquilo que ele passa grande parte de seu tempo planejando. A assinatura é fruto das repetidas vezes em que ele sentiu necessidade de pôr em prática aquilo que antes estava somente no seu imaginário.

Seguindo a comum frase dita por agente do FBI, se quisermos conhecer o artista, devemos estudar sua arte. Dessa forma, é necessário analisar o crime nos seus mínimos detalhes. A assinatura é um dos mais importantes.

Neste sentido, ensina Paul Roland,

A assinatura [...] é a marca do criminoso, seu cartão de visita, algo que ele precisa fazer para preencher uma necessidade, não importando a natureza do crime. Pode até colocá-lo em risco de ser preso, mas, como um vício, ele tem que colocá-lo em prática para aliviar a tensão que o leva a praticar o delito em primeiro lugar. Pode incluir ritual de exposição do cadáver, tortura, mutilação, inserção de objeto estranho, canibalismo, necrofilia ou o que é conhecido como *overkill* [supermatança], ou seja, infligir ferimentos além do necessário para causar a morte. Nesses casos, sexo equaciona com violência e vice-versa, sendo a única forma de libertação que esse indivíduo consegue conceber. (2014, p. 134, grifo do autor)

A assinatura pode até ser, muitas vezes, a única pista sobre o assassino encontrada no local do crime. Sendo, por exemplo, o único fator que uniria um crime praticado ao outro, é um risco que eles correm para suprir essa necessidade.

Já o *modus operandi* de um assassino é simplesmente o modo como operam, o procedimento seguido para cometer o crime, podendo incluir a escolha do alvo, os locais preferenciais, as ferramentas escolhidas, os meios pelos quais subjugam suas vítimas ou o método utilizado para entrar em uma propriedade. (ROLAND, 2014, p.133)

É importante a distinção entre o *modus operandi* e a assinatura pois por mais que possam parecer a mesma coisa, notamos as sutis diferenças que há entre eles.

Pequenos detalhes são determinantes para que investigadores reconheçam um *serial killer*.

Conforme traz Roland em sua obra,

Os crimes do assassino austríaco reabilitado Jack Unterweger, por exemplo, ocorreram em anos e continentes distintos, mas ele foi finalmente condenado por uma segunda série de mortes quando se demonstrou que ele usava um nó específico nas ligaduras com as quais ele estrangulava suas vítimas. (2014, p. 134)

A assinatura é como a impressão digital do assassino. Eles sentem necessidade em deixar sua marca pessoal na cena do crime. O *modus operandi*, por sua vez, é o modo como cometem os crimes, o procedimento seguido por eles, podendo até mudá-lo, conforme a necessidade de maior segurança para não serem pegos.

Como dito anteriormente, a vítima é mero objeto de que o assassino se utiliza para realizar suas fantasias. Por serem as vítimas “descartáveis”, os *serial killers* tendem a escolher aquelas em que ele leva vantagem fisicamente, e, na grande maioria das vezes, que sejam presas fáceis, pois a demora para que percebam seu desaparecimento beneficia o assassino. São grupos tais como mulheres, homossexuais, prostitutas, moradores de rua, etc.

Não há, assim, qualquer relação entre a atitude da vítima e a motivação do assassino. Como muito se ouve dizer, a pessoa estava na hora errada e no lugar errado.

Sobre este ponto, Casoy explica que,

O *serial killer* esfria entre um crime e outro, não conhece sua vítima, tem motivo psicológico para matar e necessidade de controle e dominação. Suas vítimas são vulneráveis, e a ação do assassino independe da ação delas. Começam a agir entre os 20 e 30 anos, escolhem vítimas mais fracas, que estão dentro de algum estereótipo, e levam uma lembrança ou troféu de cada assassinato cometido. Sentem-se superiores aos outros, acreditam

ser muito espertos, têm autoconfiança e muitas vezes “jogam” com a polícia. (2004, p.21, grifo nosso)

Deste pequeno trecho, podemos retirar diversas informações e características dos assassinos seriais. A autora traça o perfil, a forma como ele age e como escolhe suas vítimas. Importante ressaltar que tudo parte do assassino. A vítima em nada contribui para a ocorrência do crime. Não é um comportamento ou uma ação da vítima que determina se será escolhida ou não pelo assassino. Tudo provém da mente do criminoso, de suas fantasias, de suas raivas, do que aquilo tudo representa para ele.

Segundo Ilana Casoy,

Os estados afetivos (isto é a expressão seja de amor, ódio ou raiva) apresentam-se sem reciprocidade e sem um verdadeiro interesse pelo outro. Aqui é possível observar em vários criminosos uma acentuada insensibilidade. A culpa não é expressa e quase sempre não é sentida de maneira consciente. [...] Eles não negam a prática do crime, porém atribuem à vítima a responsabilidade de sua própria morte. (2004, p.26)

Eles se sentem superiores a tudo e a todos. Acreditam que nunca serão pegos, e mesmo se forem, não se importam. Se de alguma forma aproximam-se de alguém, é somente para satisfazer seus interesses.

Matam por prazer, por uma necessidade que só eles entendem, por motivos que fogem à compreensão das pessoas normais. Na opinião de muitos, *serial killers* matam porque têm mentes doentias, porque são loucos e não têm discernimento do que estão fazendo.

Para nós, eles até podem sofrer de alguma doença psíquica, ou distúrbio mental, porém, sabem o que estão fazendo. Nem que por um breve momento, eles têm discernimento que aquilo é reprovado pela sociedade. Mas, continuam a matar porque para eles é uma coisa completamente normal.

Acerca disso, o autor Paul Roland traz o discurso do Dr. Dietz que se expressa no seguinte sentido:

Nenhum dos serial killers que eu tive a oportunidade de estudar ou examinar era legalmente insano. Contudo, nenhum era uma pessoa normal. Todos eram pessoas com distúrbios mentais. Mas, a despeito de seus distúrbios, que estavam relacionados às índoles e compulsões sexuais, eram pessoas cientes de seus atos, tinham noção de que o que faziam era errado, e decidiram fazer de qualquer forma. (DIETZ apud ROLAND, 2014, p. 152, grifo do autor)

Desse modo, assassinos em série não seriam completamente loucos nem completamente sãos. Eles possuem sim algum tipo de distúrbio, mas isso não retira deles a total consciência de seus atos.

Ainda segundo o comportamento dos *serial killers*, Ilana Casoy faz a seguinte observação,

Indivíduos com essas características tendem ainda a expressar baixas respostas de ansiedade em situações geradoras de estresse, associado a uma disparidade entre a linguagem e seu conjunto emocional. Eles conhecem as palavras e seu respectivo conteúdo emocional, porém, não sentem e não expressam esse conteúdo. Eles pronunciam a palavra amor, mas, em seu funcionamento, não sentem o real significado desta palavra. (2004, p. 27)

*Serial killers* não têm sentimentos pelo sofrimento alheio. Cometem crimes para satisfazer seus desejos mais ocultos, independente se aquilo irá ferir ou não outra pessoa.

Assim, segundo Casoy, “[...] alguns indivíduos que praticam crimes hediondos contra a pessoa, expressam total ausência de remorso, egocentrismo, incapacidade para estabelecer laços de amor, bem como uma pobreza geral nas reações afetivas com ênfase na incapacidade de respostas empáticas”. (2004, p. 27)

A punição não lhes surte efeitos, porque são indiferentes à ela. Mesmo que privado de sua liberdade, ou até mesmo condenado à morte, como é o caso em alguns países, o serial killer não demonstra qualquer tipo de arrependimento ou sentimento nesse sentido.

Robert Hare entende que, como a pena não atinge os efeitos esperados, não há “cura” para os psicopatas. Pelo menos não por meio das terapias tradicionais. O modelo-padrão de atendimento psicológico nas prisões não tem efeito sobre os psicopatas. Nesse modelo, tenta-se mudar a forma como eles pensam e agem, estimulando-os a colocar-se no lugar de suas vítimas. No entanto, ele não leva em conta a dor da vítima, mas o prazer que sentiu com o crime, sendo assim, perda de tempo. O tratamento cognitivo, onde psicólogo e paciente falam sobre o que deixa o criminoso com raiva, por exemplo, a fim de descobrir o ciclo que leva ao surgimento desse sentimento e, assim, evitá-lo, também não funciona. Esse procedimento não se aplica aos psicopatas porque eles não conseguem ver nada de errado em seu próprio comportamento. (VEJA, 2009)

Dessa forma, independente de quanto tempo fique preso, ou as medidas que lhe sejam aplicadas, ao conquistar a liberdade são altíssimas as chances de voltar a matar.

Visto isso, passemos então à análise da figura do serial killer representada nas obras cinematográficas.



## 2 SERIAL KILLERS AO LONGO DA HISTÓRIA DO CINEMA

Podemos dizer que o cinema acompanha os assuntos que norteiam a sociedade. Os produtores buscam sempre realizar seus trabalhos baseados em temas atuais, que afligem a sociedade, e que venham a despertar a curiosidade do espectador pelo inesperado ou desconhecido. Com o serial killer não é diferente. Há décadas a figura do assassino serial é retratada nas grandes telas.

Como que andando lado a lado, ficção e realidade trilharam um caminho que se mantém até hoje. As obras de certa forma adaptam-se às mudanças sociais e a cada novo caso, com novos estudos, e descobertas, o cinema vai se moldando para agradar os espectadores mais exigentes.

Ao longo dos anos, diversos filmes sobre serial killers foram lançados, mas, dentre eles, há aqueles que se destacam. Em ordem cronológica, temos diversos títulos, sendo que muitos deles foram verdadeiros sucessos de bilheteria.

### 2.1 Anos 60 e 70

O primeiro filme a abordar o assunto foi o clássico *Psicose* (1960), de Alfred Hitchcock. A cena que mais se destaca no filme é o famoso assassinato no banheiro, quando o criminoso se aproxima com uma faca e surpreende Marion Crane, vivida por Janet Leigh. Mas não é somente por essa cena que o filme é considerado uma das melhores obras da história do cinema.

Na opinião de Harold Schechter,

A genialidade do filme de Hitchcock deriva de seu dom de nos arrastar para um mundo de total insanidade – um reino de pesadelo no qual um banheiro vira uma câmara de horrores, um jovem tímido se transforma em um travesti enlouquecido e uma doce velhinha se revela um cadáver mumificado. Quando o filme acaba, o público abalado se afasta da tela dizendo “graças a Deus é só um filme”. (2013, p. 375)

*Psicose* conta a história de Norman Bates (Anthony Perkins), que após a morte do pai, passa a ter distúrbios psicológicos profundos devido à sua relação com a mãe. O personagem não é bem um serial killer, mas o filme explora a questão psicológica, e como ele tenta defender a relação doentia que tem com sua mãe. Após a morte do pai, a mãe de Norman encontra um novo marido, e isso despertou algo incontrolável. O jovem assassinou a mãe e o padrasto. Em seguida, Norman empalhou o corpo da mãe, e o manteve dentro da casa como se ela estivesse viva. Com o passar do tempo, ele foi de certa forma aderindo à personalidade da mãe. Matava mulheres que lhe chamavam a atenção, como se fosse a mãe tentando defender seu filho.

Paul Roland comenta sobre o clássico dizendo que,

[...] *Psicose* gerou a ideia de que todos os *serial killers* moram com suas mães viúvas. De fato, é possível que eles tenham tendência a morar sozinhos porque são sociopatas que apenas fingem compaixão pelos outros e, portanto, são incapazes de manter relacionamentos expressivos. Contudo, alguns podem viver com uma mulher provedora que pode ser atraída por sua dependência e aparente vulnerabilidade. (2014, p. 94, grifo do autor)

Assim como *Psicose*, outro filme que fez muito sucesso foi *Massacre da Serra Elétrica* (1973), de Tobe Hooper. Nele, a figura do serial killer também é representada, porém de uma forma mais violenta, mais sangrenta, foi um dos grandes filmes de terror da história do cinema.

Trata-se da história de uma família que vivia à beira de uma estrada, e que recebia viajantes à procura de um lugar para descansar e se alimentar. Aproveitando-se disso, a família obtinha diversas vítimas para seu ritual sórdido de matar as pessoas, moer seus corpos para depois servir de comida.

O que une *Psicose* e *Massacre da Serra Elétrica*, é que ambos são baseados em um caso real, o do serial killer Edward Theodore Gein.

Harold Schechter, em sua observação sobre a ligação entre o *serial killer* da vida real e o da ficção, traz que “talvez a coisa mais assustadora sobre *Psicose*, então, é que foi baseada em uma história real. De fato, havia um maníaco cujos atos abomináveis serviram de inspiração para o filme. Seu nome, entretanto, não era Norman Bates. Era Edward Gein” (2013, p. 375, grifo do autor)

Com algumas diferenças em relação ao filme, a história de Ed Gein é tão perturbadora quanto a narrada no cinema. *Psicose* baseou-se no assassino de Plainfield para escrever a personagem Norman Bates. A questão da mãe de Ed também ter sido autoritária, religiosa e controladora, fizeram com que o rapaz tivesse uma perturbação profunda e passasse a ter um imenso fascínio por corpos femininos. Em *O Massacre da Serra Elétrica*, também tinham toques de Gein.

Na vida real, o assassino foi capturado, julgado e condenado. Só mesmo com sua morte a população finalmente conseguiu ter paz. Mesmo preso, era suspeito de ter cometido mais cinco assassinatos. Em decorrência do sucesso de *Psicose*, Alfred Hitchcock decidiu fazer três sequências do filme.

Anos depois, em 1978, estreou *Halloween*, de John Carpenter. Este foi o primeiro filme da história do cinema a mostrar serial killers mascarados. Além dele, outros filmes de grande sucesso entre os adolescentes tiveram assassinos mascarados, tais como *Pânico* (1996) e *Eu sei o que vocês fizeram no verão passado* (1997).

## 2.2 Anos 80 e 90

No início dos anos 80, o filme *O iluminado*, mesmo em meio a tantos filmes de terror do tipo sangrento lotando os cinemas, também foi sucesso de bilheteria. Dirigido por Stanley Kubrick, o filme aborda mais o aspecto psicológico do serial killer.

O filme é baseado no livro de Stephen King, e conta a história de um escritor que, tomado pela loucura, tem ataques psicóticos e passa a ameaçar sua própria família.

No longa-metragem, Stanley explora tanto o suspense como o terror psicológico. Em um filme envolvente, o espectador se vê em meio a uma turbulência total, tanto com os distúrbios psicológicos de Jack, sua loucura, também pelo fato de ser ex-alcoólatra, como pelos episódios sobrenaturais vivenciados pelo filho dele, Danny, além do recorrente pensamento da esposa em pedir o divórcio.

Ou seja, o filme não é tão somente aterrorizante, visto que explora a fundo questões psicológicas e familiares.

Entre os filmes “sangrentos”, sem dúvida *Sexta-feira 13* (1980) é um dos mais famosos e comentados. Inicialmente, Jason era para ser uma criança normal. Sua marca registrada é uma máscara de hóquei utilizada para esconder o rosto deformado. Segundo a história, Jason morre afogado na década de 50, durante um acampamento em Crystal Lake, em decorrência da negligência dos monitores. Nos filmes que dão sequência à trama, Jason ressurgiu do mundo dos mortos e passa a aterrorizar os jovens monitores do acampamento.

Uma curiosidade relacionada ao filme é que na época em que foi lançado, muitos americanos deixaram de frequentar acampamentos, reduzindo a taxa de visitas em 69%. (ANDRADE, 2013)

Assim como *Sexta-feira 13*, outro filme de grande sucesso, e pertencente ao estilo “sangrento”, é *A hora do pesadelo* (1984), com direção e roteiro de Wes Craven. Nele, “Freddy” Krueger aparece nos sonhos dos jovens, perseguindo-os e matando-os.

O serial killer desfigurado utiliza uma luva com lâminas para matar suas vítimas a partir dos sonhos delas. (ROLLING STONE)

O filme utiliza-se desse aspecto fantasioso, pura e simplesmente fictício, em que se mata em sonhos. Difere-se de muitas outras produções por não ter o cuidado de se basear em informações forenses e condizentes com casos investigados na vida real.

No ano de 1980, o filme *Vestida para matar*, de Brian De Palma, também fez muito sucesso e entrou para a lista dos filmes que exploram o aspecto psicológico do serial killer. Um filme que explora a sexualidade, o desejo, a sedução e o mistério. Há quem diga que De Palma tenha se baseado em *Psicose*, de Alfred Hitchcock, mas, ao longo da trama, fica evidente que o cineasta mesmo sendo um grande admirador do “mestre do suspense”, foi capaz de produzir uma obra tão magnífica quanto, tornando-se referência no universo cinematográfico.

A obra conta a história do psiquiatra Robert Elliot, um transexual que sai à noite vestido de mulher para matar suas pacientes. Rico em suspense, o filme recorre

ao terror psicológico ao explorar profundamente o lado psicótico de um homem que, durante o dia procura agir normalmente, controlando seus desejos mais ocultos e, à noite, sai às ruas para saciar suas fantasias mais perversas.

Nos anos 90, predominantemente, as produções tratavam a loucura e a psicose dos assassinos seriais. O aspecto psicológico do serial killer foi amplamente utilizado por roteiristas e diretores, que aproveitaram a abrangência do ofertada pelo assunto para explorarem questões como o canibalismo, a necrofilia, a tortura, a manipulação, a prostituição, as misérias sociais e morais.

*O Silêncio dos Inocentes* (1991), dirigido por Jonathan Demme, entrou para a história ao ser o terceiro filme a receber os cinco principais Oscars em 1992 (melhor filme, direção, roteiro, ator e atriz).

Está entre os melhores filmes sobre assassinos em série da história, um grande sucesso que gera comentários e críticas até hoje. Com admiradores pelo mundo inteiro, a obra coleciona elogios, entre eles, está o de Roberto Siqueira, que diz

Um dos aspectos marcantes de “O Silêncio dos Inocentes” é, sem dúvida alguma, a sua atmosfera sombria, repleta de tensão em cada minuto de projeção. Na maior parte do tempo o espectador se sente aflito, ameaçado e incomodado, como se algo de ruim estivesse sempre prestes a acontecer. Mas ao contrário da maioria dos suspenses, o longa não apela para sustos artificiais, conseguindo criar seu clima aterrorizante somente através da excelente narrativa, recheada de grandes atuações, além é claro do bom trabalho técnico. (SIQUEIRA, 2010)

Hannibal Lecter, um dos *serial killers* mais adorados e temidos do cinema, criado pelo escritor e roteirista Thomas Harris e interpretado brilhantemente por Anthony Hopkins, diferencia-se em relação aos assassinos representados na ficção até então. Um homem inteligente, educado, gentil, perspicaz e frio. Sua personalidade é intrigante por sua complexidade.

Paul Roland o descreve da seguinte maneira,

Hannibal “The Cannibal” Lecter [...] infiltrou-se na consciência popular como a personificação do *serial killer* de fala macia, urbano e estranhamente sedutor. A antítese dos homens excêntricos sebosos, gordos, de meia-idade, com fixação na figura materna e que imaginamos viver em lúgubres porões cercados de restos humanos. (2014, p. 93-94, grifo do autor)

Além de Hopkins, o filme conta com a atuação da atriz Jodie Foster que interpreta a agente do FBI, Clarice Starling. A jovem investiga o caso do *serial killer* Buffalo Bill, e para prendê-lo, recorre a Lecter.

A obra explora a relação entre Lecter e Clarice, com maior atenção ao aspecto psicológico, deixando o espectador extasiado a cada cena. Mais que isso, demonstra cuidado ao retratar questões técnicas referentes ao trabalho investigativo, fazendo com que a trama seja ainda mais envolvente.

Em 2001, o *serial killer* aparece em novo filme, *Hannibal*, também muito aclamado pela crítica porém sem igual destaque alcançado pela produção de 1991. Talvez pela mudança de alguns atores, e até mesmo do diretor, com algumas mudanças em características de personagens que estavam no primeiro filme, é inevitável não compará-los.

Após, em 1995, o filme *Seven – Os sete pecados capitais* inova ao mostrar o caso de um *serial killer* que aterrorizava a cidade de Nova York e desafiou detetives a descobrirem quem ele era.

John Doe, interpretado pelo ator Kevin Spacey, comete seus crimes com base na ordem dos pecados capitais, matando suas vítimas de acordo com os pecados cometidos por elas.

O elenco conta com grandes nomes como Morgan Freeman, Brad Pitt, Gwyneth Paltrow, Ronald Lee Erme, entre outros.

Durante boa parte do filme, foca-se nas dificuldades encontradas pelos detetives para encontrar o assassino em série. Em uma luta contra o tempo, eles precisam descobrir quem está por trás dos assassinatos e capturá-lo.

Para isso, eles investigam o perfil do criminoso, e tentam adivinhar quando irá agir novamente, quem possa ser sua próxima vítima, e como ele irá matá-la. Essa é uma tarefa nada fácil, e por isso mesmo a identidade do assassino é revelada quase no final do filme, quando finalmente conseguem prendê-lo.

Mesmo não se apresentando no decorrer do filme, o assassino é aterrorizante, tanto pela forma como escolhe suas vítimas, quanto como elas são mortas. Um *serial killer* organizado, de uma inteligência fora do comum, e que pretende com seus crimes passar sua “mensagem” à sociedade, de fato, por aquilo que ele reprova em seu íntimo.

É uma produção com profundo domínio técnico, que contou com orientações de profissionais, tanto forenses como da área médica.

Um filme muito bem produzido, que prende a atenção do espectador sem precisar recorrer a cenas pesadas, em que se mostra o crime sendo praticado. John Doe é considerado um dos *serial killers* mais perigosos do cinema mesmo sem ter sido visto cometendo os crimes durante o filme.

### 2.3 Anos 2000

Com a virada do milênio, o cinema ganhou notáveis produções sobre o assunto. A começar pela saga *Jogos Mortais*, que iniciou em 2004, contando com sete filmes, sendo o último em 2010. Sem dúvidas, são produções que fizeram milhares de fãs no mundo inteiro, e inovaram em relação aos tradicionais filmes de terror.

Um engenheiro civil, que está muito doente em decorrência de um câncer, tenta o suicídio sem sucesso. Após, ele passa a, de certa forma, valorizar mais a vida, e decide “ensinar” isso às outras pessoas, aquelas que ele julga não darem o devido respeito à vida e às oportunidades que têm.

Dessa forma, ele monta armadilhas para que elas tenham que fazer uma escolha, e conseqüentemente, alguma forma de sacrifício. Tudo é minuciosamente montado e preparado para realizar testes com essas pessoas baseando-se em seus defeitos.

Um ponto interessante do filme, é que em decorrência da saúde debilitada, o *serial killer* tem uma espécie de admiradores, orientados para pôr em prática seus planos bizarros.

Um filme que explora os dois extremos, tanto os referentes aos aspectos psicológicos, como a exibição das cenas das execuções para dar mais ação à trama, e conseqüentemente, se caracterizar um filme de terror regado a muito sangue e cenas fortes.

O filme *Zodíaco* (2007) ganhou notoriedade, não apenas pelo fato de ser baseado em uma história real, mas por ser um dos casos mais famosos dos EUA, e que nunca foi resolvido.

Sobre ele há diversos livros, filmes, documentários, entre tantos outros materiais tamanha a repercussão que causou.

Um assassino inteligente e brilhante, atuou durante anos em São Francisco, sendo aterrorizador e fascinante ao mesmo tempo. Os crimes começaram no ano de 1966, e, até hoje, ainda são feitas investigações em assassinatos ligados à ele. O *Zodíaco* fez muitas vítimas, estima-se em trinta e sete, e, durante os anos em que praticara os crimes, costumava se comunicar com a polícia por meio de cartas. No total foram vinte e uma cartas enviadas, sendo consideradas verdadeiras obras de artes.

Nas cartas, haviam detalhes dos crimes que só o assassino poderia saber. Não havia dúvidas, eles estavam falando com o *Zodíaco*. Nelas, além de confessar crimes que nem estavam sendo investigados até então como sendo de sua autoria, o assassino fazia algumas exigências aos editores de jornais. A principal delas era que suas cartas fossem publicadas em jornal de grande circulação, de certo para que pudesse se apresentar a um grande número de pessoas.

Ganhou o apelido de *Zodíaco* por policiais e jornalistas, apelido esse que o assassino adotou e passou a utilizar em suas cartas.

Quando achava-se que seria o fim para aquele caso, e que logo após ele seria finalmente solucionado, surgia algum fato que fazia com que os investigadores voltassem praticamente à estaca zero.

Pode-se dizer que o filme representa com certa fidelidade o que aconteceu na realidade. Com o olhar mais focado nos bastidores das investigações, ele convida o espectador a conhecer mais sobre o famoso caso sobre *serial killer* que até hoje não foi resolvido.

Muitas são as hipóteses criadas para desmistificar essa personalidade tão única. Há quem acredita que ele seria uma espécie de pseudônimo de outro *serial killer* ativo na época. Ou então, que ele até tenha dado depoimento para a polícia, porém, passando despercebido.

Tantos anos após os crimes, esvaem-se as chances de um dia conhecermos o Zodíaco que estava por trás das misteriosas cartas. Talvez isso nem seja mais possível, talvez ele já tenha até morrido.

Um assassino desafiador, com características peculiares diferente de todos os assassinos seriais vistos conhecidos até então. O Zodíaco é, sem dúvidas, um capítulo à parte da história de *serial killers*.

### 3 Realidade vs. ficção

Como tratado anteriormente, algumas produções tanto do cinema, como também da TV, não retratam *serial killers* como eles são na realidade. Seja pelo exagero empregado em muitas obras, seja por generalizações e pobreza de informações relacionadas ao assassino serial.

Sobre o que condiz com o que ocorre na realidade e o que é pura obra de ficção, Paul Roland explica que

Filmes e séries de TV sobre crimes são muito criticados por retratar *serial killers* como indivíduos de grande inteligência que adoram realizar jogos mentais com as autoridades. Na vida real, a maioria dos criminosos gasta seu tempo em atividades mundanas, evitando ser detectados até o momento em que a necessidade de matar se sobrepõe a sua cautela natural. (2014, p. 94, grifo do autor)

Dessa forma, acredita-se que muitas vezes o cinema não trata a figura do assassino serial como ela realmente é. De alguma maneira as obras trazem informações equivocadas que chegam a causar incômodo até mesmo em quem lida com o assunto.

Sobre esse assunto, Michael Newton explica que

Em raros casos em que os assassinos de natureza humana realmente identificam-se com os caçadores da ficção são invariavelmente dementes, com histórias de doença mental e comportamentos estranhos atribuídos a uma data anterior à sua exposição a qualquer meio de empreendimento específico. (2014, p. 137)

Na mesma linha de pensamento, a autora Janire Rámila acredita que filmes como *O silêncio dos inocentes* afastam da sociedade a verdadeira imagem dos assassinos em série. Segundo a autora, eles não são pessoas tão cultas e refinadas, nem cosmopolitas. Pelo contrário, são frios, insensíveis, desagradáveis, cruéis,

carentes de estima em relação aos seus semelhantes. Gostam de matar, humilhar, torturar. (2012, p. 114)

Engana-se também quando se imagina aquele assassino com sede insaciável, que precisa matar a todo custo, e faz isso a todo momento, sem qualquer tipo de intervalo entre os homicídios.

Todo o procedimento requer muito do assassino, tanto psicologicamente quanto fisicamente. Devemos lembrar que como um ciclo, *serial killers* percorrem várias fases, desde momentos anteriores ao cometimento do crime, durante, e também após a execução.

Basicamente, podemos dizer que inicialmente há um momento de fantasia, que em seu foro íntimo ele fica imaginando como colocará seus planos em ação. Depois disso, há a concretização daquilo que ele planejava, e por fim, o que chamamos de fase depressiva, pois comumente o assassino tende a punir-se pelos atos praticados. Passada essa fase, ele tem uma espécie de conformismo, e inicia novamente a fantasiar os próximos crimes.

Assim,

O ato de matar é uma atividade exaustiva e, caso envolva a necessidade de livrar-se de um corpo, esse esforço pode levar o perpetrador a ficar física e mentalmente esgotado por dias. Assassinos podem se gabar do grande número de corpos que invariavelmente acumulam por terem sido cautelosos e matar espaçadamente. Somente personagens fictícios envolvem-se em sede contínuas de matanças e têm expectativa de permanecer em liberdade. (ROLAND, 2014, p. 94)

Assassinos seriais de alguma forma têm conhecimento de que um dia serão encontrados pela polícia. Muitos deles até têm receio, por exemplo, de que sejam condenados à cadeira elétrica. O que filmes e séries fazem é passar a imagem de uma pessoa completamente segura de si, sem quaisquer tipos de preocupações ou outro pensamento que venha a acometê-lo em se tratando dos crimes cometidos.

Portanto, são pouquíssimas as informações entre ficção e realidade que se condizem. Pensamos que, da mesma forma como ocorre no cinema, há diferenciações entre os assassinos seriais, tanto que são divididos quanto sua organização. O cinema traz tanto a figura do *serial killer* completamente psicótico, louco, como daquele bem afeiçoado, educado e gentil.

Roland diz que “o único fato concreto eu pode ser tirado desse mito é que quase todos os *serial killers* vêm de passados disfuncionais e a vasta maioria é de homens, quase todos tendo sofrido abusos de um tipo ou de outro em sua infância ou adolescência”. (2014, p. 95, grifo do autor)

Seguindo à risca ou não ou que ocorre na vida real, a sétima arte sem dúvida convida a sociedade a conhecer um pouco mais sobre o que é o *serial killer*, e a entender o que se passa na mente desses criminosos.



Observa-se que o cinema passa por certas “fases”, em que se busca agradar espectadores conforme o que eles preferem em determinadas épocas. Houve um tempo em que predominava um gênero de filmes, e então, eram lançados vários e vários títulos sobre praticamente o mesmo conceito.

Atualmente há uma maior diversidade, e obras capazes de agradar a todos os gostos, mesmo os mais exigentes.

Impossível, portanto, a representação em sua totalidade de uma figura tão peculiar como é o *serial killer*, dada tamanha subjetividade, restando-nos apenas tentar entender o que se passa em suas mentes e o que os levam a cometer crimes tão cruéis.

## CONCLUSÃO

Todos nós já assistimos, pelo menos uma vez, alguma produção de cinema que estava relacionada ao assassino em série. É inegável o fato que o cinema, assim como a mídia de uma forma geral, é um instrumento formador de opiniões. Os espectadores tomam como base a imagem passada a eles em filmes e séries de TV, para assim, formarem suas próprias opiniões.

Os filmes trazem à margem um tema que ocorre com certa frequência na sociedade, e que deve ser debatido não só no aspecto psicológico, mas também jurídico. Mostrar o *serial killer* como ele é, na realidade, não é tarefa nada fácil. Exige-se estudo e pesquisa aprofundados o suficiente para não disseminar informações que não condizem com o que ocorre na realidade.

Podemos perceber que ao longo da história do cinema, diversos filmes retrataram a figura do assassino em série. Enquanto alguns são simplesmente frutos da ficção, outros foram baseados em casos reais. Alguns exploraram mais o aspecto psicológico do assassino, e outros nem tanto.

Desde *Psicose* até *O zodíaco*, foram inúmeros os filmes sobre assassinos em série exibidos no cinema. Recordes de bilheteria, indicações ao Oscar e premiações, produções aclamadas pela crítica, fizeram com que a sociedade quisesse se aproximar ainda mais do tema.

A figura do *serial killer* gera curiosidade na sociedade de um modo geral, visto não se tratar de um assassino comum. Podemos verificar que ele possui um procedimento especial para cometer seus crimes, e faz questão de deixar sua marca pessoal na cena do crime, sua assinatura. Além disso, muitos gostam de levar consigo uma lembrança, algum tipo de troféu para reviverem e reencenarem o crime em suas memórias.

No âmbito jurídico, percebemos uma espécie de abismo entre o assunto e a atenção dada à ele. No Brasil, por exemplo, ainda não há lei que define o que é o *serial killer* e como deva ser tratado perante o ordenamento jurídico, de forma clara e expressa.

Ocorre uma aplicação de texto de lei já existente, porém, sem dar a especialidade que o assunto exige. Assassinos em série são criminosos peculiares, únicos, literalmente, um caso à parte. Não se pode aceitar que sejam aplicadas a eles as medidas da mesma forma como se faz com assassinos comuns.

Nesse aspecto, foi abordada a questão do projeto de lei em tramitação, o PL 140/10, que traz uma definição para assassino em série, com o objetivo de inclui-lo no ordenamento jurídico, sendo assim, legalmente previsto.

No entanto, mais que isso, há a necessidade de se fomentar o debate, principalmente nas universidades, visto ser um assunto pouco discutido frente a sua importância, e que precisa ser objeto de estudos mais aprofundados pelos operadores de direito.

Mesmo aqueles que trabalham com assassinos em série surpreendem-se muitas vezes pois, por mais que se tracem teorias e outros aspectos sobre eles, os *serial killers* sempre têm algo que quebra essa possível padronização. Por isso se faz necessária sempre a análise do caso concreto de uma forma ampla, a permitir-se observar os mínimos detalhes sem ater-se a conceitos pré-estabelecidos.

Deve-se levar em consideração que assassinos seriais fogem à regra geral. Dessa forma, é preciso que autoridades, polícias, investigadores, e demais envolvidos, observem o caso como alguém externo à ele, mas também como se possível fosse, adentrando na mente do assassino.

Erro muito comum cometido por policiais é achar que não estão diante de um caso de *serial killer*. Como foi dito, eles podem estar em qualquer lugar, assim, todas as hipóteses devem ser consideradas.

É importante o amplo debate entre a relação entre direito e cinema no que tange à figura do assassino em série representada nas produções cinematográficas pois, por mais que se acredite não ser um assunto próximo à nossa realidade, basta pegar alguns casos, inclusive nacionais, para concluir que eles estão mais próximos de nós do que podemos imaginar.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana. 13 fatos sobre o filme sexta-feira 13 que você não sabia, de 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.guiadasemana.com.br/cinema/noticia/13-fatos-sobre-o-filme-sexta-feira-13-que-voce-nao-sabia>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

CASOY, Ilana. Serial killers: Made in Brasil. São Paulo: Arx, 2004.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <[www.serialkiller.com.br](http://www.serialkiller.com.br)>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

DINIZ, Laura. Psicopatas no divã – entrevista Robert Hare. Rev. Veja. Ed. 2106, de 1 de abril de 2009. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/010409/entrevista.shtml>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2015.

MORANA, Hilda CP; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy, and serial killers. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. Rev Bras Psiquiatr, v. 28, n. Supl II, p. S78, 2006.

NEWTON, Michael. A enciclopédia de serial killers: um estudo de um deprimente fenômeno criminoso, de “anjos da morte” ao matador do “zodíaco”. São Paulo: Madras, 2014.

RÂMILA, Janire. Predadores humanos: o obscuro universo dos assassinos em série. Tradução, Amoris Valencia. São Paulo: Madras, 2012.

REVISTA ROLLING STONE. Dez dos serial killers fictícios mais emblemáticos da TV e do cinema. Disponível em: <<http://rollingstone.uol.com.br/galeria/dez-dos-serial-killers-ficticios-mais-emblematicos-da-tv-e-do-cinema/#imagem3>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

ROLAND, Paul. Por dentro das mentes assassinas: a história dos perfis criminosos. Tradução, Antonio Fiel Cabral. São Paulo, Madras, 2014.

SCHECHTER, Harold. Serial killers, anatomia do mal, tradução de Lucas Magdiel. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2013.

SENADO. PLS – Projeto de lei do Senado, Nº 140 de 2010. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96886](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96886).

Acesso em: 12 de fevereiro de 2015)

SIQUEIRA, Roberto. O silêncio dos inocentes (1991), de 21 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://cinemaedebate.com/2010/12/21/o-silencio-dos-inocentes-1991/>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2015.

## **SISTEMA CARCERÁRIO E A ESTIGMATIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

*Felipe Souza Rodrigues*

Como citar esse artigo:

RODRIGUES, Felipe Souza. Sistema carcerário e a estigmatização no direito brasileiro, in BERNARDI, R.; SALIBA; M. G.; BERTONCINI, C; PASCHOAL, G. H. **Direito e Cinema em debate**. Jacarezinho – Paraná, UENP, 2015.

**Biografia do autor:**

**RODRIGUES**  
Graduando em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná

### **RESUMO**

O problema estrutural e funcional das prisões brasileiras não é uma novidade. Contudo, as condições a que os presos estão expostos parece-nos cada vez pior. As ofensas aos direitos humanos ocorrem dia após dia. O que resulta numa situação insustentável. Traz este trabalho um quadro sintomático das enfermidades que afetam nosso sistema carcerário. E, após, discute-se algumas das mudanças possíveis para a melhoria e enfrentamento destes problemas. Em prol da garantia de que os direitos estipulados em vários documentos sejam efetivados e possibilitem alcançar a justiça social.

**Palavras chave:** Prisões. Direitos Humanos. Presos.

### **ABSTRACT**

The structural and functional problems of Brazilian prisons is not new. However, the conditions to which prisoners are exposed it seems worse. The offenses to human rights take place day after day. This results in an untenable situation. This work brings a symptom picture of the diseases that affect our prison system. And after, we discuss some of the possible changes to improve and face these problems. In the interests of ensuring that the rights set out in various documents to take effect and allow achieving social justice.

**Keywords:** Prisons. Human rights. Prisoner.

## INTRODUÇÃO

É indubitável que as prisões brasileiras não fornecem o aparato necessário para que o indivíduo possa se ressocializar. Ao contrário, somos testemunhas de um sistema prisional excludente e ineficiente.

Tal situação não é uma novidade, há muito tempo, nossos presídios estão superlotados. Um ser humano com todas as suas características e necessidades não encontra, quando aprisionado em tais situações, condições propícias para se desenvolver. Ou antes de tudo, retornar a sociedade como uma pessoa melhor.

Desta forma, as pessoas que estão amontoadas e relegadas ao descuido do nosso sistema prisional não poderão desfrutar de condições mínimas para uma vida digna. A situação deplorável de nossos presídios são antagônicas aos objetivos do direito penal.

A supressão de direitos é nítida. Imagine um amontoado de indivíduos trancado em uma sala estreita e pouco asseada. Como podemos esperar a sua transformação em seres humanos melhores, se nem são tratados como tais.

Neste trabalho, procuramos analisar a crise das prisões brasileiras para uma população carcerária que ultrapassa mais de meio milhão de pessoas. E a partir deste panorama traçado neste trabalho esperamos vislumbrar possíveis soluções para este problema.

Nosso trabalho está dividido em três partes. Inicialmente, analisamos a situação das prisões brasileiras a partir da análise de dados que nos serão apresentados. Desta forma poderemos visualizar alguns dos problemas que afetam o sistema prisional brasileiro.

Na segunda parte, trataremos dos direitos e garantias que os presos possuem. Haja vista que embora eles tenham alguns de seus direitos restringidos, na realidade, não se pode deixar de fornecer a estes indivíduos outros direitos que, por lei, lhe são garantidos.

Por derradeiro, tentamos destacar possíveis soluções para este problema que não é novo, mas que cada vez mais se torna maior. Não podemos preterir cuidados aos presos pela simples premissa de que eles estão em tais situações porque eles fizeram por merecer. Além de tacanho, este pensamento não condiz com nosso Estado Democrático de Direito.

### 1. SITUAÇÃO DAS PRISÕES BRASILEIRAS

Segundo dados divulgados em junho de 2014 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF atualmente o número de presos no Brasil é de

711.463. Sendo deste total 563.526 não estão em prisões domiciliares e 41% são presos provisórios.

Desta forma, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

Apesar de possuírmos esse grande número de indivíduos em nossas prisões, o número de vagas disponíveis não condizem com a atual população carcerária. A capacidade do sistema prisional brasileiro é para 357.219 presos. Sendo assim, o déficit das prisões brasileiras, contabilizando a prisão domiciliar, é de 354.244. Caso não contabilizássemos a prisão domiciliar, o déficit do sistema carcerário brasileiro seria de 206.307.

O Estado brasileiro com a maior população carcerária é São Paulo com 204.946 presos, seguido de Minas Gerais com 57.498 presos. O Estado com a menor população carcerária é Roraima com 1.676 presos.

Quanto ao déficit de vagas, o Estado com maior déficit de vagas é São Paulo com 182.598, seguido de Minas Gerais com 32.354. O Estado com menor déficit é Roraima com 557.

Portanto, apesar de possuírmos uma das maiores populações carcerárias do mundo, o número de vagas ofertadas aos presos não é suficiente. Isso gera um dos grandes problemas do sistema carcerário brasileiro, a superlotação dos presídios.

O déficit no número de vagas do sistema carcerário brasileiro é um enorme problema, mas como solucionar o problema? Construindo mais presídios? Atendendo o apelo da mídia sensacionalista para criar uma lei que puna os criminosos com a pena de morte(o que, aliás, seria inconstitucional)?

Outro dado interessante, que aparece na exposição, é o de que pobreza não está intimamente ligada a criminalidade. São Paulo, o Estado mais rico do nosso país, é também o que possui maior população carcerária. E Roraima, um dos Estados mais pobres, é o que possui a menor população carcerária.

É óbvio que devemos considerar, também, o contingente populacional em cada área e a distribuição das riquezas além de outros fatores que possam influenciar de maneira consistente na criminalidade em cada região.

Mas, é importante desmistificar a ideia de que a pobreza está atrelada a criminalidade. De fato, o ambiente tem influência na conduta do ser humano, mas não só apenas o ambiente. Um indivíduo que nasce em uma família sem posses, segundo esta ideia, estaria, necessariamente envolvido na criminalidade. Pois, pela sua condição financeira, não lhe restaria outras opções, a não ser praticar crimes para sobrevivência.

Mas esta não é a realidade um indivíduo pobre não é, necessariamente um criminoso. Retomaremos este assunto mais adiante.

Portanto, como pudemos observar o Brasil tem uma das maiores populações carcerárias do mundo. Além disso, somos um dos países mais inseguros do mundo.

Segundo dados do relatório de Índice de Progresso Social de 2014 o Brasil é o 11º país mais inseguro dentre os 132 países que participaram da pesquisa.

Então outra questão vem a tona, embora tenhamos uma população carcerária gigantesca a prisão cumpre os seus objetivos. O indivíduo ao sair da prisão deixa de cometer delitos? Ou, pelo contrário, a prisão é uma espécie de “faculdade” para a criminalidade?

Como bem se sabe, existem muitas organizações criminosas que atuam dentro dos presídios e, assim, em muitas oportunidades um indivíduo que foi preso pela primeira vez, acaba adentrando nestas organizações criminosas dentro da prisão, e ao ser solto ajuda a fortalecer tal grupo efetuando “serviços”.

Segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, 70% dos presos são reincidentes. Isto representa um alto grau de reincidência desacreditando nossas prisões. E nos faz crer que o tempo que o preso passa em reclusão é um processo ineficaz e deletério.

Michel Foucault já destacava isto há alguns anos atrás:

A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos; 38% dos que saem das casas centrais são condenados novamente e 33% são forçados, de 1828 a 1834 de cerca de 35.000 condenados por crime, perto de 7400 eram reincidentes (ou seja, um em cada 4,7 condenados) (FOUCAULT, 1987, p.221)

Um exemplo de como as prisões não cumprem seu papel seria o presídio de Pedrinhas. Localizado em São Luís, Maranhão, as notícias que nos são repassadas sobre tal local são as mais aterradoras possíveis.

Neste local é possível perceber a situação em que os presos convivem. Além disso, é possível destacar o grau de barbárie daquele local.

Em um vídeo feito pelos próprios presos é possível visualizar uma poça de sangue, mais adiante, visualizamos quatro presos decapitados. Um deles aparece com várias perfurações em seu corpo, sinais claros de que foi alvejado por uma arma.

Tal situação é incoerente com todo e qualquer conceito de civilidade da nossa sociedade. Ora, o poder público não pode ficar inerte nesta ocasião.

É nítida a violação de Direitos Humanos todos os dias dentro dos presídios brasileiros. A irrefutável ineficiência das nossas prisões precisa ser combatida.

Segundo relatório do CNJ, no presídio de Pedrinhas, alguns problemas foram detectados: superlotação, a falta de garantias de segurança à equipe, a ausência de grades em algumas celas e também a ordem de facções criminosas para que mulheres e irmãs de parte dos presos fossem estupradas.

Além deste relatório do Conselho Nacional de Justiça, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos expediu medida protetiva contra o Estado Brasileiro a fim de que este forneça todos os subsídios necessários para a preservação da integridade física e da vida dos presos.

Somente no ano de 2014 o presídio de Pedrinhas contabilizou 19 mortes e no ano de 2013 teriam morrido 40 presos devido a motins, rebeliões e combates internos entre os próprios presos.

Segundo o relatório, há relatos ainda de agressões físicas dos funcionários do presídio contra os presos que ali estavam. Isto demonstra o despreparo e falta de capacitação dos funcionários para executarem o seu trabalho.

E os problemas não acabam aqui, falta de medicamentos, escassez de água potável, material de higiene e alimentos.

O presídio tem uma população carcerária além do limite. No Centro de Detenção Provisória haveriam 600 presos sendo que o número de vagas é para 392 pessoas. Haveria 300 presos na Central de Custódia de Presos de Justiça, que tem 160 vagas. Na Penitenciária de São Luís II, o número é de 1350 presos, para 108 vagas.

Tais números deixam qualquer físico estupefato, isto é, como podem tantas pessoas ocuparem tão pouco espaço? Há, ainda, notícias de que o contrabando de armas ocorre livremente no presídio.

Não se pode conceber que em tais condições esteja garantido o mínimo existencial. Pelo contrário pode-se observar o grau de penúria e descaso a que os presos estão submetidos.

Desta forma, devido a urgência do caso, e ao eminente risco de vida dos prisioneiros. A Corte solicitou medidas provisórias. Conforme se percebe em trecho extraído do relatório da exímia Corte:

Como a Corte já afirmou em outras oportunidades, o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e de se abster, sob qualquer circunstância, de atuar de maneira que viole a vida e a integridade das mesmas. Neste sentido, as obrigações que o Estado deve inevitavelmente assumir em sua posição de garante incluem a adoção das medidas que possam favorecer a manutenção de um clima de respeito dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade entre si, evitar a presença de armas dentro de estabelecimentos em poder dos internos, reduzir a superlotação, procurar as condições de detenção mínimas compatíveis com sua dignidade, e prover pessoal capacitado e em número suficiente para assegurar o adequado e efetivo controle, custódia e vigilância do centro penitenciário. Além disso, dadas as características dos centros de detenção, o Estado deve proteger os presos da violência que, na ausência de controle estatal, possa ocorrer entre os privados de liberdade.(RELATÓRIO CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS,2014, p.9)

Tais seriam as políticas públicas necessárias para a proteção dos prisioneiros. Entretanto, como bem se sabe, existe um abismo entre o que deve e o que é realizado pelo Estado.



## 2.DIREITOS E DEVERES DO PRESO

Os presos, como qualquer cidadão, possuem direitos e deveres. E a prisão não tem como função tão apenas retirar o indivíduo do convívio social, mas promover sua ressocialização.

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar. (MARCÃO, 2012, p.35)

Apesar de terem o seu direito de ir e vir restringido. Todos os demais direitos, que não estão diretamente vinculados aquele, deverão ser preservados. A Constituição brasileira de 1988 assegura, ao preso, em seu art. 5º XLIX o respeito à integridade física e moral. No art. 5º L está previsto o direito das presas amamentarem seus filhos. Além destes, os incisos LIV, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVII, LXXIV, LXXV do art.5º enumeram alguns outros direitos.

Na Lei de Execução Penal, os direitos dos presos estão assegurados nos artigos 40, 41, 42 e 43. E o seus deveres estão previstos nos artigos 38 e 39.

O Pacto de San José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário, também dispõe em seu art. 5º:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal §1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. §2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. §3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. §4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. §5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. §6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Portanto, como foi demonstrado, uma série de normas dão aos presos direitos garantindo, em tese, o bem estar destes indivíduos.

Muitos presos, ainda, procuram se socorrer através do Judiciário. Contudo em muitas situações não obtém êxito, e veem seus interesses não serem atendidos. Nesta jurisprudência, o indivíduo reclama das condições insalubres da prisão o que lhe teria feito adoecer.

RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO Reclamo contra o adoecimento de detento por ocasião de sua custódia em estabelecimento prisional, contraindo tuberculose e diabetes Pretensão de vincular essas enfermidades às condições insalubres e à péssima qualidade da alimentação servida no cárcere Dano moral não caracterizado Impossibilidade de aferição de nexo causal efusivo, a despeito das condições reconhecidamente precárias das prisões brasileiras Oferecimento de tratamento médico adequado Não reconhecimento do dever de indenizar Precedentes jurisprudenciais Apelação não provida. (BRASIL, 2014)

Já é notória, na maioria das cortes de nosso país, a debilidade de nossas prisões.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. FALÊNCIA DO **SISTEMA CARCERÁRIO**. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. O acórdão embargado explicitamente enfrentou e sustentou a necessidade de prisão domiciliar diante da falência do **sistema carcerário**, embasando a decisão em preceitos constitucionais e na jurisprudência das Cortes Superiores. Cedico que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos despendidos e dispositivos legais deduzidos na impetração, se já apresentou fundamentos suficientes para o resultado do julgamento. Precedentes. EMBARGOS DESACOLHIDOS. (BRASIL, 2013)

Como visto, o legislador garante ao preso vários direitos, o que não lhe poria em condições desumanas. Mas lhe asseguraria, um processo robusto de humanização e reinserção à sociedade.

### 3.VIOLAÇÕES AOS DIREITOS GARANTIDOS

Por mais que nós tenhamos aparatos judiciais que protejam os presos garantindo-lhes condições mínimas para que se desenvolvam e possam se ressocializar. Não há como negar a realidade brasileira.

Nossas prisões não atendem às necessidades básicas de um ser humano. As condições e a estrutura oferecidas são trágicas. A possibilidade de humanização de um indivíduo num local como este é ínfima.

Nossas prisões tendem maximizar o que há de pior nos presos. Em condições de escassez de recursos, o ser humano se deteriora, e se apresenta da maneira mais animalesca possível.

No mais, qualquer que sejam as modificações no regime penitenciário, a reincidência não diminui, porque é inevitável, porque deve ser assim; a

prisão extingue no homem todas as qualidades que o torna um ser próprio para vida social. O transforma em um ser que, inexoravelmente, voltará ao cárcere, e que acabara seus dias em uma dessas tumbas de pedra cuja o letreiro é: Casa de Correção, e que são verdadeiras casas de corrupção, segundo definem seus carcereiros.(KROPOTKIN,2012, p.08)

Além disso, a população carcerária possui um biótipo. Isto é, não são todos os crimes cometidos no convívio social que são punidos, apenas certos delitos são previamente selecionados, punindo, tão apenas, certos indivíduos.

Também não podemos negar a crueldade do Direito Penal (aqui entendido mais como sistema penal) o pavor que, como regra geral, causa naqueles que caem nas suas garras. Certo é que o Direito Penal tem seu público-alvo. Nem todas as pessoas farão parte de sua 'clientela'. Aqueles que militam nessa seara podem testemunhar, com segurança, que o Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, classe social, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do show(GRECO, 2009, p.5-6)

Neste viés segue o entendimento de Alessandro Baratta:

A separação que o processo de criminalização cria entre honestos e réprobos coloca em evidência aquelas funções simbólicas da pena, que têm sido estudadas particularmente no âmbito das teorias psicanalíticas da sociedade punitiva. A linha de demarcação e o efeito sobre a distância social, com tem sido destacado, são tão mais drásticos quanto mais se desloca das zonas médias da escala social para os estratos mais débeis, no seio dos quais a população criminosa é recrutada. Aqui, realmente, o perigo de uma degradação do próprio *status* comporta uma exigência existencial muito mais concreta de diferenciar-se de quem recebeu o estigma de criminoso.( BARATTA, 1999, p.180-181)

Neste caos que se tornou o sistema carcerário brasileiro, percebe-se que a maioria da população que se encontra enclausurada são negros, pessoas de baixa renda e com baixa escolaridade. Tal é o panorama da população carcerária.

Detemo-nos, pois, porque fundamental, numa das maiores contribuições da Criminologia da reação social e crítica: a revelação da lógica da seletividade como lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, a qual representa a fundamentação científica de uma evidência empírica visibilizada pela clientela da prisão: a da 'regularidade' a que obedecem a criminalização e o etiquetamento dos estratos sociais mais pobres da sociedade. Evidência, por sua vez, há muito vocalizada pelo senso comum no popular adágio de que 'a prisão é para o três pês: o preto, o pobre e a prostituta.'(ANDRADE, 2003, p.49-50)

A operacionalização da justiça brasileira acaba por condenar indivíduos de camadas sociais mais fracas. E, então, se forma a população carcerária brasileira.

#### 4.ALTERNATIVAS

Em meio a tal situação, a população começa a discutir quais seriam as medidas mais sensatas e profícuas na resolução deste problema.

Entre os que pregam a punição estatal mais rigorosa, para que o indivíduo pense com mais cautela antes de cometer um delito. Existem, os que defendem o oposto, leis mais brandas fariam com que, somente, os fatos delituosos mais importantes tivessem uma punição mais eficaz.

Todavia, não existe consenso por mais que haja discussões todas partes apresentam em suas fundamentações vícios e virtudes.

Mas é fato que a atual situação é insustentável. Ora, as reiteradas violações de direitos que ocorrem todos os dias nas prisões brasileiras não podem ocorrer.

A população carcerária aumenta cada vez mais, e a criminalidade também. Com presídios superlotados e sem condições mínimas para uma vida digna os presos são sobreviventes em um ambiente inóspito sem qualquer perspectiva de melhora.

Não obstante, algumas vozes indagam sobre a demasia de cuidados que os presos recebem. Afinal de contas, por este viés, os presos são merecedores daquelas condições. Um pensamento que nos remete ao Código de Hamurabi, a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente. Se o fez terá que ressarcir o dano ainda que da maneira mais impiedosa possível.

Tal pensamento é muitas vezes repercutido pela mídia sensacionalista, que sobrepõe o interesse vingativo sobre o Estado Democrático de Direito.

Como vimos, condicionados a acreditar na necessidade de castigos( e manipulados pelos meios de comunicação, embora sutis em suas maneiras), o indivíduos acabam por se tornar veiculadores da opinião favorável à instituição de medidas repressivas fortes. Modo pelo qual se cria o mito da *opinião pública*. Um dos mitos que mais serve à dominação nas sociedades contemporânea, pois é nele que o poder se apoia para dar maior legitimidade a suas ações. Como se trata de opinião aferida por pesquisas científicas, muito melhor.(SOUSA FILHO,2001, p.108)

Neste sentido, nos explica Greco:

A sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão somente fazer com que a pena tenha essa finalidade, pois que tende a fazer com ela uma espécie de pagamento ou compensação ao condenado que praticou a infração penal, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade.

Se ao condenado for aplicado uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.( GRECO, 2009, p.146)

Tal pensamento fere inúmeros direitos, previsto pela Constituição Cidadã de 1988. E ajuda na formação de uma mentalidade recrudescida quanto ao tratamento dos presos.

Os presos merecem o respeito de nossa sociedade. Uma proposta para tratamento mais severo nas prisões não nos parece a melhor resposta para os problemas que enfrentamos no momento.

Por óbvio uma das ações mais urgentes que deveriam ser feitas é a melhoria de nossas prisões. Mas uma melhoria que envolva tanto a estrutura, como os funcionários que ali trabalham.

Uma reforma mais profunda, que poderia ser realizada, seria a diminuição das desigualdades. Muitos dos delitos tem relação com a pobreza. Mas, isto, não implica que todo pobre será um bandido. A criminalidade tem vários fatores.

Frise-se, entretanto, que em péssimas condições de sobrevivência e com poucas oportunidades a pessoa estará mais propícia ao cometimento de um delito. O que, como já dito, não indica que se uma pessoa nasce em meio à miséria ela estará condicionada a ser criminosa.

O Estado tem a incumbência de realizar políticas públicas que assegurem uma vida digna. Tal como preceitua Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, 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 sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos(SARLET,2006, p.60)

A discrepância entre o poderio econômico de alguns poucos abastados perante os demais indivíduos é um dos principais problemas no Brasil. Tentar diminuir esse abismo existente entre pobres e ricos é uma forma de garantir maior desenvolvimento social. E, ainda, concomitantemente, diminuir os riscos da criminalidade.

Existe uma diferença gritante entre a criminalidade aparente, praticada pelas camadas sociais mais baixas, e aquela outra oculta, cometidas pelos intocáveis das camadas superiores. A primeira, como regra, só existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública. A incapacidade do

Estado de fazer diminuir o abismo econômico existente entre as classes sociais permite o surgimento de um espírito de revolta que, com sua própria força, tenta, a todo custo, diminuir as desigualdades. O problema desse tipo de criminalidade é de natureza eminentemente social, ao contrário da outra, pior cuja raiz se encontra na índole, no caráter daquele que comete infração penal (GRECO, 2009, p.143)

No entanto, não nos enganemos pensando que apenas com a diminuição das desigualdades a criminalidade desaparecerá. Como já dito acima, existe uma criminalidade oculta que não aparece para prestar esclarecimentos a justiça brasileira.

A criminalidade, como fenômeno sócio-político, interessa a todas as pessoas e segmentos da sociedade. Não se pode, pois, imaginar que a prevenção e a repressão da criminalidade sejam tarefa da polícia e da justiça criminal exclusivamente. É preciso alargar, por exemplo o conceito de prevenção, com o que as medidas preventivas vão se situar predominante fora da esfera policial, com programas de prevenção desenvolvidos pelo governo federal, estadual e local e por organizações e entidades interessadas. E que se entenda que o controle da criminalidade é resultante dessas medidas preventivas e da repressão político-criminal. O trabalho preventivo desenvolvido pela polícia pouco tem que ver com as providências preventivas da sociedade em geral.(SILVA, 1999, p.54)

Como se vê, a resolução do problema da criminalidade não é simples. Ao contrário, é preciso que as políticas criminais estabeleçam metas a serem alcançadas. Possibilitando o avanço do sistema criminal brasileiro.

Contudo, como ressaltado inúmeras vezes neste trabalho, o estado atual é horrível. Mudanças são necessárias a fim de que se possa sair de tal situação.

Alcançar a justiça e um tratamento digno aos presos brasileiros é essencial para a construção de uma sociedade mais fraterna. A reclusão por si só, é um ato inócuo.

Muitas vezes, alguns meios de comunicação, dilapidam a função da prisão de modo que esta deveria atender apenas aos anseios punitivos dos clamores populares.

Por mais que a prisão restrinja certos direitos dos indivíduos, estes, pelo simples fato de existirem merecem tratamento digno e equânime.

A prisão desempenha uma função que vai além da proteção da sociedade. Cabe a ela a busca pela humanização dos indivíduos, a fim de possam ser reinseridos ao convívio social.

## CONCLUSÃO

A busca pela implementação de direitos deve ser constante. Todo e qualquer cidadão merece ser tratado de forma digna.

O quadro que se apresenta aos nossos olhos não é nem um pouco digno. Alguns indivíduos sofrem as piores agruras dentro dos presídios brasileiros.

Como exposto neste trabalho, a população carcerária brasileira cresceu muito nos últimos anos e já é a terceira maior do mundo.

Apesar de possuímos uma população carcerária tão grande. Os cuidados disponibilizados a ela, são incondizentes aos necessários.

Sob este enfoque não podemos deixar de denunciar as constantes e repetitivas violações aos direitos humanos que ocorrem todos os dias dentro de nossos presídios. Representando uma total dissintonia entre os preceitos e princípios estipulados pelo constituinte de 1988 e o que ocorre diariamente dentro dos presídios brasileiros.

O que deve ocorrer diariamente é a busca pela justiça. Relegarmos esta situação ao esquecimento é uma forma de apenas escondermos os problemas. Que a cada dia crescem.

É preciso um esforço conjunto para que possamos atingir nossos objetivos. A sociedade enquanto não se revoltar com as escabrosidades ocorridas em nossa prisões e, além do mais, achar que todas elas são merecidas, será muito difícil atingirmos um convívio social mais harmônico e solidário.

Uma ação conjunta entre poder público e sociedade traria bons frutos. Isto é, através da implementação de políticas públicas que diminuam a desigualdade e promovam o bem estar social, unido à políticas criminais que tragam benefícios, com uma polícia preparada e aliado à políticas preventivas devem melhorar a situação.

Este trabalho procurou, evidenciar algumas das chagas existentes em nossa sociedade. Para que através deste diagnóstico tenhamos a necessidade de buscar com afinco uma cura para tais problemas.

A inércia, não pode estar presente nesta ocasião. Uma busca contínua e árdua é necessária para a diminuição e, talvez um dia, extinção dos flagelos sociais.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.  
BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro; Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Embargos de Declaração Nº 70055862890, Terceira Câmara Criminal, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 07/11/2013. Disponível em <<http://jusbrasil.com.br>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de SP. APL: 00132047820138260577 SP 0013204-78.2013.8.26.0577, 5ª Câmara de Direito Público, Relator: Fermino Magnani Filho, Julgado em 16/06/2014. Disponível em <<http://jusbrasil.com.br>>

Brasil passa a Rússia e tem a terceira maior população carcerária do mundo. De Brasília, 05 de junho de 2014. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 20/02/2015.

Brasil é o 11º país mais inseguro do mundo no índice de Progresso Social. São Paulo 05 de abril de 2014. Disponível em < <http://www.g1.globo.com>>. Acesso em: 20/02/2015

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução da Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987,288p. Do original francês: Surveiller et punir.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. Niterói, RJ: Impetus,2009.

Índice de reincidência criminal no país é de 70%. Agência Brasil, São Paulo, 05 de setembro de 2011.Disponível em <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 20/02/2015

KROPOTKIN, Pedro. *As prisões*. Ed. original: Las Prisiones. Tradução e diagramação.Campinas:Barricada libertária, 2012.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena) – São Paulo : Saraiva, 2012.

Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Brasília, Junho de 2014. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 20/02/2015

Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De 14 de novembro de 2014 Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo de Pedrinhas. Disponível em

<[http://issuu.com/justicaglobal/docs/resolucao\\_pedrinhas\\_14\\_de\\_novembro](http://issuu.com/justicaglobal/docs/resolucao_pedrinhas_14_de_novembro)>.

Acesso em: 20/02/2015.

SOUSA FILHO, Alípio de. *Medos, mitos e castigos: notas sobre a pena de morte*. 2 ed.- São Paulo: Cortez, 2001. (Coleção Questões da Nossa Época; v. 46)

SILVA, Jorge da.*Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional*. 2ª ed.Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988* .Imprensa: Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2006.

Vade Mecum Saraiva: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti- 17ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.



# **SISTEMA PENAL REPRESSIVO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS FINALIDADES SOCIAIS DO ESTADO COMO FATOR INIBIDOR DA PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS**

Como citar esse artigo:

FÁVERO, Vanessa Rui.  
Sistema penal  
repressivo e a  
implementação das  
finalidades sociais do  
Estado como fator de  
inibição das práticas  
de infrações penais, in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

*Vanessa Rui Fávero*

## **RESUMO:**

O presente artigo pretende evidenciar que a repressão embora seja extremamente mais fácil e atraente; é também altamente viciosa; não podendo ser ela o caminho a ser adotado pelo Estado na eleição de uma política criminal compromissada, que deve pautar-se na articulação de políticas públicas sólidas, consistentes e engajadas com a realidade social fática a que se destina tutelar; partindo sempre de soluções plurais adequadas a cada situação de carência identificada no caso concreto, para que o sistema penal brasileiro seja melhor operacionalizado e não permaneça tão próximo ao colapso, tal qual se encontra.

**Palavras chave:** Subsidiariedade do Direito Penal; *ultima ratio*; Estado Penal; Estado Social.

**ABSTRACT:** This article aims to show that repression, although it is extremely easier and more attractive; is also highly addictive; it can not be the way to be adopted by the state in the election of a committed criminal policy, which should be guided in the articulation of sound public policies, consistent and engaged with the factual social reality which is intended protect; always starting from plural appropriate solutions for each situation of need identified in this case, so that the Brazilian penal system is best operated and not stay so close to collapse, as it is.

**Keywords:** Subsidiarity of Criminal Law; *ultima ratio*; Criminal State; Social State.

## **Biografia da autora:**

Mestranda em Ciência  
Jurídica pela  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná  
(UENP). Advogada.  
Pesquisadora  
integrante dos grupos  
de pesquisa  
“Democracia e  
Direitos  
Fundamentais”;  
“Políticas Públicas e  
Efetivação dos Direitos  
Sociais” e “Os reflexos  
das opções do poder  
público na vida das  
pessoas”. Bolsista da  
CAPES – e-mail:  
vanessa\_vrf@hotmail.  
com

## INTRODUÇÃO

Diante de uma sociedade que vê no sistema penal uma importantíssima forma de controle social – atribuindo-lhe, em alguns momentos, até mesmo maior relevância do que deveria possuir – essencial demonstra-se a importância da tomada de decisões políticas racionais que busquem direcionar de forma adequada o modo de atuação das mais diversas formas de composição dos conflitos sociais.

Tais decisões quando eleitas de forma engajada com a realidade social, passam a fazer parte de uma política criminal consistente e eficaz no tratamento da problemática social, que, conseqüentemente, acaba por melhor operacionalizar todo o sistema penal brasileiro – da atividade legislativa à imposição e execução da pena.

Para isso, a pesquisa desenvolveu-se passando, primeiramente, pela análise da forma adequada para a eleição de política criminal sólida e consistente, bem como pela visualização do modelo de atuação do sistema penal brasileiro, que ainda possui bases altamente repressivas.

Em ato contínuo, em um segundo momento, o foco direcionou-se para a implementação das finalidades sociais do Estado como um fator inibidor da prática de determinadas infrações penais, buscando, com isso, melhor operacionalizar o sistema penal brasileiro em toda a sua extensão – da elaboração das normas, até a imposição e execução da pena – o que, conseqüentemente, acaba por racionalizar a órbita de atuação de todos os agentes envolvidos na persecução penal como um todo.

Para que a eleição de uma política criminal ocorra de forma eficaz no tratamento das demandas sociais existentes em nossa sociedade, demonstra-se essencial uma análise engajada com a realidade social fática, partindo inicialmente de políticas públicas fortes e consistentes, que busquem efetivar um sistema penal coerente, garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade; e, para que consigamos atingir de forma eficaz toda a sistemática penal, imprescindível à eleição de políticas públicas que antecedam a prática da infração penal, garantindo condições existenciais mínimas de uma vida digna a todos.

Dessa forma, por meio de análises engajadas com a realidade social vigente, buscou-se – através da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo-indutivo –, a apreciação de que o objetivo último de uma eficaz política de prevenção ao delito inicia-se pela implementação de direitos sociais básicos do cidadão, tais como saúde, educação de qualidade, trabalho, moradia digna, dentre outros; sem os quais, quaisquer outras medidas de política criminal eleitas pelo Estado como forma de contenção dos conflitos sociais – tais como o exacerbado aumento de tipificações penais –, seriam apenas paliativas, sem encarar de fato a problemática a ser enfrentada.

### 1. POLÍTICA CRIMINAL E O MODO DE ATUAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Atualmente é bastante evidente a marca de intervenção do sistema penal em nossa sociedade atual; de forma que podemos facilmente verificar a presença de reclamos sociais por maior segurança que acabam sendo depositados pelo Estado na conta do direito penal.

Nessa sistemática de atuação, tentando atender a essa demanda, o Estado, lamentavelmente, acaba elegendo fórmulas drásticas e repressivas para camuflar o problema sem de fato encará-lo, utilizando-se erroneamente do direito penal para tal fim; quando a este deveria ser resguardado tão somente a proteção contra ataques de bens jurídicos, que não pudessem, de forma alguma, ser protegido por nenhum outro ramo do direito.

Alerta Marco Aurélio Florêncio Filho que “O problema é que o Estado tenta solucionar através de uma política penal, e não de uma política criminal, o problema da criminalidade.” (2007, p. 168), deixando de levar em consideração a utilização de outras medidas não penais, que deveriam ser anteriormente utilizadas para solucionar os conflitos sociais.

A política criminal consagrou-se como uma ciência que cria medidas de combate à violência, tanto pela prevenção, quanto pela repressão e que através de decisões políticas desenvolve meios e técnicas para diminuir e controlar os “desvios” da sociedade, tendo, também e essencialmente, o papel de analisar a realidade social, os delitos e os desvios sociais para propor medidas eficazes em seu tratamento

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, sobre política criminal dizem que:

A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos. (2004, p.129).

Dessa forma, a política criminal tem o papel de eleger bens a serem, jurídico e penalmente tutelados, traçando diretrizes e caminhos para efetivar tais tutelas; o que implica em crítica aos valores e caminhos ‘socialmente’ eleitos pelas decisões políticas já tomadas anteriormente. Como bem explicita Zaffaroni e Pierangeli, podemos afirmar assim que a política criminal cumpre a função de guia e de crítica, uma vez que guia as decisões tomadas pelo poder político e proporcionam os argumentos para criticar essas mesmas decisões políticas tomadas.

Relatam assim, que trata-se de mais um capítulo da política geral, de forma que “Política Criminal seria a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004, p.129).

Destarte, a política criminal teria o papel de analisar a realidade social, os delitos, e os desvios sociais, para propor ao direito penal, em momentos de reforma

política, alterações que pareçam úteis à prevenção e ao combate da criminalidade, visando à coerência e a paz social.

Cabe então ressaltar, e não se deve jamais perder de vista que a formulação de qualquer norma jurídica, assim como também a legislação penal, surge de uma decisão política. Como consequência, o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal tem sua escolha determinada por fatores políticos, de forma que, suas concepções se alteram conforme isso seja necessário para acompanhar as aspirações sociais.

Recorrendo novamente às lições de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p.129), assevera-se que a política criminal guia as decisões tomadas pelo poder político, bem como proporciona argumentos para criticar essas decisões, cumprindo, portanto, a função de guia e de crítica.

Assim, faz-se necessário um constante reexame crítico das instituições vigentes, com vistas à sua atualização e melhoria dentro dos ditames constitucionais que orientarão a instituição de sistema penal brasileiro mais humanitário e menos intervencionista, o que deve se dar conforme evoluam as aspirações sociais de sua sociedade civil.

Diante de uma sociedade que vê no sistema penal uma importantíssima forma de controle social – atribuindo-lhe, em alguns momentos, até mesmo maior relevância do que deveria possuir – essencial demonstra-se a importância da tomada de decisões políticas que direcionarão o modo de atuação das mais diversas formas de composição dos conflitos sociais. Tais decisões quando eleitas de forma engajada com a realidade social, podem fazer parte de uma política criminal consistente e eficaz no tratamento da problemática social a que se destina tutelar.

Segundo Valter Foleto Santin (2005, p. 209) “A criminalidade não é estática, fato que pressupõe a necessidade de dinamismo na fixação e alteração da política de segurança pública e no seu plano de ação, para a efetiva prestação de serviço de prevenção e combate das práticas delituosas”; o que demonstra a necessidade da adoção de medidas interdisciplinares no tratamento da problemática a ser enfrentada.

Dessa forma, para que a eleição de uma política criminal ocorra de forma eficaz no tratamento das demandas sociais existentes em nossa sociedade, demonstra-se essencial uma análise engajada com a realidade social fática, partindo inicialmente de políticas públicas fortes e consistentes, que busquem efetivar um sistema penal coerente, garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade; e para que consigamos atingir de forma eficaz toda a sistemática penal, imprescindível faz-se que iniciemos pensando em políticas públicas que antecedam a prática da infração penal, gênese do sistema, garantindo condições existenciais mínimas de uma vida digna a todos.

Assim, demonstra-se de fundamental importância a análise do modo de atuação de nosso vigente sistema penal brasileiro.

Para que possamos compreender o fenômeno social da criminalidade, é essencial que, antes de se recorrer ao sistema penal como forma de controle social,

analisemos primeiramente a suficiência das demais formas de pacificação social, conjuntamente com as estruturas sociais nas quais estão inseridas as interrelações entre seus participantes – que desencadeiam o fenômeno criminal – de forma que, somente assim, poderemos compreender em qual ponto é falho o sistema para que a intervenção ocorra de forma eficaz. Isto exposto, temos que, conforme ensinamentos de Ivan Luiz Silva que:

Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise de estrutura social, na qual estamos inseridos, e das inter-relações entre seus participantes. Só assim poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice-versa. (SILVA, 1998, p. 31),

A inexistência de políticas públicas adequadas para lidar com as mazelas sociais acaba por sobrecarregar o sistema penal em sua atividade policial, Com propriedade observa Nilo Batista (2005, p. 25) que o sistema penal é conduzido pelos aparelhos policial, judicial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais. Entretanto, afirma, em seguida, que seu desempenho real ao pretender firmar-se como ‘sistema garantidor de uma ordem social justa’ contradiz-se com essa aparência quando sobrecarrega seus aparelhos. Isso ocorre quando no desempenho do exercício da atividade de controle social, o sistema penal, pretendendo firmar-se como sistema garantidor de uma ordem social justa acaba por depositar na atividade policial responsabilidade que ela, sozinha, não pode assumir.

Para Eros Roberto Grau:

O Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social (1996, p.22).

Dentro desse conjunto de atuações estatais no campo social deveriam estar inseridos programas de ação nos mais variados setores sociais atuando de forma conjunta e integrada na missão da pacificação social. Entretanto, ao quedar-se omissa o Estado na missão de propiciar direitos básicos ao cidadão no campo social, acaba o Estado por depositar no sistema penal o remedeio dessa inércia.

A atividade policial, nesse diapasão, pode ser encarada, conforme dispõe Carlos Alberto Baptista, (2007, p. 148) como “a ponta do *ice Berg* que movimentará toda a máquina judiciária para a contenção do delito cometido”. Dessa forma, irracionalmente o Estado deixa de analisar toda a problemática envolta na questão

do fenômeno criminal, não pensando em uma preparação para o deslinde da criminalidade, que possui também caráter social.

Desse caráter social que também possui o fenômeno criminal é que decorrem as exigências de que o delito seja amplamente analisado antes da intervenção do sistema penal; uma vez que, deve este ser cercado por todos os lados para maior efetividade das medidas propostas. Reafirma-se novamente a posição subsidiária que deve desempenhar o direito penal em face do controle social. Nesse sentido, é o pensamento de Luiz Flávio Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa da criminalização primária a ser tratada pelas forças policiais, quando estas recaem sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim, não todos os ataques, senão unicamente os mais graves. (2002, p.89)

Dada a afirmação de que a cruel intervenção do sistema penal, desencadeada inicialmente pela atividade policial, só deve se dar quando nos vemos diante de gravíssimos ataques a bens jurídicos, podemos verificar que não se justifica a sobrecarga da atividade policial atualmente verificada, – que acaba consequentemente movimentando toda a estrutura judiciária na contenção do delito – quando podemos observar que os conflitos sociais ocorrem em decorrência da omissão do Estado em outros setores também responsáveis pela pacificação social.

Winfried Hassemer com propriedade, acerca da interrelação que deve ocorrer entre todos os setores responsáveis pela pacificação social, afirma ainda que:

Política de segurança pública não equivale à política policial, mas compreende também à política criminal que por sua vez, compreende não apenas ao ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais; o que mesmo assim é muito pouco.

[...], política pública sem consideração para com a juventude, a mão de obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperança e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz sentido no contexto de uma verdadeira política interna bem definida, sincronizada e coordenada. (HASSEMER, 1994, p. 32)

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina, muito bem observam que “Covem recordar, a propósito, que a intervenção penal possui elevadíssimo custo social. E que sua suposta efetividade está longe de ser exemplar” (MOLINA, GARCIA, 2008, p. 368), trazendo importante argumento no questionamento a respeito da efetividade que se tem dado ao enfrentamento dos conflitos sociais.

O resultado disso, é que acabam por sobrecarregar os entes policiais que desempenham seu papel como podem, diante dos clamores sociais que conclamam

braços fortes na repressão do delito, sendo visível a delegação dessa função à polícia. Exige-se, dessa forma, que as instituições policiais deem conta de controlar toda uma estrutura que deveria ter sido anteriormente respaldada por um alicerce sólido de medidas de políticas públicas encampadas pela atuação do Estado. Estado este que ao quedar-se inerte no momento correto de encampar uma atuação minimizadora de conflitos sociais, transfere oportunamente, em um momento posterior, à atividade policial essa função, depositando mais uma vez no sistema penal uma responsabilidade que ele sozinho não pode assumir.

Diante dessa forma de atuação fragmentária, em que se demonstra evidente a intervenção exagerada do sistema penal, Débora Regina Pastana (2009, p.231), traz pertinente apontamento, condensando todo essa problemática propondo a redução da intervenção do sistema penal a níveis aceitáveis e de forma subsidiária; afirmando que ele somente deve atuar quando falharem os demais mecanismos de intervenção estatal que devem anteceder-lo.

Não se pode admitir a intervenção desse sistema institucional de controle social conduzido por uma atuação eminentemente penal e repressiva já de plano; pois essa sistemática acaba por sobrecarregar os entes policiais na árdua tarefa de gerir a segurança pública, quando podemos, facilmente, visualizar a antecedente omissão do Estado, em garantir condições mínimas para lidar com as disfunções sociais existentes em seu seio.

Nesse sentido temos então que:

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, a marca de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também, como se disse, um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1º), que declara, como seus fundamentos, a “dignidade da pessoa humana”, a “cidadania”, os “valores sociais do trabalho”, e proclama, como seus objetivos fundamentais, “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, que promete “erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais,” “promover o bem de todos, sem de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º), não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é o Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte co-responsável pelas gravíssimas disfunções sociais. (PASTANA, 2009 apud QUEIROZ, 1998, p.31-32).

Logo, Débora Regina Pastana conclui pela existência de um ‘discurso democrático, ainda permeado por práticas autoritárias’, que prefere, comodamente, privilegiar a repressão em detrimento de práticas que, se adotadas, poderiam minimizar posteriores gastos com a segurança pública.

Alertando acerca dessa drástica intervenção do direito penal como forma de controle social que deve ser utilizada apenas minimamente, temos que:

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis. (COPETTI, 200, p. 87)

No mesmo sentido, dispõe também César Roberto Bitencourt afirmando que se outras medidas de cunho não penal forem capazes de reestabelecer a ordem violada, devem ser elas prioritariamente utilizadas em detrimento da adoção de medidas de cunho penalista. Assim, nas suas palavras, temos que:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada então recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais. (2009, p. 13)

Segundo essa teoria a pena só deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não puder, de forma alguma, ser protegido por nenhum outro ramo do direito; devendo a pena ser utilizada apenas como um recurso de *ultima ratio*. Afirma-se que este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente inspiradas no princípio da humanidade. Assim, continua Bitencourt (2009, p.14) explanando que antes de se recorrer ao direito penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, de forma que somente quando todos os demais meios se demonstrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico é que é que se justificará a utilização desse meio repressivo de controle social, apenas de forma subsidiária.

Deve o Estado, antes de qualquer coisa, sempre considerar as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal; devendo sempre verificar previamente a eficácia da prevenção dos delitos dirigida por outros ramos do ordenamento jurídico, quando estes se demonstrarem fortes o suficiente na proteção de determinado bem. É preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito ao invés da utilização, já de início, da intervenção do direito penal como meio de se atingir controle social almejado.

Destarte, conforme nos é lecionado já nas noções preliminares de Direito, este possui condição de oferecer formas diferenciadas de proteção aos conflitos sociais, podendo esta tutela ser civil, penal, administrativa, dentre outras. Somos instruídos ainda de que deve a tutela penal ser reservada apenas à proteção daquilo



que efetivamente perturba o convívio social de forma tão drástica que as demais formas de controle social não conseguem sozinhas gerir; donde verificamos a célere designação do direito penal com *ultima ratio*.

Com propriedade, Claus Roxin (1997, p.54) afirma que o Direito Penal é tão somente uma dentre as diversas formas de tutela de bens jurídicos, que deve se resguardar apenas à ataques veemente a eles, que nenhum outro ramo do direito consiga tutela. Vejamos:

O direito penal é a última dentre todas as medidas protetoras que se deve considerar, quer dizer, que somente pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema – como a ação civil pública [...], as sanções não penais, etc. – Por isso, se denomina a pena como a *ultima ratio* da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1997, p. 54-55)

Assim, por força do subprincípio da “subsidiariedade do direito penal”, que deve ser utilizado com o significado de *ultima ratio* da política social, a intervenção penal só seria justificável quando outras instâncias formais ou informais de controle social não se apresentem mais como suficientes para a efetivação da tutela ao bem jurídico considerado.

Logo, como muito bem expõe Bismael B. Moraes (2000, p. 89) “a repressão é fácil, viciosa e atraente”, e essa não pode ser o caminho a ser adotado pelo Estado; uma vez que ele próprio, por ação, e principalmente por omissão, pode ser corresponsabilizado por desencadear certas disfunções sociais.

Ao escolher esse caminho, o Estado diante de carências basilares e constitucionalmente consagradas, por ele não supridas, acaba, consequentemente depositando na conta do sistema penal, a função de garantir a segurança, o que se pode ser verificado até mesmo nos clamores populares pelo recrudescimento do sistema, frente aos desvios sociais de uma massa de desamparados pelo Estado.

Dado o exposto, acaba-se depositando na atividade das instituições policiais uma conta muito alta com uma imensidade de débitos anteriores, escondidos em baixo dos panos. A ausência de políticas públicas essenciais na causa do problema acaba fazendo com que se sobrecarregue a posterior atuação das forças policiais que passam a ter que dar conta dos sintomas criminais apresentados em decorrência da ausência de adequada atuação estatal na gênese do problema que já deveria ocorrido.

Qualquer medida proposta deve estar sempre amparada por políticas públicas que a antecedam, pois uma política de segurança só tem efetividade diante de uma verdadeira política social interna bem definida que caminhe no mesmo ritmo das aspirações sociais. Tais medidas devem visar sempre menores intervenções do sistema penal quando se fizerem cabíveis outras medidas de políticas sociais eficientes no tratamento do problema, pois, mais uma vez volta-se a reafirmar que, o direito penal deve ser resguardado como *ultima ratio*, no tratamento dos conflitos

sociais, dada a sua subsidiariedade em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico.

Temos assim que, diante dessa atuação fragmentária exposta, na ausência de segurança pública ofertada pelo Estado (que deposita no sistema penal a responsabilidade de garanti-la sem todo um arcabouço de políticas públicas que o dê sustentação) parte fundamental de atuação do sistema penal, responsável pela imposição e execução da pena também acaba por ser atingida, resultando na realidade caótica evidenciada, no sistema prisional dos dias atuais com graves ofensas aos direitos humanos.

## 2. IMPLEMENTAÇÃO DAS FINALIDADES SOCIAIS DO ESTADO COMO FATOR INIBIDOR DA PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS

Atualmente vivemos em uma sociedade envolta por contradições socioeconômico-políticas, o que acaba acarretando na potencialização de conflitos sociais. Formalmente, vivemos em um Estado Democrático de Direito, que deveria ser marcado pela democracia social, na qual nossa carta magna, conhecida como “Constituição Cidadã”, preconiza, conforme se verifica pela leitura do art. 6º, constante do Capítulo III, correspondente aos Direitos Sociais, do Título II, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais, serem direitos sociais dos cidadãos a saúde, a educação, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a proteção à maternidade e a infância, a previdência social, a assistência aos desamparados, dentre outros direitos fundamentais que deveriam ser inerentes a todo ser humano.

A passagem e transformação de um Estado Social para um Estado Penal demonstrou-se a mola propulsora do processo de inflação legislativa em que atualmente nos encontramos; de forma que o direito penal simbólico transformou-se em uma das ferramentas preferidas dos nossos governantes com o fim de dar uma satisfação a sociedade, em virtude do aumento da criminalidade; conforme afirma Rogério Greco (2009, p.138), em sua teoria a respeito do “Direito Penal do Equilíbrio”

Muitas ainda continuam sendo as dificuldades para a consolidação de uma sociedade democrática, de forma que, se no campo político as alterações foram visíveis com o fim da ditadura militar, nas demais áreas as mudanças foram bem menos significativas.

Dulce Chaves Pandolfi bem observa tal fenômeno afirmando que:

O novo regime não conseguiu reverter a desigualdade econômica acentuada e o fenômeno da exclusão social expandiu-se por todo país. A despeito da implantação de um Estado de Direito, os direitos humanos ainda são violados e as políticas públicas voltadas para o controle social permanecem precárias. Se formalmente pela Constituição de 1988, a cidadania está assegurada a todos, a todos os brasileiros, na prática, ela só funciona para alguns. Sem dúvida, existe aqui um déficit de cidadania, isto

é, uma situação de desequilíbrio entre os princípios da justiça e da solidariedade. (PANDOLFI, 1999, p. 45)

Assim, para o tratamento deste “déficit de cidadania” necessário demonstra-se uma análise engajada de todos os mecanismos de contenção do fenômeno criminal, com a eleição pelo Estado de estratégias dinâmicas que consigam abarcar toda a realidade social de forma eficaz e efetiva, direcionando esforços preventivos às raízes do problema. Nesse contexto, Rogério Grego expõe a carência de direitos e garantias fundamentais como precursora do fenômeno da “criminalidade aparente”, nos seguintes termos:

Uma família na qual seu mantenedor não tem emprego, não possui casa própria ou mesmo um endereço fixo, em que seus membros, quando adoecem são abandonados à própria sorte pelo Estado, os filhos não podem ser educados em escolas dignas, as crianças são desamparadas, usadas como ferramentas no ofício da mendicância; enfim, enquanto houver tantas desigualdades sociais, a tendência será o crescimento da criminalidade aparente, ou seja, aquela criminalidade de que cuida os noticiários, a criminalidade violenta, urbana, que faz que seja derramado sangue quando da suas ações. (GRECO, 2009, p.142)

Hoje em dia, não é difícil perceber que estamos em uma sociedade permeada por contradições socioeconômico-políticas que acaba por potencializar os conflitos sociais. Ao nos depararmos com um novo mundo globalizado hegemônico podemos facilmente perceber sua heterogeneidade, capaz de desenvolver processos socializadores distintos aos diversos seguimentos sociais, amparando alguns com a satisfação dos sedutores bens de mercado e avanços tecnológicos, e privando outros até mesmo do acesso a direitos vitais.

Observando tal conjuntura, verificamos constantemente a valorização pelo Estado dos anseios do mercado em detrimento de demandas da sociedade civil, quando não seguida também de uma atuação imediatista destinada principalmente à camuflar as gritantes mazelas sócias da sociedade brasileira; o que consequentemente acarreta uma reduzida credibilidade dos partidos e instâncias políticas junto a população. Dessa ausência do Estado Social, evidencia-se a tão conhecida e criticada “criminalidade aparente” praticada pelas camadas sociais mais baixas.

O problema dessa criminalidade apontada é de natureza eminentemente social, surgindo, nas palavras de Rogério Greco, da “incapacidade do Estado de fazer diminuir o abismo econômico existente entre as classes sociais permitindo o surgimento de um espírito de revolta que, com sua própria força, tenta, a todo custo, diminuir as desigualdades” (GRECO, 2011, p. 143).

Em estudo minucioso sobre esse tipo de criminalidade, Ivan Luiz da Silva (1998, p. 31-32) afirma que a realidade social do indivíduo interfere diretamente na

criminalidade aparente, o que é evidenciado na ausência de efetividade de direitos fundamentais, cuja implementação é renegada a segundo plano pelo mal planejamento de políticas públicas inexistentes ou ineficazes; declarando o autor ainda, como já exposto anteriormente que:

Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise da estrutura social, na qual estamos inseridos, das inter-relações entre seus participantes só assim, portanto, poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice versa.(SILVA, 1998, p. 31)

Nesse ponto, importante demonstra-se, mais uma vez, o alerta acerca da evidente diferença existente entre a “criminalidade aparente” – devido a ausência das funções sociais do Estado – de que trata esse trabalho, e da “criminalidade oculta” – muito pior quando verificado seus desdobramentos e consequências – que em sentido oposto, possui causas diversas; merecendo, dessa forma, ambas, tratamentos diferenciados.

A criminalidade aparente, como regra, existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública, sendo tais infrações geralmente praticada pelas camadas sociais mais baixas da sociedade em função da precariedade das condições sociais a que estão relegados, devido à insuficiência ou ausência de políticas públicas engajadas à ela direcionada. Já criminalidade oculta, muito mais perversa quando observada a amplitude dos danos que causa a toda a sociedade, colaborando inclusive para o desenvolvimento da criminalidade aparente, é praticada pelos intocáveis das camadas superiores; constituindo a criminalidade organizada, que como expõe Rogério Greco possui mentores intelectuais que:

[...] fazem parte das camadas sociais mais elevadas, que ocupam os noticiários dos jornais na qualidade de membros respeitáveis e admirados da nossa sociedade, que por um erro de cálculo, vez por outra caem suas máscaras em público e todos tomam conhecimento do seu verdadeiro (mau) caráter. (GRECO, 2009, p.143)

Esta forma de criminalidade é extremamente perversa não só pelo crime em si que a constitui, mas também e principalmente por agredir implacavelmente todo o corpo social de forma inmensurável; impossibilitando investimentos em setores essenciais para toda uma melhor dinâmica na solução dos problemas estruturais da sociedade.

Nesse panorama, a partir do momento em que o Estado assume a sua função social, de forma a diminuir o abismo social existente entre as classes sociais, entende-se ser possível, não eliminar, mas reduzir a criminalidade tida como aparente, como anteriormente já aduzido. Assim temos, novamente, que “No marco de um Estado social e democrático de direito, a prevenção do delito suscita

inevitavelmente o problema dos ‘meios’ ou ‘instrumentos’ utilizados, assim como dos ‘custos’ sociais da prevenção.” (MOLINA, GOMES, 1992, p.72). e tais elementos não devem ser visto como pontos desfavoráveis a ponto de desestimular nossos governante no momento da tomada de decisões políticas, mas devem ser encarados e levados em consideração na busca de medidas realmente eficazes no manejo de nossa realidade social e criminológica. Nas palavras de Rogério Greco:

O estabelecimento do Estado Social e o necessário processo de diminuição de figuras típicas, nos termos propostos pelo Direito Penal do Equilíbrio, farão com que diminuam os índices de criminalidade violenta, aparente, bem como permitirão ao Estado ocupar-se daquela considerada a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada. (GRECO, 2009, p.144)

Assim, a efetividade do uso exacerbado da intervenção penal no seio da sociedade, não demonstra ser uma medida eficaz e frutífera no enfrentamento do problema.

A eleição dos fatores a serem articulados para o tratamento do fenômeno criminal deve ser feita de forma responsável e engajada com a realidade social.

Decisões políticas responsáveis e bem sucedidas, capazes de implementar políticas públicas fortes e eficazes são essenciais para a tão almejada concretização do Estado Democrático de Direito tão almejado por todos os brasileiros.

## CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Por todo o exposto, se abstrai que necessário faz-se uma solução conjunta de medidas eficazes em todos os âmbitos, devendo o sistema buscar operar como uma máquina que precisa de todas as suas engrenagens para funcionar com precisão. Deve o Estado, dessa forma, focar na adoção de políticas públicas com investimento nos mais diversos setores almejando a desconstrução de fenômenos multicausais geradores de conflitos sociais que ensejam o desencadeamento do fenômeno criminal, partindo-se sempre de soluções plurais adequadas a cada situação de carência identificada no caso concreto, para que o sistema penal brasileiro não permaneça tão próximo ao colapso, tal qual se encontra.

A repressão é fácil, viciosa e atraente”, e essa não pode ser o caminho a ser adotado pelo Estado; uma vez que ele próprio, por ação, e principalmente por omissão, pode ser corresponsabilizado por desencadear certas disfunções sociais. Ao escolher esse caminho, o Estado diante de carências basilares e constitucionalmente consagradas, por ele não supridas, acaba, conseqüentemente depositando na conta do sistema penal, a função de garantir a segurança, o que pode ser verificado até mesmo nos clamores populares pelo recrudescimento do sistema, frente aos desvios sociais de uma massa de desamparados pelo Estado.

O sopesamento das medidas de política criminal propostas deve ser sempre minuciosamente analisadas pelo Estado a fim de que se leve em conta, sempre e a todo o momento, a efetividade da decisão política a ser tomada no enfrentamento do fenômeno criminal; demonstrando-se de fundamental relevância sempre nos atentarmos à prevenção do delito como importante ferramenta de enfrentamento da problemática a ser enfrentada. Não se demonstra aceitável a omissão do Estado na garantia de direitos básicos do cidadão, constitucionalmente consagrado; devendo-se exigir uma postura mais engajada do Estado com a realidade social, capaz de operacionalizar o sistema na busca de maior efetividade às medidas propostas.

Assim, afirma-se que não há como falar sobre combate a criminalidade e em um sistema penal com maior efetividade sem se falar, principalmente, sobre prevenção. Ela demonstra ser a melhor forma de se combater a criminalidade, e, diminuindo-a, alcança-se o crime em suas causas e raízes.

A prevenção do delito implica em esforços solidários, contribuições e prestações positivas que busquem neutralizar situações de carência, conflitos, desequilíbrios e necessidades básicas do cidadão. É através da omissão do Estado na garantia de direitos e na criação de políticas públicas efetivas, que as expressões da criminalidade na questão social se tornam mais aparentes; e, é exatamente através desse fator de inércia do Poder Público que a questão social se torna cada vez mais complexa, envolvendo uma pluralidade de situações e expressando-se, conseqüentemente, das mais diversas formas.

De uma forma simples, conforme exposto no decorrer de todo o trabalho, temos que a política criminal é mais abrangente que a mera política penal, uma vez que ela contempla outros meios para o enfrentamento do problema da criminalidade, como por exemplo, a adoção de políticas públicas em um âmbito macrossocial na busca da efetivação de direitos sociais básicos que deveriam ser inerentes a todo cidadão – diferentemente da política penal – que tenta resolver o problema da criminalidade simplesmente através da utilização da pena.

Dessa forma, evidencia-se ser de fundamental importância que o Estado busque solucionar o problema da criminalidade através de uma política criminal preventiva sólida, consistente e engajada com a realidade social vigente, direcionando investimentos aos mais diversos setores, formais ou informais de controle social; e não simplesmente por meio de uma política penal, que se utiliza de recursos eminentemente repressivos, como o aumento da quantidade de pena e de crimes; a serem implementados somente após a manifestação do problema.

Na assunção de sua responsabilidade diante da apreciação da complexidade do fenômeno criminal, deve o Estado prezar sempre pela implementação de políticas públicas fortes e engajadas com a realidade social que visa tutelar, buscando tratar a problemática do fenômeno criminal diretamente em suas raízes.

## REFERÊNCIAS

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. Direitos humanos: coisa de polícia. CAPEC – Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania, Passo Fundo: Pater, 2010.

BAPTISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da Criminalidade e Atuação Estatal*. Curitiba: Juruá, 2007

BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência, 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: 25 jun. 2013.

FLORÊNCIO FILHO, Marco A. Abolicionismo X Direito Penal Mínimo: A doutrina garantista como opção para a (RE) Legitimação do Sistema Penal. Revista Ideia Nova. Ano 5, n. 3. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Princípios de Criminologia. Valencia: Tirandillo, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas a privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. Revista de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, n.3, p. 20-34, dez. 1994.

COSTA, Yasmin Madeira da, Maria Rodrigues. O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio Criminologia. 2°. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos - uma introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 6°. ed. reform., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Bismael B. (Cord.). Segurança Pública e direitos individuais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PANDOLFI, Dulce Chaves. Cidadania, Justiça e Violência – Percepção dos Direitos e Participação Social. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PASTANA, Débora Regina Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: ed. UNESP, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, da

Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. v. 5, Jacarezinho, p. 208-216, 2005.

SILVA, Ivan Luiz. Crime organizado: aspectos jurídicos e sociológicos. Belo Horizonte: Ciências Jurídicas, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. Criminologia e política criminal. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. vol, 1. 5. Ed. rev e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



Como citar esse artigo:

RODRIGUES, Renê  
Chiquetti; MELLO  
NETO, Benedicto de  
Souza. "Mar Adentro"  
e o problema da  
morte digna: uma  
abordagem dworkiana  
da terminalidade da  
vida. in BERNARDI, R.;  
SALIBA; M. G.;  
BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate.** Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia dos autores:**

*Renê Chiquetti*  
**RODRIGUES**  
Mestrando em Direito  
das Relações Sociais  
(UFPR). E-mail:  
rene.rodrigues@outlo  
ok.com

Benedicto de Souza  
**MELLO NETO**  
Doutorando em  
Função Social do  
Direito (FADISP).  
Advogado criminalista.  
E-mail:  
bsmelloneto@hotmail  
.com

# **"MAR ADENTRO" E O PROBLEMA DA MORTE DIGNA: UMA ABORDAGEM DWORKIANA DA TERMINALIDADE DA VIDA**

*Renê Chiquetti Rodrigues  
Benedicto de Souza Mello Neto*

## **RESUMO:**

O problema investigado é formulado do seguinte modo: deveria a eutanásia ser juridicamente condenável, mesmo quando o indivíduo deseja a morte, por violar o valor intrínseco da vida humana? Para tanto, a partir de uma imbricação discursiva entre Direito e Cinema, procura-se refletir sobre os problemas jusfilosóficos que envolvem um direito à morte digna a partir do filme *Mar Adentro*, analisando o caso de Ramón Sampedro sob a perspectiva do ensaio "Morrer e Viver" do filósofo do direito Ronald Dworkin. Ao final, sustenta-se que a convicção de que a vida humana é sagrada fornece um argumento em favor da eutanásia.

**Palavras-chave:** morte; vida; dignidade; direito; filosofia.

**ABSTRACT:** The problem investigated is formulated as follows: should euthanasia be legally condemned, even when the individual wants to die, for violating the intrinsic value of human life? Therefore, from a discursive overlap between Law and Cinema, seeks to reflect on the jus philosophical problems on a right to a dignified death from the film *The Sea Inside*, analyzing the case of Ramón Sampedro from the perspective of the essay "Dying and Living" of the philosopher of law Ronald Dworkin. At the end, it is argued that the conviction that human life is sacred provides an argument in favor of euthanasia.

**Keywords:** death; life; dignity; law; philosophy.

## INTRODUÇÃO(1)

“De Deus e da morte não se tem  
contado senão histórias, e esta é  
mais uma delas.”

José Saramago, *Nas intermitências  
da Morte*

É possível e razoável defender-se a eutanásia como conteúdo imanente de um direito à morte digna? O objetivo do presente estudo é investigar quais são as implicações filosóficas (políticas e morais) que estão envolvidas quando abordamos a questão da terminalidade da vida humana na contemporaneidade. O problema em questão pode ser formulado do seguinte modo: deveria ser a eutanásia (suicídio assistido) juridicamente condenável mesmo quando o indivíduo deseja a morte, e mesmo quando esta se acha entre os seus interesses fundamentais, por violar o valor intrínseco da vida humana? Para tanto, realizamos uma imbricação discursiva entre Direito e Cinema. De modo mais específico, procura-se refletir sobre os problemas jusfilosóficos que permeiam o debate bioético em torno de um direito à morte digna a partir do filme *Mar Adentro*, analisando-se o caso de Ramón Sampedro sob a perspectiva do ensaio “Morrer e Viver” do filósofo do direito norte-americano Ronald Dworkin.

O presente estudo se divide em duas seções principais e uma conclusão. Primeiramente, nos dedicaremos a expor sinteticamente as informações essenciais do filme *Mar Adentro*, que conta o drama real do tetraplégico espanhol Ramón Sampedro e sua luta judicial para conseguir o reconhecimento de um pretensão direito a morrer dignamente – o que implicaria na concessão jurídica de uma autorização judicial para a eutanásia (suicídio assistido). No segundo tópico, reconstruiremos analiticamente a argumentação de Ronald Dworkin sobre as implicações filosóficas e jurídicas que permeiam o reconhecimento de um direito à morte digna, aplicando-se, ao final, os conceitos desenvolvidos pelo jusfilósofo ao caso de Ramón Sampedro.

### 1. A TERMINALIDADE DA VIDA E O FILME “MAR ADENTRO”

“A morte é que dá significação a  
nossa vida, pois se os meus  
minutos são contados e eu não  
lhes sei a conta, há que justificar  
qualquer uso deles”.

A.L. Machado Neto

Dirigido por Alejandro Amenábar, o filme *Mar Adentro* (2004; 2h05min)(2) relata o caso verídico de Ramón Sampedro, ocorrido na Galícia, Espanha. A obra cinematográfica aborda um tópico delicado e polêmico da bioética: a questão da eutanásia, do morrer sem sofrimentos por opção. Trata-se de uma “obra de arte provocativa, que pela dramaticidade incomoda e faz pensar” (PESSINI, 2005, p. 52). O título do filme evoca o poema de amor *Los Ensueños* (“Os Sonhos”), escrito pelo próprio Sampedro e publicado em seu livro *Cartas desde el Infierno*(3). Ramón Sampedro é um jovem marinheiro espanhol que aos 25 anos de idade, após um trágico mergulho no mar da costa da Galícia, fica tetraplégico. Nas palavras de Pessini (2005, p. 52), ao “pular na água projetando-se de um rochedo, no momento em que a maré havia baixado, comprometeu irreversivelmente a coluna vertebral devido ao choque da cabeça contra a areia”. Desde então, Ramón deseja intransigentemente colocar um fim à sua existência esperando a ajuda de alguém que o auxilie a suicidar-se.

O filme começa com um exercício de meditação, em que Ramón Sampedro se imagina na praia, respirando fundo para se tranquilizar. Após ser interrompido por um trovão, Ramón acorda e se encontra em sua cama – 26 anos após o acidente. Julia, uma advogada interessada no caso de Ramón, acaba de chegar na Galícia junto a Marc, outro advogado de seu escritório. Ambos encontram-se com Gené, uma amiga de Ramón que integra a associação DMD (*Derecho a Morir Dignamente*) para viajarem de carro até La Coruña a fim de visitar Sampedro. Apesar de estar confinado à sua cama, Ramón Sampedro é uma pessoa muito inteligente e gozadora. Está sempre sorrindo, pronto para desfiar um pouco de seu sarcástico e ácido senso de humor.

Quando se encontram, Julia pergunta a Ramón por que este deseja morrer. Ramón tranquilamente responde:

Bem, quero morrer porque a vida para mim neste estado, não é digna. Percebo que outros tetraplégicos poderão sentir-se ofendidos quando digo que a vida assim não é digna. Mas eu não julgo ninguém. Quem sou eu para julgar aqueles que querem viver? É por isso que peço para não ser julgada nem a pessoa que me ajudar a morrer. [...] Por que ficam escandalizados quando digo que quero morrer? Como se fosse algo contagioso? (AMENÁBAR, 2004).

Após o acidente no mar, Ramón foi morar na humilde casa de seu irmão mais velho José, localizada bem próxima ao rochedo de onde Ramón se acidentou. José é casado com Manuela (que cuida das necessidades de Ramón) e pai do jovem Javi (de aproximadamente 17 anos). Todos sobrevivem da granja que a família possui. A advogada Julia sofre de uma doença degenerativa (Casadil) e por isso deseja ajudar Ramón a concretizar seu desejo de ter reconhecido judicialmente o seu direito de

morrer dignamente. Durante o filme conhecemos Rosa, uma jovem mãe que vive na cidade de Boiro, separada, que se torna muito amiga de Ramón e acaba apaixonando-se por ele com o desenrolar dos eventos. Apesar de apaixonada, Rosa não concorda com o desejo de morrer dignamente de Sampedro e constantemente tenta convencê-lo a desistir da ideia de colocar um fim à sua vida, pois acredita que dessa maneira ele apenas estaria fugindo de seus problemas.

Auxiliado por Julia, Marc e Gené, Ramón Sampedro é convencido a ingressar com um pedido judicial para que lhe seja permitido morrer com dignidade sem que ele ou os que porventura venham a auxiliá-lo viessem a incorrer em algum ilícito penal. Sampedro acredita que “viver é um direito, não uma obrigação” (SAMPEDRO, 1998)(4). Sua posição é firmemente defendida quando o padre Francisco, também tetraplégico, visita Ramón em sua casa e tenta convencê-lo da sacralidade e indisponibilidade da vida humana. Apesar de brigar judicialmente levando o caso até os tribunais superiores da Espanha a fim de ver sua pretensão reconhecida, seus pedidos foram constantemente negados. Diante da afirmação da impossibilidade jurídica do seu pedido, Ramón decide colocar um termo à sua vida por conta própria, sem o reconhecimento oficial do ordenamento jurídico espanhol. Para isso, conta com a ajuda de sua amiga Rosa [Ramona Maneiro, na vida real], que passa a compreender e aceitar as razões de Ramón. Por fim, Sampedro consegue alcançar seu intento em 12 de janeiro de 1998, suicidando-se por envenenamento ao tomar um copo com cianeto de potássio, praticamente 29 anos (28 anos, 4 meses e alguns dias) após o acidente que o deixara debilitado.

Após a morte de Ramón, Gené visita Julia, que teve seu estado de saúde deteriorado a ponto de ter grandes dificuldades em compreender e se comunicar com outras pessoas. Gené diz que Ramón havia deixado uma carta antes de sua morte, mas Julia não consegue mais se lembrar quem era Ramón Sampedro.

Para Amenábar, o filme *Mar Adentro* “*es una visión de la muerte desde la vida, desde lo cotidiano, lo natural, desde un lado muy luminoso*” (ENTREVISTA, sem data). De fato, a primorosa obra ressalta a atualidade das reflexões de Norbert Elias, que aponta que a temática da morte está longe de ser um assunto de fácil abordagem e manejo, sobretudo nos dias atuais (ELIAS, 2001).

## 2. A EXISTÊNCIA DE UM “DIREITO À MORTE DIGNA” NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

“[...] desejamos, sempre que houver a possibilidade de optar, que todos morram de uma maneira que nos pareça demonstrar auto-respeito, uma

vez que esse sino também dobrará para nós”.

Ronald Dworkin

O presente tópico pretende refletir sobre o caso de Ramón Sampredo a partir de um ponto de vista jusfilosófico. Para isso, nos valem do ensaio “Morrer e Viver” do filósofo do direito norte-americano Ronald Dworkin – o sétimo estudo constante da obra *Domínio da Vida*. Reconstituiremos neste tópico, de forma sintética, a densa argumentação desenvolvida pelo autor no mencionado texto com a finalidade de compreender sua tese sobre a terminalidade da vida e a necessidade de se realizar um debate público sobre a possível existência de um direito constitucional à morte digna, ou seja, de enfrentar abertamente os temas da eutanásia e do suicídio assistido.

O texto de Dworkin se inicia com uma descrição dos tipos de situação que envolvem a terminalidade da vida e pedidos de interrupção da vida (eutanásia em sentido amplo), referenciando os casos de Lillian Boyles, Patrícia Diane Trumbull, Janet Adkins e Nancy Cruzan. O problema bioético que envolve a terminalidade da vida surge (ou ao menos se agrava) quando os médicos passam a dispor de um aparato tecnológico capaz de manter vivas pessoas que estão à beira da morte ou então pessoas que se encontram terrivelmente incapacitadas – “entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da inconsciência de tão sedadas ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais” (DWORKIN, 2009. p. 252).

Diante da possibilidade real de experienciarmos tais situações extremas no futuro, cada vez mais nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência sobre assuntos médicos: como desejamos ser tratados em casos de inconsciência ou de incapacidade? Tal tipo de decisão poderia ser explicitada por meio dos denominados “testamentos de vida”(5) ou “procurações para tomada de decisões em questões médicas”(6) . Em que pese tais questões envolverem decisões de cunho individual, da esfera privada, a terminalidade da vida possui um dimensão pública, de cunho político, na medida em que a “comunidade deve decidir até que ponto vai permitir que seus membros optem pela morte” (DWORKIN, 2009, p. 253).

Ocorre que, como destaca Dworkin, na maioria dos países europeus, “o direito atual não contempla disposições legislativas que viabilizem legalmente os testamentos de vida ou as procurações para a tomada de decisões em questões médicas” e, ao menos formalmente, “nenhum país ocidental permite que um médico (ou qualquer outra pessoa) mate os pacientes, nem mesmo quando por solicitação destes” (DWORKIN, 2009, p. 254)(7). Diante de tal contexto, tanto os juristas como juízes têm decisões a tomar. As pessoas possuem o direito constitucional de morrer dignamente? O jusfilósofo delimita tal indagação ao contexto estadunidense: os norte-americanos têm o direito constitucional de morrer? Em que pese fazer

referência a vários exemplos e casos distintos, a resposta de Dworkin é construída a partir do caso Nancy Cruzan, em que “o Supremo Tribunal dos Estados Unidos pareceu reconhecer, ao menos em princípio, que os estados devem honrar os testamentos de vida” (DWORKIN, 2009, p. 255). O caso em questão será analisado e melhor compreendido mais a frente.

Por ora, o problema colocado pelo caso Cruzan pode ser apresentado sinteticamente do seguinte modo: “as pessoas podem exigir, mediante o disposto em seus testamentos de vida, que não querem ser mantidas vivas artificialmente. Mas não podem exigir, como o determina o direito atual, que alguém as mate” (DWORKIN, 2009, p. 255). Tal situação paradoxal nos coloca diante de algumas questões: como traçar a linha divisória entre não ser mantido vivo e ser morto? Um Estado poderia legitimamente proibir os médicos de darem aos seus pacientes doses de morfina que talvez os matem, mas que aliviem suas dores? De tal modo, ainda que as questões envolvendo a terminalidade da vida sejam inegavelmente de cunho pessoal, acabam possuindo também outras facetas de cunho médico, sociológico, político e jurídico. A faceta que Dworkin deseja analisar no ensaio, porém, é a filosófica – em específico, as implicações morais e políticas da eutanásia.

Independentemente da questão acerca de quem deveria tomar as decisões que envolvem a vida e a morte de um indivíduo, é importante pensar em uma questão filosófica ainda mais fundamental: “qual é a decisão *certa* a se tomar, seja quem for que venha a tomá-la?” (DWORKIN, 2009, p. 256). Esta é a questão que norteia o ensaio de Dworkin. O autor ressalta que, por vezes, “se pensa que essa questão crucial pertence à esfera exclusiva da religião”. Porém, “a pergunta também deve ser feita por pessoas que não são religiosas, ou por aquelas cuja religião não dá nenhuma resposta que consideram apropriada ao mundo contemporâneo” (DWORKIN, 2009, p. 256). Do ponto de vista político, Dworkin afirma que não podemos refletir inteligentemente sobre as questões jurídicas e políticas a menos que tenhamos uma compreensão mais compartilhada, não necessariamente sobre o significado da morte, mas sobre o tipo de pergunta que estamos fazendo. Esse aspecto político-jurídico envolve questões sobre quem deve fazer quais escolhas, o que as Constituições devem permitir e o que as nações e os Estados devem fazer. Nesse sentido, no que diz respeito à morte, porém, o autor enfatiza “a urgência com que precisamos de uma discussão pública mais sincera” (DWORKIN, 2009, p. 257).

Tentando sistematizar as complexas situações que envolvem os casos de terminalidade da vida, o jusfilósofo aponta a existência de três situações principais: i) primeiramente, uma condição em que o sujeito se encontra *consciente e competente*; ii) em segundo lugar, uma situação em que o indivíduo está completamente *inconsciente*; iii) por fim, um Estado em que a pessoa se encontra *consciente, mas incompetente*. Tendo em vista que o nosso objetivo no presente estudo é compreender o caso Ramón Sampedro à luz do pensamento dworkiano, abordaremos apenas a situação em que o sujeito que deseja morrer se encontra *consciente e competente*. Apesar das situações do tipo II (inconsciente) e III

(consciente, mas incompetente) suscitarem problemas bioéticos mais profundos, a situação do tipo I (consciente e competente) nos permite adentrar mais especificamente nas principais questões de mérito em torno da eutanásia.

A questão que permeia as situações do tipo I é que muitas pessoas que se encontram gravemente doentes ou incapacitadas, apesar de plenamente conscientes, são incapazes de praticarem o suicídio sem ajuda. Dworkin (2009, p. 258) explica que segundo o direito norte-americano, “a não ser em situações excepcionais, as pessoas em pleno controle de suas faculdades mentais podem recusar um tratamento médico mesmo que tal recusa implique a sua morte”(8). Entretanto, o autor ressalta que uma vez ligadas a aparelhos que ajudam a mantê-las vivas, tais indivíduos não possuem o direito legal de pedir que esses aparelhos sejam desligados, “pois tal procedimento implica a assistência de outras pessoas à sua morte, e o direito da maioria dos Estados e dos países ocidentais proíbe o suicídio assistido” (DWORKIN, 2009, p. 258). Ressalta, todavia, a existência de uma importante decisão tomada pelo Canadá em 1992, em que “o juiz Dufour, de Quebec, determinou que as pessoas têm o direito de exigir a retirada do suporte vital mesmo quando não estão morrendo, mas acham que suas vidas serão intoleráveis do modo como terão de vivê-las” (DWORKIN, 2009, p. 259).

Assim sendo, o problema que tal situação nos apresenta é que, com a exceção prática da Holanda, as leis de todos os países ocidentais ainda proibem que médicos, ou outros, matem diretamente pessoas que lhes peçam para fazê-lo, injetando-lhes um veneno letal, por exemplo(9). De tal modo, o direito produz um resultado aparentemente irracional e paradoxal: “por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial”; por outro lado, “não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes” (DWORKIN, 2009, p. 259). Ronald Dworkin ainda analisa em seguida os casos de Nigel Cox, médico de Lillian Boyes, e Timothy Quill, médico de Patrícia Trumbull.

Após analisar as principais situações ou Estados que envolvem a terminalidade da vida (*consciência, inconsciência e consciência, mas incompetência*), Dworkin afirma que as decisões sobre a morte têm implicações para três questões morais e políticas específicas, que muitas vezes são confundidas: a) *autonomia* da pessoa; b) *interesses fundamentais* do indivíduo; e c) *santidade da vida*.

Segundo o jusfilósofo, em que pese o respeito à autonomia do paciente ser um argumento geralmente utilizado a favor da interrupção da vida, “alguns adversários da eutanásia também invocam a autonomia: preocupam-se com a possibilidade de que, se a eutanásia for legalizada, pessoas que na verdade preferem continuar vivas poderiam ser mortas” (DWORKIN, 2009, p. 268). Nesse sentido, Dworkin afirma que podemos “respeitar a autonomia de alguém que se tornou inconsciente apenas se nos perguntarmos qual teria sido a decisão de tal pessoa em condições apropriadas, antes de tornar-se incompetente” (DWORKIN, 2009, p. 269).

Obviamente, não seria possível invocar o argumento da *autonomia* em contrariedade à eutanásia quando o paciente se encontra consciente e competente (situação do tipo I), como era o caso de Ramón Sampedro.

Dworkin sustenta que, mesmo em casos em que o paciente se encontre inconsciente e não tenha assinado um testamento de vida determinando conscientemente o que deveria ser feito em tais circunstâncias ou não tenha expressado seus desejos de modo menos formal, mas ainda assim eloquente (repetindo-os muitas vezes a seus parentes, por exemplo), seria possível tomar uma decisão mais ou menos segura quanto ao seu desejo consciente de morrer ou continuar vivo. A decisão nesses casos deve basear-se na percepção do que seria mais coerente com a personalidade do doente.<sup>(10)</sup> Tal posicionamento nos conduz à segunda questão político-moral assinalada pelo autor: os *interesses fundamentais*.

Os *interesses fundamentais* do paciente também são invocados por adversários da eutanásia. Afirmam que, mesmo quando a situação do paciente for tão terrível que se torne insolúvel ou por maior que fosse seu sofrimento, morrer ainda seria contrário aos seus interesses, pois tais pessoas desejariam continuar vivos enquanto conseguissem pensar ou compreender. Assim sendo, “mesmo quando as pessoas decidiram, deliberada e conscientemente, que preferem morrer – quando sabemos ser esse o seu verdadeiro desejo –, ainda assim constitui um mal o fato de terem feito tal opção.” (DWORKIN, 2009, p. 271, 272). Ronald Dworkin (2009, p. 274) nos apresenta, assim, o seguinte questionamento: seria a eutanásia “condenável – mesmo quando o paciente deseja a morte, e mesmo quando esta se acha entre os seus interesses fundamentais – porque invariavelmente viola o valor intrínseco da vida humana?”.

A ambiguidade do recurso ao argumento dos *interesses fundamentais* do paciente é evidente no caso Cruzan, pois, alguns juízes da Suprema Corte (Rehnquist e Scalia, especificamente) sustentaram que o Missouri tinha o direito de adotar regras estritas sobre essa questão da eutanásia – mesmo que essas regras contrariassem a autonomia e os interesses fundamentais dos pacientes – com o objetivo de proteger a vida humana em si. Entretanto, também é “preciso entender a atitude oposta: aquela de que seria melhor deixar morrer as pessoas em estado de inconsciência permanente” por atenderem aos seus interesses fundamentais. Os pais de Cruzan, por exemplo, queriam que ela fosse autorizada a morrer, mas queriam-no em consideração a ela e não a eles próprios. “Não abriram um oneroso processo em nome de seus próprios interesses”, destaca o autor, mas “achavam que para ela seria melhor morrer e, a um segundo exame da questão, é isso que parece tão misterioso” (DWORKIN, 2009, p. 273).

Por fim, a distinção entre o valor intrínseco da vida e seu valor pessoal para o paciente “explica por que tantas pessoas acham que a eutanásia é condenável em todas as circunstâncias” (DWORKIN, 2009, p. 275). Segundo Dworkin (2009, p. 275), tais indivíduos pensam que tudo, menos uma decisão humana, poderia ser a causa ou o agente da interrupção da vida, “porque acreditam que o fato de eliminar



deliberadamente uma vida humana nega seu valor cósmico inerente”. Assim sendo, uma pessoa deveria tolerar o sofrimento – ou receber a assistência devida caso se torne inconsciente – até que a vida chegue a seu fim natural. Nesse sentido, o filósofo inglês John Locke (1632 – 1704) opunha-se ao suicídio por uma razão semelhante: “dizia que a vida humana é propriedade não da pessoa que a vive, que é apenas um ‘locatário’, mas de Deus, o que torna o suicídio uma espécie de roubo ou peculato”. Nessa perspectiva, “a eutanásia e o aborto podem ser vistos como um insulto ao dom da vida que nos foi conferido por Deus”. Como salienta Dworkin, (2009, p. 275) “a convicção de que a vida humana é sagrada talvez ofereça a mais poderosa base emocional para a oposição à eutanásia nas formas e nos contextos distintos que até aqui distinguimos.”

Ao analisar a última das três questões distintas que perpassam o debate acerca da legitimidade de um direito à morte digna (*autonomia, interesses fundamentais e santidade da vida*), Ronald Dworkin enuncia a tese que norteia o seu pensamento e que pretende sustentar nesse ensaio:

Ao longo deste livro, uma de minhas principais afirmações tem sido a de que existe tanto uma interpretação secular quanto uma interpretação religiosa da idéia de que a vida humana é sagrada. Os ateus também podem sentir, instintivamente, que o suicídio e a eutanásia são problemáticos porque a vida humana tem valor intrínseco. Esses dois fatos – que os grupos religiosos se dividem quanto à eutanásia e que a santidade tem uma dimensão secular – sugerem que a convicção de que a vida humana é sagrada pode acabar fornecendo um argumento crucial em favor da eutanásia, e não contra ela. (DWORKIN, 2009, p. 276).

A interação entre as três questões morais, bem como os riscos de confundilas, são muito bem ilustrados pelo voto majoritário do então presidente do Supremo Tribunal, o juiz William Hubbs Rehnquist, na decisão tomada pelo tribunal no caso de Nancy Cruzan. Como bem aponta Dworkin (2009, p. 276), “todos os três objetivos figuram em sua sentença, mas não foram cuidadosamente distinguidos, e a fragilidade de sua argumentação teria sido mais evidente se tal distinção tivesse sido feita”.

Em 11 de janeiro de 1983, Nancy Cruzan, então com 25 anos, teve o córtex cerebral destruído por falta de oxigênio depois de um acidente de automóvel no estado do Missouri, entrando em coma vegetativo permanente. Os pais entraram na justiça do estado do Missouri em junho de 1989 solicitando uma autorização para a retirada dos aparelhos que mantinham Nancy viva, afirmando perante o juiz “que várias vezes, ao longo dos anos, ela havia manifestado o desejo de não ser mantida viva em tais circunstâncias” (DWORKIN, 2009, p. 264). Apesar do juiz ter concordado e autorizado o desligamento das sondas, o advogado designado para representar Cruzan achou que era de sua responsabilidade recorrer da decisão.

Como explica Dworkin:

o Supremo Tribunal do Missouri sustentou que o direito desse estado não permitia o desligamento dos aparelhos de suporte vital enquanto não houvesse uma prova “clara e consistente” de que a paciente havia, de fato, manifestado tal desejo. O tribunal afirmou que, se Nancy Cruzan tivesse assinado um testamento de vida formal, aí estaria a prova necessária, mas que as afirmações informais e aleatórias das quais sua família e seus amigos diziam lembrar-se não valiam como comprovação. (DWORKIN, 2009, p. 264).

Inconformados, os pais de Nancy Cruzan recorreram à Suprema Corte dos Estados Unidos, que julgou que o estado “tinha o direito de insistir na obtenção de provas claras e convincentes – um testamento de vida ou algum outro documento formal – antes de permitir que os hospitais retirassem o suporte vital” (DWORKIN, 2009, p. 265). Ainda que desfavorável, tal decisão é significativa, pois, “pela primeira vez a maioria dos juízes reconheceu que as pessoas competentes têm, de fato, o direito constitucional de exigir que o suporte vital seja desligado se entrarem em estado vegetativo permanente” (DWORKIN, 2009, p. 275). Os juízes Rehnquist e Scalia, todavia, sustentaram um argumento adicional contra a eutanásia: “disseram que o Missouri tinha o direito de adotar regras estritas sobre essa questão, mesmo que essas regras contrariassem a autonomia e os interesses fundamentais dos pacientes, com o objetivo de proteger a vida humana em si” (DWORKIN, 2009, p. 275). Segundo Dworkin, tal argumento é frágil e confunde as três questões morais distinguidas pelo autor.

Ao sustentar que a regra do Missouri havia sido formulada de modo a proteger a *autonomia* das pessoas, o juiz Rehnquist tinha por base, na verdade, um importante pressuposto sobre os *interesses fundamentais* das pessoas que entraram em estado vegetativo permanente. Em que pese admitir que a regra pudesse levar com frequência ao um resultado equivocado de se manter vivo um paciente que preferisse morrer a ficar em estado de inconsciência permanente, a regra impediria um erro mais sério, segundo ele, pois, assegura “que as pessoas que não optaram pela morte possam continuar vivas, ainda que eventualmente tenham feito afirmações em contrário” (DWORKIN, 2009, p. 277). A primeira situação seria reversível enquanto a segunda constituiria uma verdadeira tragédia diante da impossibilidade da incorreção do erro(11). Rehnquist, todavia, confunde questões de *autonomia* com questões de *interesses fundamentais* do paciente, pressupondo não haver dano grave em se manter viva uma pessoa que teria preferido morrer.

Dworkin contesta tal pressuposto afirmando que se admitirmos ser justo permitir que alguém viva muitos anos em estado vegetativo o argumento de Rehnquist não se sustenta. Destaca que ainda que, caso uma prova conclusiva fosse encontrada posteriormente (algo muito improvável), o paciente teria sofrido o dano significativo de ter vivido anos em um estado que desejava desesperadamente evitar. Tal crítica pode ser estendida para confrontar o comum argumento que afirma que

“nunca se deve permitir que os médicos desliguem os sistemas de suporte vital porque existe sempre *alguma* probabilidade, ainda que remota, de uma recuperação milagrosa” (DWORKIN, 2009, p. 278). Outro argumento que incorre no mesmo erro é aquele que sustenta “que os idosos são vulneráveis e podem às vezes se pressionados a optar pela morte” caso a eutanásia seja legalizada, pois, “não reconhece que forçar as pessoas que realmente querem morrer a permanecer vivas é um procedimento danoso para elas” (DWORKIN, 2009, p. 278, 279). O argumento da *encosta* ou *ladeira escorregadia* também padece do mesmo vício, dado que não leva em conta “que a *não*-legalização da eutanásia é, em si, danosa a muitas pessoas”(12).

Entretanto, Rehnquist tinha ainda outro argumento para justificar o rigoroso ônus da prova imposto pelo estado do Missouri, e é este o argumento que mais nos interessa: segundo ele, a “regra do Missouri se justificava ainda que se opusesse aos interesses de Nancy Cruzan, pois esse estado tem o direito de preservar a vida humana”. Tal argumento assevera que um estado poderia “exigir que as pessoas sejam mantidas vivas por respeito ao valor intrínseco ou à santidade da vida” (DWORKIN, 2009, p. 279). O argumento também foi sustentado pelo Juiz Scalia ao afirmar que o estado possui o “poder constitucional de proibir o suicídio em quaisquer circunstâncias [...] porque tem o poder de proteger a vida humana em si.” Tal argumento, em verdade, “justificaria a recusa do Missouri em aceitar qualquer prova de que o paciente tenha expresso, no passado, o desejo de não continuar vivo, mesmo que tal prova fosse um irrepreensível testamento de vida”. Se tal argumento for procedente, um “estado não precisa honrar um testamento de vida quando tiver decidido que permitir que as pessoas morram constitui um insulto à santidade da vida” (DWORKIN, 2009, p. 279, 280).

Ocorre que a sentença proferida no caso Cruzan, ao contrário deste último argumento defendido pelos juízes Rehnquist e Scalia terminou por afirmar que, ainda que o estado tenha o poder de impor severas restrições processuais para seu exercício, existiria sim algum direito constitucional à morte digna. Assim, ainda que de modo confuso, é possível perceber que as três distintas questões morais que perpassam a controvérsia sobre a terminalidade da vida (autonomia, interesses fundamentais do paciente e valor intrínseco da vida) desempenharam um papel importante na decisão desse caso histórico.

O horror central da morte seria o esquecimento, segundo o entendimento de Dworkin. O esquecimento, porém, não seria tudo, pois, a morte não é apenas “o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no ‘morrer com dignidade’ – mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido” (DWORKIN, 2009, p. 280). Todavia, não podemos compreender o que a morte significa para as pessoas enquanto não nos voltamos para uma melhor compreensão da vida.

Quando nos indagamos, por exemplo, o que seria melhor a uma pessoa que se encontra em estado de inconsciência ou incompetência, não estamos julgando

apenas seu futuro e ignorando seu passado. Segundo Dworkin (2009, p. 281), nos preocupamos com o efeito desta última etapa de sua vida (v.g. a morte provocada) “sobre o caráter de tal vida como um todo, do mesmo modo como poderíamos nos preocupar com o efeito da última cena de uma peça teatral, ou com a última estrofe de um poema, sobre a totalidade do trabalho criativo”. Nesse sentido, é absolutamente crucial observar que todos possuímos convicções e crenças, ainda que latentes e inarticuladas, que dizem respeito ao que possa ser considerado uma vida bem-sucedida.

Dworkin procura apreender a diferença entre nossas opiniões e convicções que dizem respeito ao que torna uma vida bem-sucedida e não fracassada por meio de uma distinção entre dois tipos de razões que as pessoas têm para desejar que sua vida tenha uma determinada direção em vez de outra. Assim, estabelece uma distinção entre interesses *experenciais* e interesses *críticos*. Os primeiros são experiências agradáveis – de gosto altamente subjetivo – que não tornam a vida pior ou sem sentido caso não sejam desfrutadas. O segundo tipo, por sua vez, constitui-se em “interesses cuja satisfação torna suas vidas genuinamente melhores, interesses que, se ignorados, constituiriam erros passíveis de piorar essas vidas” (DWORKIN, 2009, p. 284). São os nossos interesses críticos que permitem distinguir uma vida bem-sucedida daquilo que consideramos uma vida fracassada, tal como o arrependimento de Ivan Ilyich ao final de sua vida, por exemplo.

Assim, para o autor, “precisamos de uma explicação *intelectual* dos interesses críticos para que possamos entender melhor essas ideias a partir de seu interior”, pois, temos a “ambição abstrata de levar uma vida *boa* e nos preocupamos, alguns de nós ao longo de toda a vida, com o que vem a ser tal tipo de vida” (DWORKIN, 2009, p. 288, 289). Isto significa que as pessoas consideram importante não apenas que a vida tenha uma variedade de experiências certas, conquistas e relações (*interesses experenciais*), mas também que ela “tenha uma estrutura que expresse uma escolha coerente entre essas experiências – para algumas, que demonstre um compromisso inequívoco e autodefinidor” (DWORKIN, 2009, p. 290). O jusfilósofo aponta que tal estrutura coerente pressupõe convicções pessoais substantivas e a denomina de “ideal de integridade”.

Segundo Dworkin, esse ideal de integridade desempenha dois papéis importantes:

é a marca da convicção e do compromisso e não apenas de uma escolha passada; também reflete investimento, a ideia de que o valor de uma vida se encontra, em parte, *em* sua integridade, de modo que o fato de já se ter estabelecido como um tipo de vida constitui um argumento – ainda que de modo algum concludente – de que deve continuar sendo esse tipo de vida. (DWORKIN, 2009, p. 291).

O objetivo do autor é observar como são difundidas e poderosas essas convicções éticas ou religiosas e como sua influência é onipresente em nossas

diversas crenças morais e políticas, inclusive naquelas que dizem respeito ao aborto e à eutanásia(13). Dworkin explora a complexa ideia dos *interesses críticos* porque, segundo ele, “não podemos pensar na morte como algo de interesse fundamental para alguém a menos que compreendamos essa dimensão dos interesses que as pessoas têm”(14). Desse modo, torna-se importante a seguinte indagação: de que maneira interessa, ao êxito crítico de toda a nossa vida, o modo como morremos?

Tal pergunta é importante por dois motivos: i) primeiramente “porque a morte é o limite extremo de nossa vida, e toda parte de nossa vida, inclusive a derradeira, é importante”; ii) e, em segundo lugar, e “porque a morte é especial, um evento particularmente significativo na narrativa de nossas vidas, como a última cena de uma peça teatral, quando tudo se intensifica sob a luz de refletores especiais” (DWORKIN, 2009, p. 295). Enquanto no primeiro sentido a hora da nossa morte é importante devido ao que nos acontecerá se morrermos mais tarde, no segundo sentido o modo como morremos importa, segundo Dworkin, porque se trata do modo como *morremos*. Segundo o autor, “o primeiro sentido destaca o fato de que as concepções das pessoas a respeito de como viver dão cor a suas convicções sobre quando morrer, e o impacto se torna mais forte quando está em jogo o segundo sentido no qual se pensa que a morte é importante” (DWORKIN, 2009, p. 298).

De fato, quando os pacientes permanecem conscientes, “seu senso de integridade e da coerência de suas vidas afeta crucialmente o que pensam sobre a questão de estar ou não entre seus interesses fundamentais o fato de continuarem vivos.” (DWORKIN, 2009, p. 297) Esse ideal de integridade e coerência é fundamental para se compreender o sentido que a morte tem para um paciente em conexão com seus interesses fundamentais, em especial, tendo em conta que “a maioria das pessoas atribui ao modo de morrer uma importância especial e simbólica: na medida do possível, querem que sua morte expresse e, ao fazê-lo, confirme vigorosamente os valores que acreditam ser os mais importantes para suas vidas” (DWORKIN, 2009, p. 298).

É justamente o fato de que possuímos interesses críticos diferentes e distintas noções do que venha a ser uma *boa vida* que fundamenta a tese dworkiana sobre os aspectos jurídicos e políticos sobre a terminalidade da vida:

O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais – a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos – que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e de autonomia em nome das quais o Estado não deve impor uma concepção geral e única à guisa de lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar as melhores providências possíveis tendo em vista o seu futuro. E, nos casos em que tais providências não foram tomadas, o governo deve permitir, na medida do possível, que as decisões fiquem a cargo de parentes ou outras pessoas

mais próximas, pessoas cuja percepção dos interesses fundamentais dos doentes – formadas ao longo de um estreito conhecimento de tudo que constitui esses interesses – possa ser mais apurada que qualquer outro juízo universal, teórico e abstrato, nascido nos escalões do governo em que predominam os grupos de interesses e suas manobras políticas. (DWORKIN, 2009, p. 301).

Diante do evidente aspecto e implicações políticas que assume a questão da terminalidade da vida, torna-se necessário indagar: “até que ponto a eutanásia, em suas diversas modalidades – suicídio, suicídio assistido, suspensão do tratamento médico ou do suporte vital –, pode ser condenável ainda que *esteja* entre os interesses fundamentais do paciente”? (DWORKIN, 2009, p. 302).

Ronald Dworkin (2009, p. 302) sustenta que, ao lado de uma interpretação religiosa, existe também uma interpretação secular da ideia de santidade da vida. A ideia de que a vida humana é sagrada pode ser compreendida, segundo ele, do seguinte modo: “uma vez iniciada a vida humana, é um desperdício – algo intrinsecamente mau – que se desperdice o investimento feito em tal vida”. Uma perspectiva religiosa dessa ideia pode nos conduzir à interpretação de que “o investimento feito pela natureza em uma vida humana terá sido frustrado sempre que morrer alguém que, tecnicamente, pudesse ser mantido vivo por mais tempo” – fundamentando uma posição absolutamente contrária a todas as formas de eutanásia. Para o autor, essa compreensão da ideia de santidade da vida é que “constitui a base mais poderosa da forte oposição conservadora a todas as formas de eutanásia” por ser um insulto a esse valor. Todavia, a ideia do caráter sagrado ou inviolável da vida humana é mais complexa e aberta a outras interpretações do que sua utilização religiosa nos faz parecer em um primeiro momento.

A tese de Dworkin é a de que mesmo pessoas que aceitam a “primazia do investimento natural na vida (e que, por esse motivo, defendem ideias muito conservadoras sobre o aborto) podem, não obstante, não concordar com o pressuposto de que a eutanásia frustra inevitavelmente a natureza”, ou seja, nega-se “que a morte biológica sempre frustra a natureza” (DWORKIN, 2009, p. 304) ou o valor intrínseco da vida. De modo sucinto, a tese de Dworkin no ensaio “Morrer e Viver” consiste não apenas em negar que a eutanásia sempre insulta a ideia de santidade da vida humana, mas afirmar que, ao contrário, às vezes *sustenta* esse valor.

O autor fundamenta a tese do seguinte modo:

Quem quer que acredite na santidade da vida humana acreditará também que, uma vez iniciada, é intrinsecamente importante que tal vida se desenvolva bem, que o investimento por ela representado venha a concretizar-se e não se frustrar. As convicções de uma pessoa sobre seus próprios interesses críticos são opiniões sobre o que significa o bom desenvolvimento de sua *própria* vida humana, e essas convicções podem,

portanto, ser mais bem compreendidas como uma aplicação especial de seu compromisso geral com a santidade da vida. A pessoa em questão está ansiosa por fazer algo de sua própria vida, em vez de simplesmente desfrutá-la; trata-a como algo sagrado pelo qual *ela* é responsável, algo que *ela* não pode pôr a perder; acredita ser intrinsecamente importante viver bem e fazer isso com integridade. (DWORKIN, 2009, p. 304, 305).

Assim sendo, uma pessoa que opte por alguma das formas de eutanásia, em verdade, acredita estar demonstrando mais respeito pela contribuição humana à santidade de sua vida se tomar providências antecipadas que lhe permitam evitar um estado de coisas que destruture a compreensão de integridade que estrutura sua vida, proporcionada por seus interesses críticos, do que se optasse ou aceitasse o mero prolongamento temporal de sua vida biológica. Para Dworkin (2009, p. 305), “não podemos, sensatamente, argumentar que tal pessoa deve sacrificar seus próprios interesses em respeito à inviolabilidade da vida humana”. Tal argumento implica em uma petição de princípio, dado que “a pessoa acha que morrer é a melhor maneira de respeitar esse valor”.

De tal modo, a temática da terminalidade da vida e do direito à morte digna além de ser um problema de cunho privado, individual e subjetivo, apresenta nitidamente uma faceta pública, um caráter político-constitucional, na medida em que a questão crítica consiste em saber se uma sociedade decente deve optar pela coerção ou pela responsabilidade, ou seja, se esta sociedade tentará impor a todos os seus membros um juízo coletivo sobre assuntos do mais profundo caráter espiritual, ou, ao contrário, se permitirá e pedirá aos seus cidadãos que formulem, por si mesmos, os juízos mais crucialmente definidores de sua personalidade naquilo que diz respeito a suas próprias vidas (DWORKIN, 2009, p. 305).

Dworkin não defende um esquema jurídico detalhado para decidir quando os médicos podem apressar a morte de pacientes, pois, sua preocupação principal consiste em “compreender por que as pessoas sustentam opiniões aparentemente tão misteriosas sobre sua própria morte e em mostrar o que está realmente em jogo no acalorado debate público sobre a eutanásia” (DWORKIN, 2009, p. 305). A discussão, contudo, envolve questões éticas e morais, sendo que parte do debate tem sido seriamente comprometida por dois equívocos: primeiramente, uma confusão quanto à natureza dos interesses que as pessoas têm a propósito de quando e como morrer; e em segundo lugar, um entendimento incorreto de uma ideia de santidade da vida.

Nesse último sentido, Dworkin conclui:

[...] as opiniões se dividem não porque alguns desprezam valores que para outros são fundamentais, mas, ao contrário, porque os valores em questão encontram-se no centro da vida de todos os seres humanos e porque nenhuma pessoa pode tratá-los como triviais a ponto de aceitar que outros lhe imponham seus pontos de vista sobre o significado desses valores.

Levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania. (DWORKIN, 2009, p. 307).

O caso de Ramón Sampredo pode ser analisado por meio das categorias e conceitos propostos por Ronald Dworkin no ensaio “Morrer e Viver”. Sampredo se encontra na primeira das três situações estipuladas por Dworkin: está consciente e é competente. Em face das três questões morais que envolvem a eutanásia, não é possível se valer dos elementos autonomia e interesses fundamentais para contestar a pretensão de Ramón. O único argumento capaz de impedir justificadamente a legitimidade de seu pedido é a ideia de sacralidade da vida interpretada sob uma perspectiva religiosa. Contudo, o próprio Dworkin entende ser possível e necessário uma interpretação secular da noção de santidade da vida humana. Tal dimensão secular acabaria por constituir um argumento crucial em favor da eutanásia, e não contra ela.

A partir das considerações de Dworkin, é possível afirmar que o judiciário espanhol, ao não permitir que a conduta da pessoa que auxiliasse Ramón a suicidar-se fosse considerada atípica (por meio do recurso a uma *interpretação conforme a Constituição* (15), por exemplo), ajudou a consolidar uma concepção estatal tirânica que opta pela coerção penal na proteção de uma interpretação religiosa da ideia de santidade da vida. Tal concepção tirânica de Estado, ao impor a Ramón um juízo coletivo que contraria seus interesses críticos sobre um assunto espiritual, impediu que o mesmo tivesse sua dignidade humana – que se estruturava subjetivamente por meio da noção de “integridade”, possibilitando-o constituir sua concepção pessoal do que venha a ser uma “vida boa” – reconhecida publicamente e negou a legitimidade dos juízos definidores de sua personalidade naquilo que diz respeito a sua própria vida.

Nesse sentido, é importante ressaltar, a partir de Dworkin, que não podemos, ao menos sensatamente, argumentar que Ramón Sampredo deveria sacrificar seus próprios interesses em respeito a uma noção religiosa de inviolabilidade da vida humana. A *resposta correta* para o problema de Ramón, conforme apontado na epígrafe deste tópico, seria propiciar que ele pudesse morrer de uma maneira que parecesse a ele mesmo demonstrar auto-respeito, pois o sino da morte também dobrará para nós.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O próprio viver é morrer, porque não temos um dia a mais na nossa vida que não tenhamos, nisso, um dia a menos nela”.



O Filme *Mar Adentro* (Alejandro Amenábar; 2004; 2h05min) é uma obra de arte provocativa, que incomoda e faz pensar ao retratar o drama vivido por Ramón Sampedro. Ao pular na água projetando-se de um rochedo no momento em que a maré havia baixado, Ramón Sampedro comprometeu irreversivelmente a coluna vertebral devido ao choque da cabeça contra a areia. O acidente deixou o jovem marinho de 25 anos tetraplégico. Desde então, Ramón deseja intransigentemente colocar um termo à sua existência esperando a ajuda de alguém que o auxilie na prática do suicídio. O drama se passa 26 anos após o referido acidente e conta a luta de Ramón para conseguir reconhecer judicialmente um pretense direito à morte digna: a realização prática de um suicídio assistido que não se configure como um ilícito criminal para a pessoa que o ajudar a colocar um fim à sua vida.

Ramón Sampedro não afirma que a vida de um tetraplégico não é digna, mas sim que a sua vida naquele estado não é encarada por ele mesmo como sendo uma existência digna. A posição de Ramón e a mensagem do filme *Mar Adentro* podem ser refletidas a partir do pensamento de Ronald Dworkin. O filósofo do direito norte-americano desenvolve conceitos e categorias para pensar o problema bioético da terminalidade da vida no ensaio “Morte e Vida”, sétimo capítulo da obra *Domínio da Vida* (2009). Nesse sentido, o presente artigo teve por norte a seguinte indagação: é possível e razoável defender-se a eutanásia (suicídio assistido) como conteúdo imanente de um direito à morte digna? De modo mais específico: deveria ser a eutanásia (suicídio assistido) juridicamente condenável mesmo quando o indivíduo deseja a morte, e mesmo quando esta se acha entre os seus interesses fundamentais, por violar o valor intrínseco da vida humana? Nosso objetivo foi investigar quais são as implicações filosóficas (políticas e morais) que estariam envolvidas na abordagem da questão da terminalidade da vida humana na contemporaneidade por meio de uma imbricação discursiva entre Direito e Cinema.

O caso de Ramón Sampedro, narrado no filme *Mar Adentro*, se encontra na primeira das três situações estipuladas por Dworkin: *consciente e competente*. Em face das três questões morais que envolvem a eutanásia (*autonomia, interesses fundamentais e santidade da vida*), não é possível se valer dos elementos autonomia e interesses fundamentais para contestar a pretensão de Ramón. O único argumento capaz de impedir justificadamente a legitimidade do pedido de Sampedro é a ideia de sacralidade da vida, interpretada sob uma perspectiva religiosa. Segundo Dworkin, é possível e necessária uma interpretação secular da noção de santidade da vida humana. Tal dimensão secular acabaria por constituir um argumento crucial em favor da eutanásia, e não contra ela.

A partir das considerações de Dworkin, é possível afirmar que o judiciário espanhol, ao não permitir que a conduta da pessoa que auxiliasse Ramón na prática do suicídio fosse considerada atípica, ajudou a consolidar uma concepção estatal

tirânica que opta pela coerção penal na proteção de uma interpretação religiosa da ideia de santidade da vida. Tal concepção tirânica de Estado, ao impor a Ramón um juízo coletivo que contraria seus interesses críticos sobre um assunto espiritual, impediu que o mesmo tivesse sua dignidade humana – que se estruturava subjetivamente por meio da noção de “integridade”, possibilitando constituir sua concepção pessoal do que venha a ser uma “vida boa” – reconhecida publicamente e negou a legitimidade dos juízos definidores de sua personalidade naquilo que diz respeito a sua própria vida.

A partir de Dworkin, portanto, é possível afirmar que não podemos sensatamente argumentar que Ramón Sampedro deveria sacrificar seus próprios interesses em respeito a uma noção religiosa de inviolabilidade da vida humana – ainda que esta última esteja protegida legalmente. A *resposta correta* para o problema de Ramón seria reconhecer judicialmente um direito à morte digna e propiciar que Sampedro pudesse morrer de uma maneira que parecesse a ele mesmo demonstrar auto-respeito, uma vez que o sino da morte também dobrará para nós. Após a análise do filme *Mar Adentro* sob uma perspectiva dworkiana, acreditamos ser possível afirmar que não apenas é possível como também é razoável (v.g. necessário) defender-se a eutanásia como conteúdo imanente de um direito à morte digna e que um Estado que se pretenda verdadeiramente democrático e de direito deveria reconhecer constitucionalmente (por meio de previsão explícita no texto constitucional ou por meio de interpretação judicial em controle de constitucionalidade) a validade de um direito à morte digna como afirmação (e não negação) moral da santidade da vida e do seu valor intrínseco interpretados sob uma perspectiva laica.

#### NOTAS DE FIM

1. Agradecemos profundamente a David Guarnieri Galvão, Diego Prezzi Santos e Alexandre José Mattos do Amaral Filho pela leitura da primeira versão deste trabalho, bem como pelas valiosas sugestões, correções e críticas oferecidas ao texto.
2. O filme *Mar Adentro* recebeu vários prêmios, dentre eles: o Oscar de Melhor Filme Estrangeiro em 2005; melhor filme estrangeiro o Globo de Ouro 2004 (EUA); Premio Davi di Donatello 2004 (Itália), como melhor filme europeu; Prêmio Goya 2004 (Espanha) como Melhor Filme, Melhor Diretor, Melhor Ator e teve mais de 15 indicações; Grande Prêmio Especial do Júri no Festival de Veneza 2004 (Itália), recebendo ainda o Troféu Cinema Jovem para Melhor Filme Internacional, a Taça Volpi na categoria de melhor Ator e foi indicado ao Leão de Ouro. Cf. <http://migre.me/oLD7J>. Consultado em 21.02.2015.
3. Conferir em português: SAMPEDRO, Ramón. *Cartas do inferno*. Trad. Lea Zylberlicht. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2005.
4. Uma tradução do testamento de Ramón Sampedro encontra-se disponível como anexo em: SILVA, Hélio Antonio Teófilo da. *O Caso Ramón Sampedro: Uma Leitura Bioética*. Dissertação de Mestrado em Bioética. Centro Universitário São Camilo. São Paulo: 2009. Disponível em: <http://migre.me/oLtSK>. Consultado em: 21.02.2015.
5. Na definição de Dworkin: “documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas”. DWORKIN, 2009. p. 252).

6. Segundo o autor: “documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las”. (DWORKIN, 2009. p. 252).
7. Dworkin nos lembra: “Na Holanda, contudo, já há vários anos um consenso informal que inclui promotores públicos e membros do poder judiciário”. (DWORKIN, 2009. p. 254). Atualmente, porém, a Holanda, a Bélgica, a Suíça, a Alemanha e alguns estados dos Estados Unidos (Oregon, Washington e Vermont) permitem juridicamente formas de eutanásia ou de suicídio assistido. Mais recentemente, o Supremo Tribunal do Canadá revogou, por unanimidade, a proibição do suicídio assistido praticado por médicos. Cf. BENITO, Emilio. “Supremo Tribunal do Canadá autoriza o suicídio assistido no país”. In: El Pais. Publicado em: 07.02.2015. Disponível em: <http://migre.me/oLt72>. Consultado em: 21.02.2015.
8. No Brasil, a recusa de tratamentos médicos atualmente não chega a tal ponto. Basta recordar a jurisprudência que está se consolidando em torno da recusa de transfusão de sangue no caso de pacientes testemunhas de Jeová.
9. Como apontamos em nota anterior, alguns países atualmente permitem formas de eutanásia ou suicídio assistido.
10. Em suas palavras: “Podemos avaliar qual decisão seria coerente com sua personalidade sem imaginá-la refletindo sobre essa questão”. (DWORKIN, 2009. p. 271).
11. Em suas palavras, “se uma pessoa continua a viver, mesmo que em estado vegetativo, e mais tarde descobrem-se provas mais conclusivas de que teria preferido morrer, é ainda possível que o faça sem que isso implique uma grande perda. Contudo, se permitimos que uma pessoa morra imediatamente e mais tarde descobrimos que ela teria, de fato, preferido continuar viva, estaremos diante de uma verdadeira tragédia, posto que será impossível corrigir o erro”. (DWORKIN, 2009. p. 277).
12. Dworkin define o argumento da ladeira escorregadia como sendo aquele no “qual a legalização da eutanásia, mesmo que em casos cuidadosamente limitados, aumenta a probabilidade de que venha a ser legalizada mais tarde em casos mais duvidosos, e que o processo possa terminar na eugenia nazista”. Para o autor: “Existem riscos tanto na legalização quanto na recusa a legalizar; é preciso atentar para o equilíbrio desses riscos concorrentes, e nenhum deles deve ser ignorado”. (DWORKIN, 2009. p. 279).
13. Dworkin afirma que tal ideal de integridade pode ser alvo de dois tipos de ataques: primeiro, de uma forma externa de ceticismo, cujo “objetivo consiste em criticar o modo como as pessoas refletem sobre suas vidas com base em alguma posição filosófica geral sobre a metafísica ou a natureza última da realidade”; e também de um ceticismo interno que, segundo Dworkin, trata-se de um “ceticismo substantivo das pessoas que se vêem subitamente às voltas, como lhes parece, com a descoberta de que Deus não existe; ou de alguém como o sombrio personagem Oblomov, de Goncharov, que de repente não encontra mais sentido em nada e decide que não há razão alguma para sair da cama; ou da maioria de nós, como às vezes acontece nas horas difíceis, quando a idéia de que o modo como vivemos é importante- sabendo que, de qualquer maneira, logo estaremos todos mortos - nos parece irrecuperavelmente absurda”. Para ele, essa última forma de ceticismo é perigosa “exatamente porque desempenha, para as pessoas mencionadas no início deste parágrafo, o mesmo papel estruturador - a não ser pelo que nele existe de negativo e demolidor - que as convicções positivas desempenham para os que as adotam”. (DWORKIN, 2009. p. 293).
14. Para ele, “se aceitarmos esse ponto de vista segundo o qual só devem contar os interesses experienciais, não teremos como dar sentido à ideia muito difundida, quase universal, que já descrevi: a de que as decisões como as que até aqui examinamos são, quase sempre, pessoalmente problemáticas e angustiantes”. (DWORKIN, 2009. p. 295).
15. Nesse sentido, conferir a importante obra de Lothar KUHLEN (2012) intitulada La Interpretación Conforme a la Constitución de las Leyes Penales.

## REFERÊNCIAS

- AMENÁBAR, Alejandro. *Mar Adentro* (Mar Adentro), Espanha, 2004;
- BENITO, Emilio. “Supremo Tribunal do Canadá autoriza o suicídio assistido no país”. *In*: El País. Publicado em: 07.02.2015. Disponível em: <http://migre.me/oLt72>. Consultado em: 21.02.2015.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009;
- ELIAS, Norbert. *A Solidão dos Moribundos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; “ENTREVISTA con Alejandro Amenábar”. *In*: Clubcultura. Sem data. Disponível em: <http://migre.me/oLtbq>. Consultado em 21.02.2015.
- PESSINI, Leo. “Morte, solução de vida? Uma leitura bioética do filme *Mar Adentro*”. *In*: Bioética. Revista do Conselho Nacional de Medicina. Brasília, v.16, n. 1, 2008. p. 51-59;
- KUHLEN, Lothar. *La Interpretación Conforme a la Constitución de las Leyes Penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012;
- SAMPEDRO, Ramón. *Cartas do inferno*. Trad. Lea Zylberlicht. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2005;
- SARAMAGO, José. *As Intermittências da Morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005;
- SAMPEDRO, Ramón. “Testamento de Ramón Sampedro”. *In*: El País. Publicado em 04.02.1998. Disponível em: <http://migre.me/oLtdO>. Consultado em 21.02.2015;
- SILVA, Hélio Antonio Teófilo da. *O Caso Ramón Sampedro: Uma Leitura Bioética*. Dissertação de Mestrado em Bioética. Centro Universitário São Camilo. São Paulo: 2009. Disponível em: <http://migre.me/oLtSK>. Consultado em: 21.02.2015.

Como citar esse artigo:

NOTÁRIO, Mariana  
Rolemberg; TEBAR,  
Wilton  
BoiguesCorbalan. A  
tortura na proibição  
da eutanásia: pela  
revisitação da teoria  
da norma. in  
BERNARDI, R.; SALIBA;  
M. G.; BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia das autoras:**

*Mariana Rolemberg*  
**NOTÁRIO**  
Discente do 5º termo  
do curso de graduação  
em Direito pelo Centro  
Universitário “Antônio  
Eufrásio de Toledo” de  
Presidente Prudente

*Wilton Boigues*  
**Corbalan TEBAR**  
Advogado. Professor  
titular de Direito  
Processual Civil e  
Direito Civil do  
CENTRO  
UNIVERSITÁRIO  
ANTONIO EUFRÁSIO  
DE TOLEDO.

## **A TORTURA NA PROIBIÇÃO DA EUTANÁSIA: PELA REVISITAÇÃO DA TEORIA DA NORMA**

*Mariana Rolemberg Notário  
Wilton Boigues Corbalan Tebar*

### **RESUMO:**

O trabalho traz novas perspectivas jurídicas sobre a utilização da Eutanásia, estabelecendo a vida como direito fundamental, tal qual seu equivalente, o direito à morte. A análise neoconstitucionalistademonstrará o critério da equivalência material antagônica como elemento conformador dessa premissa. A análise do princípio da isonomia, autodeterminação e a liberdade individual do cidadão aplicadas ao caso concreto demonstrará o desequilíbrio existente, emergindo a ponderação de valores. Ainda, estabelecer-se-ão critérios quanto a configuração de tortura no abuso estatal de ingerência na vida particular do cidadão. Portanto, a eutanásia se torna o caminho humanizador corolário do direito a morte pretendido pelo cidadão.

**Palavras-chave:** Direito a Vida. Direito a Morte. Direitos Fundamentais. Auto-determinação. Tortura.

### **ABSTRACT:**

The presente work brings new juridical prospects about the use of Euthanasia, establishing life as a fundamental right, as such his equivalent, law death's right. The review of a constitutional theory will demonstrate the standard of material antagonic equivalence as conformer element that premise. The review of equality's principle, selfdetermination and individual liberty of citizens applied on concrete case will show the real unbalance, emerging the value weighing. Still, will be set up standards about the torture's configuration when the government's interference create abuses on the private citizen's life. Therefore, the Euthanasia becomes the human way representative of law death's right intended by citizen.

**Key-words:** Law life's right. Law death's right. Fundamental rights. Self-determination. Torture.

## INTRODUÇÃO

O debate acerca da possibilidade jurídica quanto a utilização da Eutanásia pelo cidadão, como forma de tolher sua própria, vida é assente e desafiador, pois trata-se da disposição de nosso bem mais precioso qual seja, a vida. Para o correto desenvolvimento científico do trabalho, abordamos no primeiro capítulo o conceito, características de manifestação da Eutanásia.

É correto afirmar que o Estado deve promover meios de tutelar a vida humana, mormente diante de sua fundamentalidade reconhecida como direito. Na esteira da nova teoria de legitimação constitucional surgida a partir de 1988, a proteção máxima deste direito é imposta ao Estado como dever institucional, conforme demonstramos no segundo capítulo deste trabalho.

Todavia, seria possível se pensar em um direito antagônico equivalente? Teria o cidadão, desgostoso com a vida, o direito de morrer? Não seria dever do Estado promover esse direito da melhor forma possível?

Para responder todos estes questionamentos, no terceiro capítulo faremos uma análise da teoria da equivalência material antagônica como princípio geral conformador do sistema jurídico quanto a teoria da norma, pautado na auto-determinação e livre manifestação de vontade do cidadão quanto a disposição de sua vida.

Na esteira das hipóteses formuladas no capítulo anterior, no quarto capítulo abordamos os limites da atuação do Estado quanto a auto-determinação do cidadão, com a finalidade de estabelecer limites de atuação e ingerência na vida do particular.

Sendo assim, no quinto capítulo analisamos se é possível afirmar que extrapolando os limites de ingerência obtidos no capítulo anterior estaria o Estado impondo ao cidadão pena de tortura vedada pela Constituição Federal.

Partindo desta aproximação científica, no sexto e último capítulo abordamos a eutanásia como possível caminho humanizador desta escolha feita pelo cidadão, apresentando hipóteses concretas em tese violadoras do Princípio da Isonomia, momento em que se reclama a utilização do Postulado da Proporcionalidade [ponderação de valores].

Foi utilizado, neste trabalho, o método dialético no sentido provocar, de maneira constante, a revisitação de conceitos atinentes ao Direito Civil [disposição de vontade, auto-determinação], Direito Constitucional e seu sub-tópico concernente aos direitos fundamentais e teoria geral da norma para legitimar a premissa tida como verdadeira de que a ordem constitucional confere ao cidadão o direito a morte, mormente diante da teoria da equivalência das formas.

Fixada esta premissa geral, obtida pelo método dialético, foi utilizado o método hipotético-dialético no sentido de investigar qual o papel do Estado quanto a

livre e auto-determinação do cidadão para analisar-se se toda e qualquer ingerência indevida impõe a ele uma pena de tortura.

Por fim, partindo-se da premissa que o cidadão tem o direito a morte e que toda ingerência indevida impõe a ele uma pena de tortura vedada pela constituição federal, novamente o método dialético pode nos permitir demonstrar que a Eutanásia é o caminho humanizador quanto ao exercício deste direito.

## 1 DESVENDANDO O CONTEUDO DO SIGNO EUTANASIA

Primeiramente urge ressaltar a necessidade de a ciência jurídica, de modo geral, pautar-se num discurso democrático extirpando de sua essência a presença de conceitos ou ideias absolutas, isto é, verdades tidas como imodificáveis que reclamam a qualificação de herege aquele que ousa modificar o sistema.

Note-se que não estamos a falar em ausência de verdades, conforme ensinamentos de Lenio Luiz Streck (2014), extremamente necessárias para a sedimentação e cristalização da segurança quanto à modificabilidade de uma teoria ou concepção que se confirma na prática gerando estabilidade nas relações sociais.

O que se prega, doravante, é a possibilidade de rediscussão destas verdades, tidas como absolutas, quando seu fundamento de verificação empírica se modifica implicando, necessariamente, em sua re-análise científica para que possa se adequar aos anseios sociais de um determinado espaço-tempo social.

O discurso preconizado principalmente por Lenio Luiz Streck, Paulo de Barros, Alfredo Augusto Becker e Ezio Vanoni trata-se do Direito como objeto da linguagem, ou seja, é através da linguagem como meio de comunicação que o Direito atingirá sua finalidade de impor a condução de comportamento no seio social, de forma a respeitar a eficácia das normas jurídicas.

Do contrário padecemos do discurso da retórica. Proliferação de suposto conhecimento sem a real correspondência epistemológica, transmitindo significações vazias de cientificidade.

Não é por outra razão que Lenio Streck (2009) elaborou trabalho de fôlego acerca da hermenêutica jurídica. Para o autor a linguagem no direito é utilizada sem qualquer seriedade epistêmica importando na ausência de verdades na ciência jurídica, pois tudo se resumiria [pensamento equivocado moderno] a ampla possibilidade de diferentes hipóteses de interpretação acerca de um mesmo fato gerando instabilidade e insegurança tanto nas decisões judiciais como nas relações jurídicas.

A unidade do discurso, no entanto, quanto ao tema-problema apresentado nos obriga a revelar a sua interdisciplinaridade, pois se analisa os efeitos do Direito Constitucional [enquanto teoria de legitimidade constitucional], do Direito Civil, da Teoria Política do Estado [ao se analisar a relação de poder entre Estado x cidadão]

sobre a relação jurídica que se instala no momento em que deseja o cidadão ceifar sua vida de forma assistida encontrando resistência por parte do Estado.

Para o regular desenvolvimento do presente trabalho se faz necessário a conceituação do termo eutanásia para, desvendando seu significado, conferir legitimidade e segurança as premissas doravante produzidas através do rigor científico apto a sua confirmação e estabilização.

## 1.1 Conceito

A significação do vocábulo Eutanásia de acordo com sua etimologia grega significa “boa morte” conforme ensinamentos de Victor MéndesBaiges. Continua o autor narrando acerca da evolução da significação do termo que hoje seria considerado o tolhimento da vida de outrem de forma indolor e auxiliada por terceiros (2002, p. 14).

A espécie de eutanásia que se preocupará o presente artigo é aquela chamada de voluntária, ou seja, quando o titular do direito de morrer ainda tem consciência para exprimir de forma livre e desembaraçada sua vontade de exercer seu direito motivado pelos graves sofrimentos experimentados diariamente qualificado pela impossibilidade física de consumá-lo pessoalmente(Martin, 1998, p. 171-192).

Sendo assim, o desígnio de vontade do agente é exercer seu direito a morte, mas por questões de impossibilidade física absoluta não consegue pessoalmente satisfazê-la (Lepargneur, 1999, p. 02).

O objeto do presente artigo que legitimará todas as premissas extraídas da construção científicas tem, portanto, como elemento de observação a hipótese da eutanásia voluntária, ou seja, aquela que não pode ser praticada pelo agente por motivos físicos, não obstante a existência de sanidade mental para o exercício de seu direito.

## 2 O DIREITO A VIDA E SUA VISÃO CONSTITUCIONAL

Em se tratando de direito à vida (Art. 5º, caput, CRFB), deve-se observar sua natureza direito fundamental de primeira dimensão, exaustivamente abordado pelas mais diversas doutrinas e estudos científicos nos mais variados ramos. Cumpre registrar que o direito à vida, tal qual o que se observa atualmente, foi obtido de maneira árdua e afirmado historicamente pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, consagrado com tamanha supremacia e importância pela Constituição Federal de



1988, trazendo, portanto, todas as prerrogativas próprias desta fundamentalidade (SCARLET. 2012, p. 46).

Sua fundamentalidade se observa, ainda, no fato de ser prerrogativa necessária para se conquistar a titularidade de quaisquer outros direitos trazidos pelo Ordenamento. Significa dizer que um indivíduo somente será detentor de direitos se, por óbvio, estiver vivo (TAVARES. 2013, p. 429).

De tão meritório que é, no Sistema Brasileiro, somente poderá ser mitigado em casos extremamente específicos, por força da cogência exclusiva Constitucional, e ainda assim, somente quando confrontado com outros preceitos de igual importância, fundamentais, observando-se requisitos e aspectos extraídos do caso prático e ponderados de maneira técnica e minuciosa (NOVELINO. 2013, p. 562 – 564).

Ocorre, contudo, que a rígida limitação do direito à vida versa sobre o Estado, inclusive, e frente às demais pessoas – quaisquer que sejam – do convívio social. A proteção, portanto, nasce para tutelar e afastar as situações que eram comuns às épocas passadas, em que o indivíduo tinha contra si perseguições inquisitivas, desarrazoadas, pagando-lhes o apenamento com a própria vida.

Nessa via, a história demonstra que, desde épocas primordiais, a habitualidade se punir acabava por, muitas vezes, recair sobre os bens mais valiosos do membro da sociedade, quando se aplicava penas capitais.

Assim, cumpre retomar à algumas das características do mencionado direito que, fundamental, é classificado pela doutrina como irrenunciável e limitável. Pois bem. No que tange à limitabilidade, trata-se de possibilidade de se mitigar o direito – reitere-se, com requisitos rígidos e observados no campo fático – em benefício de outro direito igualmente fundamental. Já em se tratando da irrenunciabilidade, aborda-se a impossibilidade de seu detentor renegar a si o direito, afastando sua aplicação.

Deve-se observar, no entanto, que a fundamentalização do direito à vida, ao discursar sobre a (im)possibilidade de se praticar a eutanásia, gera um forte embate entre as características trazidas à baila. Isto porque, como bem colocado pelo professor André Ramos Tavares (2013, p. 432):

No Brasil, não se tolera a chamada “liberdade à própria morte”. Não se pode impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se, mas a morte não é, por isso, um direito subjetivo do indivíduo, a ponto de poder exigi-la do Poder Público.

(...)

Em uma palavra, a eutanásia é considerada homicídio. Há, aqui, uma prevalência do direito à vida, em detrimento da dignidade. (Grifou-se)

Ora, se a renúncia do direito de viver nos casos de eutanásia põe em linhas opostas dois direitos fundamentais que não se confundem – vida e dignidade, a

última estando prevista no Art. 1º, III, CRFB – tanto a característica de irrenunciabilidade quanto a de limitabilidade acabam por ser atingidas.

Quanto à dignidade da pessoa, transcreva-se os comentários tecidos por Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 42 – 43):

diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal

(...)

não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Com efeito, não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é. (Grifou-se)

Lastrando-se nos desígnios retro, bem como retomando o tema eutanásia, torna-se plausível afirmar que, embora a vida seja um bem de valor supremo, tendo justificada tamanha proteção recaída sobre os atos do Estado ou de membros da sociedade que acabem pro violar esse direito em prejuízo de um outro indivíduo, este mesmo indivíduo, sozinho, deve ter assegurada a sua dignidade, abarcada aqui até mesmo a liberdade, em dispor sobre o seu destino nesse sentido.

Melhor explicando, deve-se ter em mente que, embora um indivíduo que renuncie à vida esteja, de fato, ferindo uma característica de direitos fundamentais – irrenunciabilidade – ele está exercendo, também, o exercício e reafirmação de um direito tão intrínseco que é a dignidade. Inversamente, se um indivíduo que é impedido de renunciar à vida em momento tão frágil e pesaroso quanto nas hipóteses de eutanásia, deverá renunciar, por consequência, à sua dignidade.

Assim, e utilizando-se do postulado da ponderação, exsurge o direito à morte, como se demonstrará de maneira mais especificada e detalhada à frente.

## 2.1 A teoria de legitimação constitucional

É sabido que a Segunda Guerra Mundial voltou a atenção mundial para a garantia de direitos fundamentais, bem como do exercício da soberania constitucional frente aos atos praticados por membros do Ordenamento Jurídico. Com uma norma flexível vigente, a qual se atribuía mais valor do que a própria

constituição, tornou-se possível legitimar, legalizar atos de crueldade e de exercícios irregulares de direitos em detrimento dos direitos dos membros da população.

Assim, passou a ser papel das Ciências e dos estudos, principalmente do Direito, buscar, de diferentes formas, afastar situações que se assemelhassem de alguma forma a essa.

Para tanto, pautou-se o estudo na soberania e rigidez da norma constitucional, de tal sorte a trazer diversas normas, tanto dogmáticas quanto programáticas, como estruturadores e hierarquicamente superior – e, portanto, tendo obrigatoriamente uma função limitadora sobre as demais – das demais normas tidas como *infraconstitucionais*.

Nesse sentido, a norma infraconstitucional passou a, além de ter que respeitar um rito próprio e específico de criação, respeitar também o conteúdo, a matéria fixada na Norma-Mãe, qual seja, a própria constituição. Significa dizer que a constituição passou a ser imperativa frente às demais normas, impondo limites, ainda, a todos os atos do Poder Público, seja na seara legislativa, na seara judiciária ou mesmo na seara executiva.

Nesse trilha, a interpretação de qualquer norma infraconstitucional deve resguardar e reafirmar o que a norma constitucional soberana prevê e propõe (BARROSO. 2013, p.365 – 366). Trata-se, portanto, de um marco jurídico, histórico e filosófico, aludindo-se a ele grandes valores sociais e morais, como forma de marcar, de carimbar a repulsa pelos atos violentos e degradantes ao ser-humano e à sua saúde, à sua integridade, à sua liberdade, à sua dignidade, à sua vida.

Estabelecidas essas premissas, deve-se ter em conta que nada diferiu no Brasil, na criação da Constituição Federal de 1988, que, igualmente rígida e analítica, buscou atingir e arraigar conceitos dos mais diversos âmbitos, tendoincontestável hegemonia, como bem demonstram as doutrinas atuais, não somente de postulando, mas também de implementando e garantindo que as normas ali propostas por ela sejam efetivadas.

Nesse sentido, a Constituição Federal Pátria passa a ser abalizadora de direitos e deveres, forçando com que toda a estrutura do Ordenamento Jurídico mantenha constante diálogo e respeito para com ela (BARROSO. 2013, p. 520 – 521).

Nesse sentido, vindo à tona o denominado neoconstitucionalismo, fica reconhecido o fato de que:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.

(...)

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição. (SILVA. 2014, p. 48)

Talha-se, portanto, o valor e a soberania que exerce o Diploma Constitucional, quando da elaboração ou mesmo quando da aplicação e do exercício dos mais diversos direitos previstos no nosso Ordenamento.

Na mesma toada, observe-se que:

No mundo moderno, sem embargo dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, os objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados: a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas; c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social; d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos. (BARROSO. 2013, p.137 - 138)

Assim, a supremacia constitucional torna-se pressuposto à idealização de qualquer ato jurídico, sendo legitimadora de qualquer outra norma, legitimadora de decisões, etc. – considerando que a norma, decisão, ato administrativo ou qualquer outro ato tutelado pelo Direito somente será válido semantiver respeito ao que a Carta Magna dispõe.

Do mesmo modo, agir a despeito do que dispõe o texto constitucional torna-se infração, violação do próprio Diploma Supremo, o que será passível de se decretar absolutamente nulo e ineficaz com a justificativa estampada de *inconstitucionalidade*.

Isto posto, ao se observar um conflito de direitos tão fundamentais – calcados na mais suprema Norma, estruturadora de todo um Ordenamento nela refletido – a análise e sopesamento entre eles deve ser extremamente pormenorizado, estudado, e seguro em sua concretização. A análise superficial ou que aplique vontades isoladas da Constituição Federal constituirão em violação dos próprios preceitos fundamentais e soberanos nela dispostos.

Nesse sentido, o embate entre a direito de viver e direito de se ter uma vida – e, porque não, uma morte – digna volta à pauta.

É bem verdade que o direito à vida, de tão violado, não só no período histórico das Guerras Mundiais, mas em todo o período até aqui adjacente, recebeu forte proteção legal, tendo essa proteção uma robustez ainda maior quando abordada em diversas doutrinas. Entretanto, embora essa proteção seja, de fato, primordial, não há que se falar em proteger do cidadão detentor do direito que ele *viva* de maneira que, para ele, torna-se degradante.

Embora o sopesamento mencionado ainda seja abordado posteriormente por esse trabalho, fixe-se aqui a premissa de que, mesmo sendo o direito à vida um direito fundamental e indubitavelmente protegido de maneira completa, correta quando perante outro indivíduo, utilizar-se deste paradigma para cercear o – tão

fundamental quanto – direito da dignidade em toda e qualquer situação, sem que se analisem outros valores igualmente constitucionais e sumos, não parece viabilizar a legitimação do texto constitucional.

Por fim, deve-se considerar que a auto-determinação de um indivíduo ao dispor de sua própria vida em casos onde as hipóteses de vício de vontade são inócuas é, nada mais, que permitir que se pratique o exercício da dignidade da pessoa, exercício esse que, como exaustivamente demonstrado, é legitimado pela exegese constitucional.

### 3 A EQUIVALENCIA ANTAGONICA MATERIAL COMO PRINCÍPIO GERAL CONFORMADOR DO SISTEMA JURIDICO

O desvelo do conteúdo jurídico da norma presente no texto normativo, situado no plano do dever-ser, nos revela deônticos modais de três espécies: a) obrigatório; b) facultativo e; c) proibitivo.

Qualquer que seja o modelo indutor de conduta prevista na norma jurídica esta a se afirmar que o agente pode, conforme sua consciência e capacidade de determinação, escolher seguir o dever imposto ou transgredir o ordenamento jurídico aceitando as consequências de seu ato. Importante consignar que o dever ser, neste caso, se apresenta de forma ambivalente, isto é, o agente tem a livre escolha de exercer seu direito à liberdade de respeitar a norma sem sofrer as consequências de seus atos ou, igualmente, escolher seu direito equivalente de transgredir a norma jurídica aceitando as consequências que lhe são impostas.

Essas conclusões são responsáveis pela estruturação da norma jurídica no cenário jurídico pátrio quanto aos deveres impostos aos cidadãos em relação ao cumprimento de condutas consideradas essenciais para a manutenção da incolumidade social de pacificação.

No entanto, não só de normas jurídicas é composto nosso ordenamento jurídico.

A unidade do sistema normativo nos revela outra proposição fundamental de sua composição atinente aos princípios.

Princípios, conforme nos ensina Humberto Ávila, são imperativos que reclamam o respeito a um ideal estado de coisas, ou seja, a um resultado final pautado nos ditames constitucional sem, no entanto, estabelecer qual o comportamento a ser utilizado pelo agente quanto a sua proteção (2004, p. 70).

Referidos princípios são responsáveis por determinar direitos fundamentais no texto constitucional, que por sua essência, não estabelecem deveres, mas formas de proteção contra a insurgência estatal.

Tais direitos qualificados pelo adjetivo fundamental são o que de mais importante, necessário e essencial tem um cidadão em sua esfera de direitos (BONAVIDES, 2000, p. 541-542).

Por essa razão, o que demandam são condutas estatais aptas a proteger tais direitos seja por atos comissivos ou omissivos.

Neste passo, o direito a vida tutelado constitucionalmente guarda relação lógica de fundamento estrutural normativo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Por não mais se tratar de norma, o direito derivado do sistema principiológico goza de exercício pleno. O titular deste direito tem a faculdade ou não de exercê-lo, pois repita-se, o direito é posto somente a seu favor.

O titular do direito à vida tem a faculdade de exercer seu direito ou não, caso lhe convenha não mais o prestigiar, mormente dia dos casos de eutanásia voluntária que consiste no recorte metodológico deste artigo.

Não pode o Estado impor alguém a manutenção de sua vida sofrida, ou seja, interferir na liberdade de escolha de exercer ou não seu direito, pois caso fizesse estaria transformando o direito em um dever substrato peculiar das normas jurídicas.

Portanto, não pode o Estado invadir faculdade íntima do cidadão, invertendo a qualificação jurídica de seu direito, impondo uma obrigação inexistente estiolando o ordenamento jurídico em seu aspecto mais basilar.

### 3.1 O direito a morte

O direito a morte somente pode ser reconhecido considerando a legalidade de exercício pelo seu titular atribuída pela ordem jurídica. Não basta isso, deve-se somar a este reconhecimento a autorização igualmente legalista do auxílio de terceiro quanto a concreção deste direito, como nos alerta Victor Méndes Baiges (2002, p. 59).

A morte é algo inerente do próprio ser humano, isto é, algo recorrente da própria existência (Montaigne, 2000).

Neste passo, o término da vida se traduz em algo reclamado pela própria existência do ser humano, como forma de se despedir dignamente da vida experimentada (Jaspers, 1973).

O direito a morte, portanto, nos casos de eutanásia voluntária nada mais é que um direito fundamental posto a favor do cidadão que pretende ceifar a sua vida de forma digna acabando com o sofrimento que lhe atormenta.

#### 3.1.1 A manifestação livre e desembaraçada como elemento legitimador

Para que se possa permitir o exercício do direito a morte de forma plena e satisfatória é necessário analisar se estão configurados três requisitos. São eles: a) liberdade individual, ou seja, inexistência de proibição legal quanto ao direito a ser

exercido; b) capacidade de entendimento, ou seja, discernimento para manifestar sua vontade e c) agir intencionalmente, isto é, ter a consciência de que esta exercendo aquele direito por conta própria (Beauchamp; Childress, 2002, p. 140).

Presentes os requisitos de capacidade e discernimento, mormente diante do fato que as liberdades individuais são condições inerentes a condição humana, legitimado esta o direito a ceifar sua própria vida, conquanto o seu exercício afeta somente esfera de direitos do próprio particular (Möller, 2010, p. 97).

O requisito, portanto, da capacidade de discernimento e manifestação livre de vontade quanto ao exercício do direito a morte nada mais é do que a manifestação mais pura do íntimo do ser humano acometido de grave mal incurável que somente lhe causará tortura psicológica e física de ser levado ao campo espiritual da forma que melhor lhe convém.

### 3.2 A auto determinação do ser-humano como direito inato: análise das liberdades individuais

Já dizia José Rubio Carracedo que todos os cidadãos ou seres humanos tem a autonomia para decidir as condições de sua própria morte, mormente diante da precisa afirmação que tal direito faz parte da própria condição de humanidade de quem pretende exercitá-lo (1990, p. 02).

Os direitos fundamentais representados aqui pela livre e auto-determinação do cidadão quanto ao exercício de direitos que lhe são próprios não podem gozar de mera positivação, ou seja, proteção formal por parte do Estado, mas sim protegidos de forma efetiva como corolário de uma atuação institucional constitucional (Miranda, 1993, p. 485).

Podemos afirmar, portanto, que o direito a morte encontra respaldo no cenário jusnaturalista, isto é, um direito considerado inerente a própria condição do ser humano que não pode ser tolhido sob pena de violação de seus direitos fundamentais básicos.

Conforme amplamente demonstrado anteriormente, o neoconstitucionalismo estabeleceu novos paradigmas para a teoria de legitimação constitucional, ou seja, é possível afirmar que a proteção dos direitos fundamentais [aqueles considerados necessários para a existência digna do cidadão] foi elevada a um novo patamar. Temos, hodiernamente, a máxima proteção aos direitos fundamentais na esteira do prelecionado no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, isto é, o Estado deve promover seja positivamente ou negativamente a proteção destes direitos dada a qualidade dirigente do diploma constitucional (Sarlet, 2012, p. 46).

Antonio Magalhães Gomes Filho já nos alertava que liberdades individuais concebidas conforme a Constituição Federal de 1988 se tratam de direitos fundamentais a serem prestigiados pelo Estado, através de mecanismos existentes no ordenamento jurídico pátrio (2001, p. 25).

A densidade normativa constitucional, portanto, permitiu que as liberdades individuais previstas abstratamente no texto supremo fossem erigidas a condição de plena eficácia a ser implementada pelo Poder Público.

### 3.2.2 A violação do princípio da Isonomia

Doravante demonstraremos que a recusa do Estado em admitir que um cidadão tenha a autonomia necessária para ceifar sua própria vida nos casos de eutanásia voluntária fere frontalmente o princípio da Isonomia se comparadas a situações comuns do cotidiano social.

Sendo assim, a recusa do Estado em reconhecer ao cidadão o direito a morte digna, além de estiolar as liberdades individuais que deve proteger e efetivar, representada pela auto-determinação, também o faz em relação ao princípio da Isonomia, pois trata situações igualitárias sob o manto da diversidade camuflada de proteção à vida.

Consideremos a seguinte hipótese: alguém que esta passando por grandes sofrimentos, sejam eles físicos, que não lhe retirem a capacidade motora, ou emocionais, pode decidir pelo suicídio caso não lhe convenha mais continuar naquela vida miserável. Neste caso, em que a pessoa não possui qualquer impossibilidade física, o Estado nada pode fazer contra esta decisão, pois a escolha do destino a ser seguido depende da própria pessoa. Pode ela, portanto, ceifar sua própria vida, pois esta foi uma escolha feita de forma consciente e livre de qualquer influência.

O direito a morte, no caso acima mencionado, pode ser exercido de acordo com o desígnio de vontade do agente que não tolera mais a condição degradante em que se encontra.

Pensemos agora na hipótese hostilizada nesta produção científica: uma pessoa esta acamada em virtude de tetraplegia. Ela possui uma impossibilidade física [motora] absoluta. Consideremos a hipótese em que esta pessoa possui a plenitude de suas faculdades mentais, isto é, é capaz de discernir e manifestar livremente a sua vontade. Se pensarmos que esta pessoa esta passando por severos sofrimentos mentais que lhe retira a paz de espírito, porque não podemos afirmar acerca da possibilidade de exercício de seu direito a morrer com dignidade?

Notem caros leitores, que a única diferença de uma hipótese e outra consiste na impossibilidade física do agente autonomamente ceifar sua própria vida quando esta se tornou insuportável. A lucidez quanto a manifestação de vontade permanece incólume.

Faz-se a afirmação de que no caso da eutanásia voluntária o fato da necessidade de auxílio de pessoa diversa da que pretende exercer seu direito a morte qualifica juridicamente o fato como homicídio.

A celeuma esta instalada. Transfere-se a análise acerca da possibilidade de exercício do direito a morte à responsabilização do terceiro intermediador de sua concretude. Crasso erro de hermenêutica.



O terceiro não age na intenção de ceifar a vida daquele miserável, ele age na intenção de prestigiar seu direito a morte, ou seja, ele age no exercício regular do direito de outrem. A pessoa cuja vida se tornou insuportável precisa de um mecanismo para acabar com seu sofrimento que somente é disparado pelo auxílio de terceiros.

Aqui esta o elemento violador do Princípio da Isonomia. Porque uma pessoa com capacidade motora e mental de ceifar sua própria vida, para cessar os dissabores torturantes experimentados, tem a opção de exercer seu direito a morte e aquela que falta com o elemento físico não o pode? É possível afirmar-se que, não raramente, aquela pessoa que não goza de capacidade motora esta em maior sofrimento que uma pessoa comum e com mais razão teria seu direito a morte o devido reconhecimento.

Qual seria aqui o elemento discriminador, o fato escolhido para o tratamento diversificado nas situações expostas? E mais, existe coerência lógica entre o fato erigido como discriminante e a situação que se busca proteger?

Não há duvidas que o elemento discriminador, consiste na intervenção de terceiro quanto ao exercício do direito de morrer externado pelo agente. Se esse é o fator de descrimen, podemos afirmar com hialina clareza pela ausência de coerência lógica entre a situação a que se pretende proteger e o elemento responsável por essa mudança de tratamento, uma vez observada o descompasso da situação protegida com os ditames constitucionais (Mello, 2010, p. 22).

Assim o é, pois, como já dissemos acima, esse raciocínio padece de grave erro de hermenêutica, uma vez que transfere a análise da situação para a atuação do terceiro, conquanto deveria recair sobre o exercício de um direito regular e inato do homem de morrer de forma digna.

#### 4 QUANDO A RESISTÊNCIA DO ESTADO EM NÃO RESPEITAR A AUTO DETERMINAÇÃO SE TORNA UMA PENA DE TORTURA/DEGRADANTE/DESUMANA

Neste capitulo, demonstraremos que a ingerência indevida do Estado quanto ao exercício das liberdades individuais do cidadão pode dar azo a configuração da pena de tortura ou degradante nos termos do recorte metodológico realizado no presente trabalho.

De fato, ao transgredir a teoria da norma jurídica modificando-a sem a devida autorização do ordenamento jurídico criando uma obrigação [dever] quando, na verdade, estamos a pensar no exercício regular de um direito pelo seu titular, é possível se chegar a conclusão pela configuração de imposição de uma pena de tortura, degradante ou desumana.

Para tanto é necessário estabelecer os limites para a visualização de tais penas, seu conceito, características e adequação lógica ao objeto do presente trabalho.

#### 4.1 Características e elementos da tortura

Sobre a pena de tortura prescreve a Constituição Federal:

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem

Pela simples análise do texto constitucional todos os cidadãos, por expressa vedação constitucional tem o direito a não ser submetido a tortura dada a eficácia plena de seu direito fundamental à incolumidade física ou psicológica.

Imperioso a conceituação do que se entende por tortura para a concreta vinculação das premissas.

Pois bem, conforme lei nº 9. 455/97 a tortura pode ser definida como:

Art. 1º. Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Não obstante as críticas acerca da imprecisão de uma definição legal, referida disposição normativa nos releva alguns elementos necessários a conceituação e caracterização do que se entende por tortura.

Já nos alertava Franco que a tortura consiste em um método de violação grosseira da Dignidade da Pessoa Humana e das liberdades individuais do cidadão (1997, p. 61).

Mantendo o Estado, sob sua autoridade, em razão da suposta essencialidade do direito a vida e sua necessidade de proteção, contra o próprio indivíduo, podemos em um análise perfunctória afirmar que o Estado mantém alguém a intenso sofrimento físico ou mental como forma de aplicar medida de caráter preventivo. O Estado, portanto, sob a suposta alegação de que estão efetivamente o viés positivo de garantia das liberdades individuais impede o cidadão de acabar com seu sofrimento físico ou psíquico com fundamento originário pautado no contrato social.

Para Aníbal Bruno, tortura consiste no "sofrimento desnecessário e atormentador, deliberadamente infligido à vítima" (1959, p. 81).

Nem se diga que o Estado não o faz deliberadamente, pois mesmo sob o manto da suposta ilicitude, o autoritarismo se revela intencional sob a pretensão de proteger o direito fundamental a vida do cidadão.

#### 4.2 Características e elementos da pena degradante/desumana

O adjetivo degradante se manifesta quando a conduta imposta ao cidadão estiola sua liberdade psíquica o fazendo agir em desfavor de sua capacidade de determinação.

Conforme ensinamentos do mestre Luciano Mariz Maia “a degradação decorre da diminuição que se faz de alguém aos olhos dessa própria pessoa, e aos olhos dos outros” e “a desumanidade assume contornos de ser imposta uma obrigação, ou esforço, que excede os limites razoáveis exigíveis de cada um” (s/a, s/p).

As variáveis apresentadas amoldadas ao caso concreto serão responsáveis por definir qual pena esta sendo imposta ao cidadão pelo Estado nos casos de não permissão para a utilização da Eutanásia Voluntária.

### 5 A EUTANASIA COMO CAMINHO HUMANIZADOR

Lastreando-se no discurso promovido até agora, resta observar que, frente à análise de qual direito deve ser efetivado – o direito à vida, ou o da dignidade representado pela possibilidade de se praticar a eutanásia, quer seja, de se buscar a morte digna–deve-se utilizar da ponderação de valores ente os bens analisados, de tal sorte a chegar num resultado mais ideal possível e concretizador do bem que, portanto, e no caso prático, venha a ser mais intrínseco e importante ao cidadão.

Nesse sentido, utilizando-se das regras de ponderação, tem-se que:os elementos analisados devem ser exaustivamente pesquisados e observados,

indicados de forma clara. No que se refere à análise exaustiva e aos valores a serem contrapesados, traz-se à luz os direitos supramencionados – à vida e, em *stricto sensu*, à morte digna – evoca-se de todo o desenvolvimento até aqui narrado.

Ainda, quanto à efetiva realização da ponderação, cumpre registrar que, como bem demonstrado em distintas partes desta dissertação, o direito à dignidade – quando da eutanásia voluntária – sobreprincípio e postulado normativo que é, deve fazer resvalar o direito à vida, afastando-o, e, de forma paradigmática, viabilizando a morte voluntária e digna do indivíduo que assim quiser, que a buscar (ÁVILA. 2011, 155 – 156).

Saliente-se ainda que toda a disposição acima, bem como as conclusões tidas ao longo da pesquisa, não implica na permissão à morte digna em todo e qualquer caso, ou para qualquer bem sopesado que possa prevalecer sobre a vida. Ao contrário, como de praxe até mesmo nas regras ponderatórias, o bem jurídico deverá ser exaustivamente analisado, e a aplicação prática deverá, por óbvio, resguardar o que aduz o Texto Constitucional.

## CONCLUSÃO

A primeira conclusão obtida consiste em definir como hipótese conceitual da eutanásia voluntária aquela realizada pelo indivíduo que passa por sofrimento insuportável, mas que ainda goza da plenitude de suas capacidades mentais, que esta, no entanto, fisicamente impossibilitado de exercer o seu direito a morte.

Que a vida positivada no texto constitucional deve ser juridicamente qualificada como direito fundamental, guardando relação de causalidade com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Se a vida é um direito a ser tutelado pelo Estado com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, então o seu titular pode exercê-lo da maneira que melhor lhe convém. O seu não exercício é representado pelo direito a morte digna.

O Estado não pode impor ao cidadão continuar sua vida de sofrimento, pois se o fizer esta modificando a estrutura jurídica do direito invocado, alterando a condição principiológica para as características da norma jurídica. Essa alteração indevida altera o exercício do direito pelo titular transformando o direito a vida em uma obrigação não prevista no ordenamento jurídico.

Não obstante a violação da teoria da norma, a impossibilidade de se praticar a eutanásia viola o princípio da Isonomia, pois pessoas saudáveis mental e fisicamente podem exercitar seu direito a morte livremente, conquanto as pessoas fisicamente impossibilitadas são impedidas pelo Estado de fazê-lo. Nota-se, portanto, um fator de discriminação não correspondente com a situação que se pretende prestigiar.

A obrigação imposta pelo Estado, portanto, à limitação do exercício do direito a morte pelo cidadão, na verdade, lhe impõe uma pena de tortura, pois impõe a postergação do sofrimento seja físico ou moral estiolando a incolumidade psíquica do ser humano, impedindo sua libertação para o digno.

Neste cenário, a eutanásia seria o caminho humanizador do exercício do direito a morte pelo cidadão, pois manter-se continuamente em grande sofrimento viola seus direitos mais inatos e basilares de sua existência.

## BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. Ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal - Parte Especial, Volume I, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CARRACEDO, Jose Rubio. Autonomia para morrer: eutanásia e autonomotanasia. Front Cover: Barcelona, 1990.

FRANCO, Alberto Silva. Tortura, breves anotações sobre a Lei 9.455/97. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 19, jul/set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JAEGER, Werner. Paidéia: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. (3a ed). Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995.

LEPARGNEUR, Hubert. Bioética da eutanásia: argumentos éticos em torno da eutanásia.

Disponível em <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/292/431](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/292/431)> . Acesso em 23/02/2015.

MAIA, Luciano Mariz. Os Direitos Humanos e a experiência brasileira no contexto latino-americano. Disponível

em <[http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/pbunesco/iv\\_01\\_direitos.html](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/pbunesco/iv_01_direitos.html)>.

Acesso em 25/02/2015.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In SIF Costa, G Oselka & V Garrafa (orgs.). Iniciação à bioética. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 1998.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Direito à Morte com Dignidade e Autonomia: o direito a morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2010.

MONTAIGNE, Michel. De como filosofar é aprender a morrer. Ensaios, volume 1. Ed. Abril Cultural: São Paulo, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2014.

TAVARES, André Ramos. Manual de Direito Constitucional. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013

Como citar esse artigo:

GOMES, Caio Cesar  
Prado; CIRELLI,  
Gabriela Lopes. Direito  
à morte digna à luz do  
princípio da  
autonomia da  
vontade. in BERNARDI,  
R.; SALIBA; M. G.;  
BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia dos autores:**

*Caio Cesar Prado*  
**GOMES**  
Pós-graduado em  
Gestão Pública pela  
Faculdade de Pinhais,  
bacharel em  
Administração nas  
Faculdades Integradas  
de Ourinhos e  
acadêmico de Direito  
da Universidade  
Estadual do Norte do  
Paraná. E-mail:  
caio\_cprado@hotmail.  
com

*Gabriela Lopes CIRELLI*  
Bacharel em Direito na  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná. E-  
mail:  
gabilc\_4@hotmail.co  
m

## **DIREITO À MORTE DIGNA À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

*Caio Cesar Prado Gomes  
Gabriela Lopes Cirelli*

### **RESUMO:**

O filme “Mar Adentro” traz a lume uma questão muito controversa e que rende infindáveis debates no âmbito do Direito: o direito de morrer com dignidade. Os contornos da história de Ramón Sampedro, tetraplégico que busca incessantemente o direito de ceifar sua própria vida, ultrapassam questões éticas, morais e religiosas, atingindo os mais diversos aspectos da discussão acadêmica. Assim, busca-se traçar algumas considerações sobre a viabilidade do pedido do protagonista de ter legalmente seu direito de morte digna reconhecido, já que não pode, fisicamente, realizar seu intento. Ante a excepcionalidade do caso, é que se realiza a presente discussão.

**Palavras-chave:** Direito à vida; Autonomia da vontade; Eutanásia; Suicídio assistido.

### **ABSTRACT:**

The film "The Sea Inside" presents a very controversial issue which renders endless discussions in the Law: the right to die with dignity. The outlines of the story of Ramón Sampedro, a quadriplegic who is constantly seeking the right to reap his own life, beyond ethical, moral and religious issues, reaching the most diverse aspects of academic discussion. Thus, this study aims to trace some considerations on the feasibility of the protagonist's request of having his right of dignified death legally, since he cannot physically perform his intent. Considering the exceptional nature of the case, the present discussion is focused.

**Keywords:** Right to life; Freedom of choice; Euthanasia; Assisted suicide.

## INTRODUÇÃO

O filme em questão retrata a instigante história, baseada em fatos reais, de Ramón Sampedro (Javier Bardem), ex-marinheiro, o qual sofreu, em sua juventude, um acidente ao mergulhar em águas rasas, ficando tetraplégico e preso a uma cama por 28 (vinte e oito) anos, 4 (quatro) meses e alguns dias. Por todo esse tempo, o referido personagem não via mais sentido em continuar sua vida, já que, antes do acidente, era viril, saudável e independente, sendo que, com o acidente, instalou-se em uma cama, dependendo da ajuda de seus familiares para todas as suas necessidades básicas.

Em razão de tais fatos, Ramón, em que pese seja lúcido e inteligente, decide lutar na justiça pelo direito de “morrer com dignidade”, a fim de que lhe fosse concedido o direito à eutanásia. Nesse contexto, aparece a personagem Júlia, uma advogada que promete defendê-lo perante a justiça para que a eutanásia seja autorizada. Ela começa, assim, a se envolver com seu caso, pedindo detalhes de sua vida antes do acidente ocorrer.

Ocorre que o pedido feito na Justiça gera grande repercussão em toda a sociedade, sobretudo na igreja, que não aceita o fato de que o homem possa ter direito de colocar fim à sua própria vida.

Em 1993, seu caso chegou aos Tribunais, porém, seu pedido foi negado. Na carta que dirige aos juízes, em 13 de novembro de 1996, Sampedro apresenta um argumento, que é basilar para o estudo em tela: viver é um direito, não uma obrigação.

No desfecho, Ramón consegue convencer sua amiga Rosa (Lola Dueñas), que por ele se apaixonou, a ajudá-lo em seu intento, após muito custo, ministrando-lhe cianureto, causando-lhe a tão almejada morte.

Desta feita, o que se observa, por toda a trama, é que o personagem apenas estava vivo porque não conseguia nem mesmo se suicidar. Para ele, a vida é uma “humilhante escravidão”. Para alcançar seu objetivo, precisou se utilizar de meios ilegais em seu país, com a ajuda de uma terceira pessoa, visto que a Justiça denegou seu requerimento.

É em face de tais fatos que se pretende discutir qual o alcance dos preceitos e argumentos lançados pelo protagonista na esfera do Direito, a fim de que se torne possível um debate e uma análise crítica do direito à vida frente ao direito à morte digna.



## 1 DIREITO OU OBRIGAÇÃO À VIDA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA DA VONTADE

A vertente discussão se trata de um verdadeiro desafio a ser enfrentado, já que envolve questões culturais, éticas, morais, religiosas e, por fim, jurídicas.

Quando se fala em direito à vida, as coisas parecem ser muito mais simples, pelo menos na teoria. Tratando-se de direito à morte, entretanto, surge a dificuldade.

O objetivo maior de todo o ordenamento jurídico é a preservação da vida e da sua dignidade. Assim, de acordo com Moraes (2011, p. 39)

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter uma vida digna quanto à subsistência.

Nas palavras de Santoro (2012, p. 27),

A vida é o mais importante bem do ser humano. Sem a vida não há nada. Não há liberdades. Não há propriedade. Não há felicidade. A fórmula é simples: o início é o início da vida; o fim é o fim da vida. A vida é, portanto, tudo. A vida humana condiciona todos os demais direitos da personalidade, como a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

No momento em que se eleva o direito à vida como diretriz suprema, como princípio maior, acaba-se, muitas vezes, por desprezar a morte.

Ao se referir à morte, adentra-se em um obscuro terreno, um assunto muitas vezes evitado por ser demasiadamente polêmico.

Conforme aponta Kübler-Ross (2000, p. 6 e 9), a morte parece ter sempre preocupado o homem, em todas as épocas e lugares, pois a tendência é que ela seja vista como algo negativo, a ser temido.

Destarte, frente ao horror à morte e ao desejo de tentar evitá-la a todo custo, Möller (2007, p. 33-34) lembra que, contemporaneamente, é corriqueira a prática do prolongamento excessivo do processo de morrer.

Em virtude dessa visão que se tem da morte, é que gera a discussão referente ao direito do homem em decidir o momento que sua vida deve cessar, considerando todo o sofrimento de sua existência.

Levando em conta o que se passa pela mente do admirável Ramón, no filme “Mar Adentro”, é possível inferir que, para algumas pessoas em estado terminal, ou acometidas por uma cruel limitação, como é seu caso, podem chegar ao ponto de não aguentarem mais adiar o momento de sua morte, pois sabem que ficarão inválidas de tal modo que somente lhes restará esperar pelo fim de seus dias, o que pode causar grande desconforto e sofrimento físico, espiritual e mental.

Para o personagem, o que está vivendo não pode ser considerado vida digna. Ele chega a comparar o que vive a um inferno, tendo em vista que sua existência se resume a quatro paredes e aos cuidados de outras pessoas. Essa dependência faz com que ele veja sua vida como algo humilhante, sem nenhuma dignidade, uma prisão da qual não consegue escapar: ele já se sente, de fato, morto.

Nas palavras de Ramón, *apud* Santoro (2012, p. 80), um pouco de seu sentimento de humilhação:

Sim, há vida em minha cabeça, porque amo a vida, mas toda vida, todo ser vivo é misteriosamente belo. E como sou um ser racional e tenho uma sensibilidade estética, não aceito a feiura de contemplar um ser vivo – nesse caso a mim mesmo – em um estado tão miserável de impotência; sobreviver assim me causa vergonha e, portanto, uma grande humilhação. Disso nasce o conceito racional de morrer para defender nossa dignidade. Repito que amo qualquer ser vivo, e não somente a mesquinha, cobiçosa e soberba espécie humana – que amo também, apesar de tudo – mas me parece que há algo berrante em sua forma de raciocinar. Esse empenho tão grande em proteger a si mesma que chega ao absurdo de querer proteger a vida dos demais indivíduos de sua espécie contra a vontade racional destes. Essa é uma forma de escravidão.

O que se pretende abordar não é se Ramón está certo ou errado em querer morrer. Para a maioria das pessoas, isso pode parecer um absurdo, já que há muitos casos de deficientes físicos que conseguem levar sua vida de forma natural, com expectativas, planos e uma vontade imensa de que esta continue por um longo tempo.

Não se almeja tratar desses casos. O objetivo do presente estudo não é verificar se a vida se resume ou não ao que o personagem diz. Apoiá-lo não significa pensar que todas as pessoas tetraplégicas, ou com doenças degenerativas e limitativas, como aquela que acometeu a personagem Julia ao longo da trama, devam ter o mesmo pensamento suicida. Até porque a superação depende de cada indivíduo, de forma particular.

Assim, sem querer adentrar em questões desse gênero, o que se busca analisar é se as pessoas possuem (e devem ter reconhecido judicialmente) o direito de decidir sobre sua morte. E se estão impossibilitadas de decidir por elas mesmas, se podem (ou devem) ser autorizadas a fazê-la do modo que lhes aprouver.

Não é fácil mergulhar em um assunto tão profundo e se manter neutro. Muito mais difícil é não se comover com a envolvente história de Sampedro, que apenas clama pelo reconhecimento do direito à liberdade, à autonomia da vontade.

Nesse sentido, utilizando-se das palavras do próprio protagonista,

[...] negar a propriedade privada de nosso próprio ser é a maior das mentiras culturais. Para uma cultura que sacraliza a propriedade privada

das coisas – entre elas a terra e a água – é uma aberração negar a propriedade mais privada de todas, nossa Pátria e reino pessoal: nosso corpo, vida e consciência, nosso Universo.

A grande dificuldade reside em identificar os contornos da promoção de garantias de dignidade no viver e no morrer.

É evidente que o assunto envolve questões éticas, morais e religiosas. Em um determinado momento do filme, depara-se com a figura de um padre, também tetraplégico, que resolve visitá-lo para tentar dissuadi-lo da ideia de morrer. Tenta, assim, convencê-lo de que sua decisão é um equívoco, uma aberração.

Sampedro, como já era de se esperar, certo de suas crenças, e irredutível quanto à sua decisão, simplesmente rechaça todos os argumentos utilizados pelo sacerdote. Dentre esses momentos, destaca-se um trecho no qual o padre afirma que não há liberdade sem vida, e rebatido por Ramón apontando que não existe vida sem liberdade. Nota-se que sua relação com a religião é bastante tensa, haja vista a natural resistência desta com assuntos como a questão em apreço.

Para Chaves (1986, p.13), a disposição do corpo para a abreviação da morte é rechaçada pelas concepções religiosas, como a Igreja Católica, por exemplo, que tem como preceito que o homem não é senhor e proprietário, mas somente usufrutuário de seu corpo e de sua existência.

Outrossim, França, *apud* Santoro (2012, p. 32) afirma que “a vida humana, sendo um bem tutelado pelo Estado, é patrimônio coletivo, e por isso ninguém é dono de sua própria vida a ponto de dispor livremente dela”.

O citado autor acrescenta, ainda, que “a liberdade de morrer está substituída pela obrigação de viver”.

Essa obrigação de viver supracitada como patrimônio do Estado, muito se aproxima da concepção religiosa da santidade da vida, conforme aduz Diniz, *apud* Santoro (2012, p. 33), e que, por isso, leva a crer que a pessoa deva viver independentemente da sua vontade.

Dworkin (2003, p. 259) não concorda com essa concepção, ele acredita que

Assim, o direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro, não pode optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes.

Ele ainda conclui que, qualquer que seja a opinião sobre eutanásia ou suicídio, o que se deve garantir é a possibilidade de decisão de cada indivíduo, com fulcro na liberdade, pois, para ele, qualquer constituição verdadeiramente centrada em princípios deve garantir esse direito a todos.

Na tentativa de fugir de julgamentos religiosos e morais, é necessário focar no que realmente interessa, baseando-se nos princípios da dignidade e da autonomia, é que se pretende aprofundar no estudo do cerne deste trabalho: a vida como direito, e não como obrigação, enfim, o direito à morte digna.

### 1.1 Uma breve distinção entre os termos eutanásia, distanásia e ortotanásia

*A priori*, calha ressaltar que, etimologicamente, o termo eutanásia, significa "morte boa" (eu = bom/boa; thánatos = morte) ou "morte sem grandes sofrimentos". Acerca desse termo, Santoro (2012, p. 117) estabelece que

Eutanásia pode ser entendida como o ato de privar a vida de outra pessoa acometida por uma infecção incurável, por piedade e em seu interesse, para acabar com os seus sofrimentos e dor. O móvel do agente, portanto, é a compaixão para com o próximo.

Conforme o autor supracitado, a eutanásia pode ser classificada como ativa ou passiva. A primeira será aquela em que o evento morte resulta de uma ação direta do médico ou de pessoa interposta, assim como, no caso em que são aplicadas doses letais de drogas ao paciente. Esta pode ser subdividida em direta e indireta. No caso da direta, o encurtamento da vida do paciente é provocado pela utilização de fármacos, ou seja, existe uma "ajuda a morrer". Enquanto que na indireta, apesar de haver aceleração do processo mortal, esta não se dá pela utilização de medicamentos que provoquem a morte, mas sim que promovem o alívio da dor e do sofrimento do paciente, que fatalmente o levará a óbito.

A eutanásia passiva, ao contrário, é resultante de uma conduta omissiva, a qual há a cessão ou interrupção dos cuidados médicos indispensáveis à manutenção da vida. Esta não é punível no ordenamento jurídico brasileiro, visto que não se pode exigir outra conduta do profissional médico frente à situação em concreto, a não ser a necessidade de fazer o bem ao seu paciente conforme determina o princípio da benevolência, e ainda não permanecer inerte enquanto o doente é submetido à verdadeira tortura, o que é expressamente vedado na Constituição Federal.

Acerca da distanásia, por sua vez, de acordo com Maria Helena Diniz (2001), esta nada mais é que o prolongamento artificial do processo de morte, prorrogando igualmente o sofrimento da pessoa. Muitas vezes, o desejo de recuperação do doente a todo custo, acaba prolongando sua agonia, ao invés de ajudar ou permitir uma morte natural. Para a autora, trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Nas suas palavras, "não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte".

Acredita Santoro (2012, p.129) que o profissional de medicina foi preparado com a intenção de salvar seu paciente sempre. A morte era associada a um fracasso

na prestação de seus serviços e, por isso, dificilmente a aceita como uma consequência natural. Ocorre que, nessa tentativa de “prolongar a vida” pode submeter o paciente a uma verdadeira tortura, através de uma morte lenta e sofrida. Há de salientar que todo método de tortura é vedado em nosso ordenamento jurídico.

A ortotanásia, por conseguinte, significa morte no tempo certo, caracteriza-se pela limitação ou suspensão do esforço terapêutico, ou seja, do tratamento ou dos procedimentos que estão prolongando a vida de doentes terminais, sem chance de cura (ALMEIDA, 2009, s.p.).

Ainda, segundo Santoro (2012, p. 133), a ortotanásia baseia-se no comportamento do médico frente a uma morte iminente e inevitável, no qual ele suspende a realização de atos que prolongam desnecessariamente a vida do indivíduo, que lhe causam dor e sofrimento, e passa a agir através de cuidados paliativos para que o paciente venha a falecer com dignidade. Por isso, a ortotanásia pode ser considerada a conduta mais apropriada frente à morte, já que é realizada a seu tempo e modo. Nas palavras do autor, “reconhece-se, acima de tudo, que a função do médico é fazer o bem ao seu paciente, ainda que este venha a falecer. Respeita-se em consequência, a dignidade da pessoa humana”.

Para Villas-Boas (2005, p.80 ou 138), a ortotanásia

[...] é o objetivo médico, quando já não se pode buscar a cura: visa a prover o conforto ao paciente, sem interferir no momento da morte, sem encurtar o tempo natural de vida nem adiá-lo indevida e artificialmente, para que a morte chegue na hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração incontornável.

É válido salientar, que, se houver a mínima possibilidade de salvar o paciente, ainda que remota, o médico deve continuar o tratamento que, de maneira alguma, é considerado inútil.

A ortotanásia não pode e não deve ser confundida com a eutanásia passiva. Embora ambas convergirem no sentido de agir por compaixão ao próximo, propiciando uma morte sem dor ou sofrimento através da omissão na prestação ou continuidade do tratamento, elas se diferem no início do processo mortal. Na ortotanásia, o evento morte já teve início, enquanto que na eutanásia passiva esta omissão é que será a causa do resultado. (SANTORO, 2012, p.138)

Apresentadas as definições dos termos tão comumente confundidos, mais adiante se passará a discutir em qual dessas modalidades se encaixaria o caso em estudo, ou até mesmo se este não se encaixa em nenhum deles.

## 1.2 O princípio ético da dignidade humana

Vale ressaltar, de início, que a dignidade humana foi elevada, com o advento da Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil, o que deixa bastante clara a sua extrema relevância.

Nas palavras de Silva (2000, p. 147), “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Para Sarlet (2006, p. 236-237), o conceito de dignidade humana seria

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, 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.

Quando se olha para o passado, é possível identificar alguns momentos da história em que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida, ainda que de modo bastante tímido.

Consoante refere Möller (2007, p. 74), no século XVIII, com a concepção jusnaturalista, segundo a qual todos os seres humanos são igualmente livres por natureza e detentoras de certos direitos inatos, sendo que tal ideal é proclamado nas declarações de direitos resultantes das Revoluções Americanas e Francesa. Consigna, ainda, que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, conforme expresso no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Todas as pessoas pertencem ao mesmo gênero, ou seja, o gênero humano. Assim, imperioso reconhecer que, independentemente de qualquer circunstância, todos os seres humanos possuem essa qualidade. O direito à vida, portanto, está intimamente atrelado à dignidade humana, uma vez que não basta ter vida, é necessário que esta seja digna.

Afirma Dworkin (2003, p. 33) que “as pessoas têm o direito de não ser vítimas da indignidade, de não ser tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito.” Desse modo, o autor infere que deve-se conferir às pessoas o direito de viver em condições possíveis de sentir amor próprio.

Neste mesmo sentido, Castro (2007, p. 284-285) entende que o direito à vida não se restringe somente ao estado de ser vivo, mas a uma forma de exercer os

predicados da existência, de maneira que atue no mínimo nos padrões de dignidade existencial.

É nesse ponto, pois, que se pretende chegar. Muitas vezes, pacientes em estado terminal passam por um sofrimento tão grande, uma angústia tão severa, que chegam a declarar que sua vida já acabou, que o resto de dignidade que ainda possuía acabou se esvaindo em virtude do tão doloroso sofrimento.

No confronto entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, não se pode prestigiar exclusivamente a vida biológica a fim de estender a maior quantidade de vida possível, e negligenciar assim a dignidade, conforme aduz Santoro (2012, p.86).

Para Sá (2005, p.32), “o prolongamento da vida somente se justifica se trazer ao paciente algum benefício e desde que não fira a dignidade da pessoa humana”.

Sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental a ser respeitado em todos os momentos, deve-se atentar a ela desde o início da vida ao fim desta, ou seja, apreciando-a desde o nascimento do indivíduo até o momento de sua morte.

Assim, conforme dispõe Lenza (2010, p. 751), “nessa linha, dentro da ideia de vida digna, a eutanásia ganha destaque, pois o direito à vida, quer significar também, o direito de viver com dignidade”. É por essa razão que o aludido autor menciona que a eutanásia passiva vem adquirindo vários defensores (o desligamento das máquinas, os doentes em estágio terminal, sem diagnóstico de recuperação), bem como o suicídio assistido. Já a eutanásia ativa, para alguns, é considerada como homicídio.

Lembre-se do caso concreto que embasa essa discussão. O protagonista que afirmava ter sua vida perdido qualquer sentido, por se ver preso em uma cama, totalmente dependente de terceiros para as atividades mais simples, tirando-lhe a privacidade, intimidade, bem como a própria dignidade. Em certo momento, chegou a dizer que se recusava a andar de cadeira de rodas, pois não aceitava “migalhas” do que foi sua vida.

Na história do filme, a complexidade dessa reflexão, acerca do que vem a ser dignidade, é bem maior. Isso porque se trata de um indivíduo tetraplégico, totalmente lúcido e inteligente que, embora limitado fisicamente, por conta da deficiência sofrida, poderia, na opinião de muitos, levar uma vida dotada de dignidade como as outras pessoas. Por isso é que a ideia de bom senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada.

Observa-se, assim, que a presente discussão depende muito do ponto de vista. Não se trata de um paciente terminal propriamente dito, nem mesmo de doença incurável. É o caso de alguém que sofreu uma grave limitação, mas que possui expectativa de vida. Por haver essa possibilidade de vida digna, embora com restrições, é que o enredo de “Mar Adentro” se torna tão intrigante.

### 1.3 A autonomia da vontade

Importa salientar, inicialmente, que a liberdade compreende o que vem a se entender por autonomia da vontade.

Segundo pondera Köller (...), o termo autonomia deriva do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo ou lei).

A autora em questão, ainda, comenta que a defesa da liberdade de escolha do indivíduo, no tocante à esfera mais privada da sua vida, assim como a preocupação com a proteção da diversidade de opiniões, sentimentos e concepções de vida, deve ser incessantemente buscada.

Explica Santoro (2012, p. 101) que “de acordo com o princípio da autonomia, deve ser respeitada a capacidade de decisão do ser humano, possibilitando que decida por si próprio aquilo que lhe pareça melhor.”

A autonomia da vontade se revela como um direito fundamental do homem, constituindo um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos. De acordo com Amaral Neto (1998, p. 10), o ser humano deve ser compreendido como “[...] agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros”.

Diante disso, é que se deve respeitar a autonomia daquele que decide quitar com sua própria existência, porquanto respeitar sua liberdade de decidir em ter uma morte digna é também respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Insta consignar o que assevera Sarmiento acerca da autonomia da vontade:

[...] está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana”, haja vista que negar ao ser humano a capacidade de decidir autonomamente de que forma prefere viver, quais projetos deseja buscar, quais as formas de conduzir a sua vida privada, é, de certa forma, “frustrar sua possibilidade de realização existencial

Pois bem. Passadas tais considerações, o que deve ser abordado, por conseguinte, é o alcance da autonomia da vontade no que tange à possibilidade de que o homem possa dispor de sua própria vida.

Não cabe ao Estado decidir sobre os rumos a serem trilhados pelo indivíduo, considerando que tais decisões somente a ele, desde que não prejudique terceiros.

No caso de Ramón, embora seja discutível se o princípio ético da autonomia da vontade deveria prevalecer, já que há quem defenda que não se trata de direito à autonomia da vontade, mas sim do direito a um suicídio assistido, algumas considerações devem ser feitas.

É preciso lembrar que, somente em casos de notória excepcionalidade, nos quais é impossível a comissão de um suicídio, é que se faz necessária uma análise sob um novo prisma pela Justiça.



A Corte Espanhola se ateve em aplicar estritamente a lei vigente na época, não tendo promovido um debate mais aprofundado e que trouxesse à tona os contornos da discussão, com a participação do povo e de opinião de terceiros conhecedores do assunto.

Urge salientar que o Direito decorre das demandas da sociedade, pelo que deve refletir os anseios desta, amoldando-se ao momento histórico no qual se insere. O Direito, por ser dinâmico, e não estático, não pode simplesmente dar as costas à sociedade, na medida em que o povo suplica pela sua evolução, pois deve acompanhá-la e ser constantemente repensado.

É evidente que não se pretende afirmar que os juízes devessem ter deixado de aplicar as leis, pois não lhes compete adotar entendimentos contrários à lei. No entanto, cabe aos envolvidos, e igualmente ao Poder Legislativo, uma discussão aprofundada sobre o tema, de modo a promover uma solução que se mostre mais adequada aos anseios da sociedade, inclusive por meio de audiências públicas que envolvam pessoas interessadas ao tema (como por exemplo, profissionais da medicina, a sociedade, familiares do doente, e o próprio doente), o que legitimaria um avanço indubitavelmente benéfico.

Por derradeiro, resta assinalar que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são, da mesma forma, essenciais, uma vez que a postura dos juízes deve estar pautada nesses preceitos diante de situações tão delicadas.

## 2 COLISÃO ENTRE DIREITO À VIDA E DIREITO À LIBERDADE

Conforme é sabido, nenhum direito é absoluto, razão pela qual pode ser restringido em determinadas situações, em face da colisão com outros direitos.

Sob o prisma jusfilosófico de Robert Alexy, quando se verifica colisão entre dois princípios, a solução a ser adotada transcende os critérios clássicos de antinomia entre regras.

É prevalente, segundo Amado (2010, p. 22), que, no atual patamar do constitucionalismo, o conflito entre princípios não se resolve com sacrifício abstrato de um deles, devendo ser equacionada a tensão de acordo com o caso concreto, observadas as suas peculiaridades, manejando-se o Princípio da Proporcionalidade.

Para Alexy (2011, p. 112), os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles.

Assim, para Dworkin, a distinção entre princípios e regras tem natureza lógica e pode ser definida pela natureza da orientação que oferecem para o caso. Ressalte-se que as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Desta maneira, o conflito de regras é resolvido através da utilização de critérios clássicos como a hierarquia ou a especialidade, em que se declara a invalidade de uma delas. Em contrapartida, o conflito de princípios é solucionado sem que um deles seja retirado do ordenamento jurídico, devendo ser observada a importância ou força relativa de cada um deles, no caso concreto.

Consoante afirma o próprio Alexy, “el punto decisivo para a distinción entre reglas e principios es que los principios son mandados de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandados definitivos”. (ALEXY, 1997, p. 162)

Nesse passo, para aplicação dos princípios, faz-se mister analisar condições fáticas e jurídicas. Com propriedade, assevera o citado autor

En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.”. (ALEXY, 1997, p. 162)

Nesse sentido, Alexy aponta a ponderação como o pilar que permite não apenas resolver eventuais colisões de princípios, como também manter sua normatividade sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Até porque, é valioso lembrar, um princípio não exclui o outro: é possível que um princípio se sobressaia no caso concreto sem que o outro seja eliminado, extirpado.

É por isso que a postura a ser tomada ante a colisão entre princípios é tão peculiar, e merece toda a atenção nesse estudo.

No filme em questão, é possível observar o confronto entre o direito fundamental à vida e o direito à liberdade, ambos princípios de notória relevância. Em que pese o direito à vida seja apontado como valor supremo, em uma hierarquia superior, tendo em vista que nenhum outro direito seria possível se não houvesse vida, nas situações em que este colidir com outro direito, a depender do caso concreto, nem sempre ele prevalecerá.

Isso porque, vale reiterar, nenhum direito se sobrepõe ao outro, em todas as situações, indistintamente, devendo ser observado, caso a caso, a teoria dos princípios de Alexy e a técnica da ponderação de direitos.

Veja-se o caso de Ramón Sampederro. Embora seja garantido o direito à vida, não se pode confundir direito com obrigação. E, no caso em epígrafe, o próprio personagem suplicava pela disposição da vida em prol de sua liberdade de escolha.

Portanto, vê-se claramente um nítido caso de contraponto ao direito à vida, uma vez que se o próprio titular do direito o renuncia, não há que se falar em que o Estado o obrigue de exercê-lo, ferindo sua liberdade.

O Estado-juiz, ao se omitir ou ao não autorizar que o indivíduo busque auxílio de terceiros para efetivar sua intenção, acaba por negar-lhe o direito à sua liberdade, haja vista sua condição de impossibilidade de exercê-lo por seus próprios esforços.

Não se pode olvidar, claramente, que tais situações são de tamanha excepcionalidade, devendo ser permitidas somente quando o próprio titular do direito, expressamente, o requeira, e esteja lúcido (capaz) para fazê-lo.

Passa-se, a seguir, à discussão se o caso em tela se trata de eutanásia ou suicídio assistido e a distinção desses conceitos.

## 2.1 Eutanásia ou suicídio assistido?

A morte assistida, de um modo sintético, pode ser definida como o auxílio para a morte de uma pessoa, que pratica pessoalmente o ato que conduz à sua morte. O terceiro, nesse caso, apenas auxilia, não originando o ato criador do risco.

É nesse ponto que reside a seguinte dúvida: no caso vertente, trata-se de eutanásia ou suicídio assistido?

Para isso, será preciso, primeiramente, trazer algumas definições do que vem a ser suicídio e sua forma de auxílio.

De acordo com Jiménez, *apud* Greco (2012, “o suicídio, que pode ser definido como “morte voluntária, querida e desejada, de uma pessoa com capacidade de agir, é uma conduta propriamente humana, e praticamente desconhecida pelo resto dos seres vivos”.

Assim, alude o autor que, quando uma pessoa chega à decisão de que sua existência já não faz mais sentido, de que o sofrimento supera seus projetos, prazeres e desejos, o Direito não pode intervir proibindo esse comportamento, e menos ainda sancioná-lo. Isso porque se o suicida conseguiu seu objetivo, nada nem ninguém pode atuar juridicamente contra ele; não tendo logrado êxito, o único que poderia conseguir imposição de uma sanção era justamente um efeito contrário ao que se persegue: que o sujeito volte a tentar acabar com sua vida em virtude do sofrimento que derivaria de seus novos problemas com a administração da justiça.

Acerca do assunto, Santoro (2012, p. 123) aduz que

O suicídio assistido também pode ser conhecido como auto-eutanásia, que é a eutanásia realizada pelo próprio indivíduo, que dá fim à sua vida sem a intervenção direta de terceiro, apesar de sua participação por motivos humanitários, prestando assistência material ou moral para a realização do ato.

Para Casabona, *apud* Santoro (2012, p. 123), não há o que se confundir entre o suicídio assistido ou auto-eutanásia com o suicídio genérico, haja vista o primeiro ser fundamentado na aceleração do momento da morte como único meio de se

abreviar o sofrimento físico e moral derivado de uma enfermidade terminal ou deficiência irreversível (no caso de um acidente), enquanto que o segundo consiste em privar-se da vida voluntariamente por qualquer outra circunstância diferente.

Ambos os casos, eutanásia e suicídio assistido, se assemelham especialmente em virtude do motivo que leva à morte, a qual o enfermo está submetido a uma doença incurável, que o leva a dor e ao sofrimento intenso. O fim para o paciente nesses dois casos também é uma morte tranquila e sem dor após o consentimento prévio. E inclusive, existe a participação de um terceiro, movido por uma ação de respeito e misericórdia.

No entanto, esses conceitos se diferem. O ordenamento jurídico prevê resultados diferenciados para aqueles que praticarem o crime de auxílio, indução ou instigação ao suicídio e para quem praticar o homicídio impelido por relevante valor social ou moral.

A participação no suicídio assistido está ligada ao auxílio prestado por terceiro para que a vítima consiga se matar, fornecendo os meios necessários para tal ação através de uma participação material (fornecimento de objetos), ou moral, diversos do induzimento e da instigação, por exemplo, instruindo como praticar a sua intenção. (SANTORO, 2012, p.124)

O autor ainda complementa:

O comportamento do sujeito ativo dos crimes de auxílio ao suicídio e homicídio, ainda que consentido, é diverso, embora a sua origem seja a mesma (compaixão com o próximo). No primeiro, o ato consumativo da morte é praticado pela vítima, enquanto que no homicídio consentido é o próprio sujeito ativo quem pratica o ato que será a causa executiva da morte. A diferença reside em quem efetivamente pratica a conduta que levará o paciente à morte e, portanto, se o sujeito ativo praticar qualquer conduta que pertença à execução, responderá por homicídio e não, por auxílio ao suicídio.

Tal distinção faz-se fundamental, haja vista o Código Penal brasileiro atribuir uma pena maior aos casos de homicídio, qual varia entre 6 e 20 anos, no entanto, no caso de eutanásia, aplicar-se-ia a diminuição da pena de um sexto a um terço em face da prática do crime por relevante valor social ou moral, ou seja, a pena mínima para a prática da eutanásia é de quatro anos. Enquanto que, para aqueles que apenas assistem auxiliam a vítima a cometer suicídio, mesmo que, por motivos eutanásicos, responderá pelo disposto no art. 122 do Código Penal, que prevê pena de dois a seis anos para o suicídio consumado, e de um a três anos se resultar em lesão corporal de natureza grave.

Nesse diapasão, explica Castro (2010, p. 675)

Em que pese a inflexibilidade da legislação penal brasileira nesse campo, cada vez mais médicos e famílias de doentes terminais e agonizantes

reivindicam a faculdade de abreviação do sofrimento mediante à interrupção do uso de aparelhos e tratamentos de vultoso custo econômico que podem prolongar indefinidamente a vida vegetativa. Trata-se da opção filosófica pela morte digna, considerando que todo indivíduo aspira ao direito a um tipo qualificado de morte sem sofrimento [...].

Vale lembrar que, nos termos do que leciona Capez (2007, p. 90-91), nos casos em que há ausência de capacidade de entendimento da vítima, o agente será considerado o autor mediato do delito de homicídio, visto que, a ausência de capacidade penal serviu como mero instrumento para que o agente lograsse seu propósito criminoso, qual seja, eliminar a vida no imputável.

Resta evidente que a legislação brasileira não admite a eutanásia, pelo que se pode afirmar que é considerada retrógrada, tendo em vista a legislação de outros países, como se pode ver em alguns países europeus e outros americanos.

Por exemplo, a Bélgica, a Holanda e alguns estados norte-americanos regulamentam a eutanásia e morte assistida, de modo que permitem a aplicação desta em casos de doenças incuráveis e terminais após um acompanhamento médico sobre cada caso. (MOLINARI, 2014, s.p.)

Ademais, alguns países sul-americanos, como Colômbia e Uruguai, não regulamentam expressamente sobre o referido assunto. No entanto, o país prevê a possibilidade de os juízes isentarem de pena a pessoa que comete o chamado homicídio piedoso.

Dessa forma, permite-se que o juiz, após análise do caso concreto, decida pela isenção da pena o agente que abreviar a morte de uma pessoa em estado terminal, desde que cumprido determinados requisitos, como afirma Goldin, *apud* Molinari (2014, s. p.):

De acordo com a legislação uruguaia, é facultado ao juiz a exoneração do castigo a quem realizou este tipo de procedimento, desde que preencha três condições básicas: ·ter antecedentes honráveis; ·ser realizado por motivo piedoso, e ·a vítima ter feito reiteradas súplicas.

Na Suíça, por sua vez, tem-se uma maior liberdade no que tange à vontade do indivíduo de dispor de sua própria vida. Embora não haja regulamentação expressa, a Corte Federal reconheceu o direito de morrer das pessoas (morte assistida). O país em questão é mundialmente conhecido por “Turismo da Morte”, visto que muitos estrangeiros procuram a Suíça para encerrar sua vida, de modo indolor e rápido, desde que os interessados apresentem documentos médicos comprovando o diagnóstico de doença incurável ou que provoque incapacitação física grave. (MOLINARI, 2014, s.p.).

Vistos esses breves relatos acerca do tema, extrai-se que os mencionados países já evoluíram na medida em que se aborda o assunto referente ao direito à morte à luz da autonomia da vontade, o que representa um avanço.

O filme em análise se passa na Galícia, na Espanha, nos anos 90, época na qual não se permitiu o reconhecimento judicial do pedido feito por Ramón.

De acordo com a lei espanhola, como é passado no filme, o caso de Ramón se trata de suicídio assistido e não de eutanásia, assim como no Brasil. Tendo em conta a lei brasileira, não é permitido o auxílio de terceiros ao suicídio, respondendo aquele que ajuda material ou moralmente o suicida a realizar seu propósito pela conduta inculpada no art. 122 do Código Penal Brasileiro.

Consoante aborda Capez (2007, p. 86), a justificativa para essa vedação em nosso sistema penal é a de que, “sendo a vida um bem público indisponível, o ordenamento jurídico veda qualquer forma de auxílio à eliminação da vida humana, ainda que esteja presente o consentimento do ofendido”.

Nesse mesmo diapasão, E. Magalhães Noronha (p. 87; 225-226) ensina que “não é crime uma pessoa matar-se (morte física), mas é crime um indivíduo auxiliá-la; não é delito uma pessoa prostituir-se (morte moral), porém é delito um indivíduo favorece-la”.

A legislação penal vigente, em que pese seja baseada nos princípios da lesividade, intervenção mínima, adequação e proporcionalidade, possui normas semelhantes àquelas pertencentes ao ordenamento jurídico espanhol da época, que fez com que a Corte Espanhola indeferisse o pedido feito pelo personagem Ramón, já que estava apenas adstrito a interpretar o que dispõe a fria e estática letra da lei.

A fim de buscar uma solução para determinadas situações como a presente, seria necessária uma alteração legislativa, a fim de abarcar situações em que a pessoa maior e capaz, com seu consentimento, consciente de seu desejo, autorize terceiro a auxiliá-lo, ainda mais em se tratando de casos como de Ramón.

A regulamentação da matéria, portanto, é medida que se impõe, haja vista existir a necessidade de se regularizar essa situação que é atual e relevante para a evolução legislativa.

## CONCLUSÃO

É possível inferir que, no ordenamento jurídico brasileiro, o pleito formulado por Ramón não seria acolhido, assim como não o foi pela Corte Espanhola na época demonstrada pelo filme. Assim, somente uma alteração legislativa (*abolitio criminis*) poderia legitimar a conduta por ele perpetrada, que se trata nitidamente de suicídio assistido.

Conforme se observou, alguns países permitem a prática consensual a adultos que sofram de doenças severas e incuráveis - embora a doença não precise ser terminal.

Em se tratando de pessoas lúcidas, capazes e determinadas de sua intenção, não há porque o Estado interferir nessas situações, o que demonstra a

necessidade de uma nova regulamentação, mais aprofundada e atenta às necessidades de cada caso.

O enredo do filme “Mar Adentro”, baseado na história real de Ramón Sampedro, demonstra um caso bastante peculiar e de difícil solução, pois adentra em uma esfera de tamanha polêmica que envolve preceitos morais, filosóficos, religiosos, éticos e jurídicos, como se pôde observar.

Ocorre que, em se tratando de colisão entre direitos fundamentais, faz-se mister que haja uma análise pormenorizada de qual desses sobressairá ao outro, sem haver exclusão de qualquer deles, haja vista a fundamentalidade desses preceitos.

Entre o direito à vida e o direito à morte digna, considerando as peculiaridades da situação em comento, dá-se um maior enfoque à liberdade do indivíduo de cessar seu sofrimento, após 28 anos de “escravidão”, como afirma o próprio Ramón.

No momento em que não há mais vida digna para o próprio titular do direito, tendo a vida se tornado uma obrigação, um fardo a ser carregado, sem nenhum sentido para continuar, não há como ignorar sua vontade de fazer com que ela cesse.

A justiça não pode fechar os olhos para a realidade social, pois deve acompanhar sua transformação.

Conforme lembra Paulo Nader (2010, p. 29), semelhante ao trabalho de um sismógrafo, que acusa as vibrações havidas no solo, o legislador deve estar sensível às mudanças sociais, registrando, nas leis e nos códigos, o novo Direito.

Não se pretende com esse estudo, apontar uma solução única e certa para o tema, mas sim fomentar uma discussão aprofundada acerca das possíveis atitudes a serem tomadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e demais legislações estrangeiras. E, por esse motivo, que se sugere a realização de audiências públicas que envolvessem estudiosos e interessados no tema, a fim de promover a regulamentação do assunto, o que seria um tanto benéfico para evitar situações sem amparo legal.

NOTA DE FIM

1 Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, disponível em [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/mla\\_MA\\_19926.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf), acesso em 17.02.2015.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Patricia Donati. Jusbrasil. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/42016/quais-as-diferencas-entre-eutanasia->

morte-assistida-ortotanasia-e-sedacao-paliativa-patricia-donati-de-almeida. Acesso em 15.02.2015.

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. 208p.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. Direito Previdenciário Sistematizado. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição e o direito ao corpo humano. In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. *Volume 2: Parte Especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 9 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. Sobre a morte e o morrer – o que os doentes terminais têm para ensinar aos médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOLINARI, Mario. Eutanásia: análise dos países que permitem. Disponível em <http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>. Acesso em 18.02.2015.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Direito à morte com dignidade e autonomia. Letícia Möller Ludwig./ Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.



SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Fernanda Cristina dos Santos. Eutanásia a Legalização frente ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro, 2007. 92 f. Monografia. Universidade Candido Mendes.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Como citar esse artigo:

VICENTINI, Danielle  
Regina Bartelli;  
PEDROZO, Luiz  
Henrique Batista de  
Oliveira. “Mar  
adentro”: uma análise  
quanto ao direito à  
morte digna e suas  
implicações no mundo  
jurídico, in BERNARDI,  
R.; SALIBA; M. G.;  
BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia das autoras:**

*Danielle Regina  
Bartelli VICENTINI*  
Mestranda pela  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná.

*Luiz Henrique Batista  
de Oliveira PEDROZO*  
Mestrando pela  
Universidade Estadual  
do Norte do Paraná.

## **“MAR ADENTRO”: UMA ANÁLISE QUANTO AO DIREITO À MORTE DIGNA E SUAS IMPLICAÇÕES NO MUNDO JURÍDICO**

*Danielle Regina Bartelli Vicentini  
Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo*

### **RESUMO:**

O presente artigo utiliza-se da polêmica película espanhola intitulada “Mar Adentro” (2004), do cineasta Alejandro Almenabar, a fim de analisar o tema do direito à morte digna. Para uma melhor abordagem acerca da problemática, realizou-se uma análise doutrinária e legislativa sobre o tema, no intuito de se promover não só uma reinterpretação acerca dos conceitos sobre o direito à vida e à morte, mas também, para se enfatizar a discussão do ponto de vista da bioética e do biodireito.

**Palavras-Chave:** eutanásia, morte assistida, direito à vida, direito à morte digna.

### **ABSTRACT:**

This article uses the controversial Spanish movie from the filmmaker Alejandro Almenabar entitled “The Sea Inside” (2004) in order to address the topic of the right to a dignified death. For a better approach regarding the problem, it uses a doctrinal and legislative analysis of the topic in order to promote not only a reinterpretation about the concepts of the right to life and death, but also to emphasize the discussion on the point of view of bioethics and biolaw.

**Keyword:** euthanasia, assisted suicide, right to life, right to a dignified death.

## INTRODUÇÃO

Ninguém possui total controle sob a própria vida. Isso é fato! Mesmo assim, somos educados, desde muito cedo, a encarar nossa existência como sendo algo planejável.

Assim, de geração em geração, somos ensinados a conviver com os percalços da vida, motivados a enfrentar as adversidades. Somos estimulados a encontrar sempre que possível, ao menos uma alternativa para tudo. Porém, culturalmente, prevalece no nosso inconsciente o velho ditado, de que “só não se pode dar um jeito na morte”, ainda que os avanços da ciência e da medicina insistam em comprovar o contrário.

O resultado disso é que, falar sobre a morte, salvo em raras ocasiões, ainda é considerado assunto proibido, é tabu, sinônimo de mau agouro, prosa ruim.

Isso porque, como já dito, somos culturalmente condicionados a pensar em um futuro sempre promissor, repleto de reconhecimento profissional, saúde, sucesso, dinheiro e felicidade, por mais difícil e complicada que a vida possa nos parecer. Somos educados, muitas vezes, a acreditar em uma vida após a morte, ao passo que somos desestimulados a pensar no final de nossa existência, na nossa condição final enquanto ser humano.

Na verdade, a morte é parte integrante da própria vida, porque morrer significa o fechamento de um ciclo, a conclusão, é a etapa final de uma existência. Qualquer coisa, qualquer lugar, qualquer um, um dia acaba, mas em um mundo globalizado onde o pensamento neoliberal cada vez mais se faz presente, estimulando a concorrência, a vida produtiva, o assunto morte incomoda, assusta, provoca discussões e repulsa. É assunto que nos acompanha, mas que preferimos manter intocado até que o inevitável dia assim nos obrigue.

É certo que muitos de nós, com o passar dos anos, e conforme avançamos em nossa existência na Terra, nos esforçamos para acreditar, à custa das nossas próprias experiências de vida, que a morte pode ser algo mais suportável, entendível, lógico. Entretanto, ela sempre surpreende, porque muda tudo ao mesmo tempo que tudo permanece igual para boa parte do resto do mundo: as atribulações do dia-a-dia, o corre-corre no trabalho, o vai e vêm de pessoas nas ruas, mensagens, emails, noticiários de TV, o trânsito caótico e o serviço público que funciona mal.

Como dizem, sempre haverá em algum canto, alguém que chora a morte de alguém. E parece ser um choro solitário, miúdo, rascunho, um misto de tristeza e inconformismo, face à última etapa natural da vida daquele que parte. Ou, em não raras situações, é a demonstração clara da frustração, da impotência por não ter conseguido meios de prolongar a vida do outro.

Daí o cerne da discussão aventada neste trabalho: até que ponto a idolatria à vida é aceitável sob a ótica daquele que arrasta seus dias sem nenhuma expectativa de melhora? Teríamos nós o direito de reivindicar um final digno, com o mínimo de sofrimento possível? O ser humano teria o direito de desistir da vida, de não mais se

submeter a tratamentos que prolongam sua existência ou que não lhe garantem a qualidade de vida? Pode-se falar em direito a uma morte digna?

O filme em questão, além de comover plateias em todo o mundo, trouxe para os meios acadêmicos (em especial, nas faculdades de medicina e de direito) uma série de questionamentos éticos sobre a vida e a morte, dentre os quais se destacam: a vida tem algum valor quando marcada por deficiências que suprimem a liberdade e a autonomia? Como agir quando as circunstâncias comprovam que o indivíduo não encontra mais motivos para viver? Impor ao outro o dever de viver na tentativa de ressignificar sua existência é algo legítimo ou garantir-lhe o direito ao suicídio assistido seria algo razoável e justificável como assim fez “Ramón Sampetro”?

Sem a mínima pretensão de assumirmos uma postura julgadora, mesmo discordando da posição do Estado Espanhol no caso real que deu origem ao filme, buscamos através deste artigo argumentar o direito ao respeito que todo ser humano merece ter garantido dos primeiros aos últimos momentos de vida.

## 1. A QUESTÃO LEGISLATIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO

A palavra eutanásia, de origem grega possui significados variados como “boa morte”, “morte piedosa” ou “morte apropriada”, e foi proposta por Francis Bacon em 1623, em sua obra “História da Vida e da Morte”, quando discorria acerca de “um tratamento adequado às doenças incuráveis”.

No viés prático, caracteriza-se como a conduta em que alguém, deliberadamente e movido por fortes razões de ordem moral, causa a morte de outrem, vítima de uma doença incurável em avançado estado, a qual aparenta padecer de forte sofrimento e dor. Neste contexto, a eutanásia seria justificada como uma forma de pôr fim a um sofrimento acarretado por um longo período de doença.

O conceito técnico de eutanásia implica em uma ação positiva do médico para facilitar o processo de morte do paciente acometido por afecção incurável e que produza dores intoleráveis. Tal prática pode ser tipificada como crime de homicídio privilegiado pelo Código Penal, conforme disposto no art. 121, parág. 1º.

Já a morte assistida, também conhecida como suicídio assistido, consiste na promoção de meios para que o paciente terminal, por conta própria, ponha fim a sua vida. Difere da eutanásia, pois a decisão e a execução do ato partem do próprio paciente, enquanto terceiros, normalmente familiares e pessoas próximas, apenas colocam ao seu alcance os meios necessários para que aquele se suicide.

A morte assistida, por sua vez, é considerada crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio previstos no art. 122 do nosso Código Penal.

O ato de promover a morte antes “da natureza” concluir seu ciclo, por motivo de compaixão e diante de um sofrimento penoso e insuportável, sempre foi motivo de reflexão por parte da sociedade. Tal discussão torna-se cada vez mais presente e instigante, na medida em que se aprofunda o estudo dos direitos

fundamentais sob a perspectiva constitucional, em especial no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. O artigo 1º, inciso III, reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Já o artigo 5º, inciso III, diz expressamente que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, bem como inciso XXXV, o qual garante que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito, sendo este muito utilizado por pacientes a fim de impedir qualquer intervenção ilícita no seu corpo, ou seja, contra a sua vontade.

Como sabido, o princípio da dignidade humana é vetor para a identificação material dos direitos fundamentais. Com isso, apenas estará assegurado quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais. Nos dizeres de Vladimir Brega Filho (2002, p. 71), os direitos fundamentais estão relacionados à pessoa humana, pois são os necessários a garantir a vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana.

Para Perez Luño, “dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia de que a pessoa não será objeto de ofensa ou humilhação, implicando também, no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (LUÑO, 2004, p.34).

Mantendo esse raciocínio, leciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo que “a dignidade é um piso vital mínimo imposto pela Carta Magna como garantia da possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana no meio social” (FIORILLO, 2011, p. 20-21).

Assim, é entendida a dignidade da pessoa humana como a condição mínima para a pessoa viver uma vida digna que lhe propicie oportunidade de progredir não só na busca de patrimônio, riqueza, mas nos valores mais sublimes – como os direitos sociais e os ideais de justiça para todos.

Ademais, não podemos nos esquecer da dignidade da pessoa humana como autonomia, como poder individual, concepção presente aos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX, bem como em inúmeras constituições do segundo pós-guerra:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realiza-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser

subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade. (BARROSO; MATEL, 2010, p. 252)

A dignidade nasce com a pessoa, por isso, se diz que é inata. Na visão de Ingo Wolfgang Sarlet, “a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável”, isto é, não é uma criação do Estado que pode ser dada ou retirada de acordo com a pretensão do poder público, pois, é algo inerente ao ser humano e existe para cada pessoa (SARLET, 2001, p. 59).

No Brasil, a Constituição de 1988 considerou a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico e todo o texto constitucional é tratado dentro da concepção humanística. Daí falar-se que a dignidade da pessoa humana é o valor fundante do Estado brasileiro e inspiradora da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Por consequência, esse valor está presente de modo expreso ou implícito, em todas as partes da nossa Constituição.

Discorrendo sobre o assunto o respeitável jurista Luiz Edson Fachin (2001, p. 191), exemplifica:

[...] a dignidade da pessoa humana é o princípio estruturante constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do direito [...].

O valor dignidade da pessoa humana deve ser utilizado como vetor de interpretação à aplicação dos direitos fundamentais. Partindo da premissa de que o Estado e pessoa humana devem trabalhar juntos no objetivo de alcançar a verdadeira dignidade, entende-se que é impossível a convivência, com êxito, do Estado com o cidadão quando existe alguma forma de tensão nas suas relações, especialmente aquela provocada pelo medo ou insegurança.

Em suma, o ser humano tem direito a viver com dignidade e, igualmente, a morrer com dignidade. E uma reflexão sobre o que pode ser entendido por “morte digna”, leva, necessariamente, a um debate sobre a eutanásia e a morte assistida.

A luta terapêutica para preservar quantitativamente a vida tem privilegiado o organismo humano em detrimento do ser humano. Sendo o homem um todo indivisível (de acordo com a filosofia holística) não se pode subestimar a pessoa do doente em função da doença da pessoa. Se a morte física não é um mal absoluto e nem a vida é um valor absoluto, então o questionamento que se impõe é sobre estar se prolongando uma vida ou prolongando uma agonia. Por isso, tal decisão deve caber àquele que detém este direito: o titular do sofrimento, o próprio paciente. (GIOSTRI, 2013, p. 127)

É certo que o próprio artigo 5º da Constituição assegura a inviolabilidade da vida, mas não existem direitos absolutos. Assim, deveria ser ponderado em face de outros valores constitucionais igualmente básicos, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), a liberdade e a autodeterminação (art. 5º). A própria Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) diz que: ninguém pode ser privado da vida "arbitrariamente" (art. 4º).

O médico foi preparado técnica e psicologicamente para salvar a vida e não para a morte, que se torna indigna para ele. Paralelamente, uma morte artificial, após um prolongamento de vida artificial, pode não corresponder ao que o paciente previu ou ao que gostaria que ocorresse no momento de seu desenlace. Tendo a prática da eutanásia acompanhado o homem desde os seus primórdios, é de se entender que seus atuais defensores tentem discipliná-la legalmente como um procedimento humanitário, oriundo da sabedoria instintiva e intuitiva de nossos ancestrais (GIOSTRI, 2013, p. 127).

Em suma, no sistema constitucional brasileiro, não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana se fundamenta na autonomia, por meio do reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas. Assim, a princípio, o direito a morte digna se faz constitucionalmente admissível, podendo a eutanásia e mesmo a morte assistida serem permitidas no Brasil por meio de legislação ordinária, caso houvesse mais respeito e menos “conservadorismo” de nossos legisladores quanto ao tema.

## 2. DO DIREITO À VIDA COM DIGNIDADE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 1º, é clara ao dizer que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. dotados de razão e consciência, devem agir um para com os outros em espírito e fraternidade”.

Com base nesse preceito, o tribunal constitucional da Espanha tem então reforçado seu entendimento no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais” (SARLET, 2003, P.59).

No Brasil, segundo Alexandre de Moraes (2005, p. 63-64) o direito à vida com dignidade é tratado da seguinte forma:

A Constituição Federal garante que 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 segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à

existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira o direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência.

Assim, segundo a nossa Constituição, não basta a Lei garantir o direito à vida, é necessário garantir dignidade para vivê-la. Tanto isso é verdade que a Constituição Federal do Brasil, consagra, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um de seus principais fundamentos.

De tal modo que a discussão se põe em face não apenas do aborto, mas, sobretudo, do uso de células-tronco embrionárias, as quais podem se transformar em qualquer tecido, órgão ou parte do corpo humano contra outras, cuja replicação se dá de forma limitada.

Por isso, o início da vida ganha destaque: pesquisas científicas querem utilizar essas células tronco em terapêuticas curativas, põem novo desafio na definição do início da vida na medida em que a ciência requer da sociedade resposta para seu desenvolvimento. Porém, enquanto a evolução tecnológica anda a passos largos, o que se verifica é uma legislação totalmente falha e omissa no que diz respeito a tais situações.

A única legislação federal no ordenamento jurídico brasileiro que versa sobre biotecnologia é a Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005, denominada Lei de Biossegurança, recentemente questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, na forma da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 DF (Dje 28/05/2010) em face do que dispõe seu art. 5º.

Com isso, vários outros questionamentos e problemáticas da Bioética e do Biodireito encontram-se desamparados de uma legislação específica, tais como: reprodução humana, eugenia, tanatologia, direitos da personalidade, pesquisas científicas em seres humanos, diretrizes antecipativas de vontade, etc.

A omissão só não é total em face do pioneirismo do Conselho Federal de Medicina que por meio de suas resoluções, determina os preceitos éticos que o médico deve seguir no trato com os pacientes.

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (Resolução CFM 1805/2006)



Por seu turno, o Poder Judiciário mesmo na ausência de leis específicas, não se omite em julgar questões bioéticas quando instalado a se pronunciar.

Exemplos dessa atitude foram os julgamentos pelo STF da ADI-3.510-DF que decidiu pela constitucionalidade do art.5º, da Lei de Biossegurança, e recentemente da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54-DF, julgada em 12 de abril de 2012, em que restou consignado o direito da mulher fazer aborto em caso de constatada anencefalia do feto. Além destas, há uma série de outras decisões esparsas de Tribunais Estaduais sobre o tema da reprodução humana artificial.

Em ambos os casos, o legislador não cuida do fato biológico – início da vida, porém, interessa à sociedade que haja regras em relação ao período que vai do início ao final da vida, notadamente porque é dentro desse período de tempo que as pessoas se relacionam, em que utilidades são produzidas e por isso, têm maior relevância nas relações humanas.

A vida é um dos principais direitos que o Estado deve garantir aos seus cidadãos, porque é ela condição de existência no mundo e no ordenamento jurídico. Daí falar-se que o Direito não existirá se proclamar normas que limitem a vida.

Na verdade, a vida é um pressuposto à fruição de todos os direitos. Tanto que os direitos fundamentais podem ser também traduzidos por bens da vida, ou seja, durante a cessação da existência, não tem por que falar de liberdade, igualdade, propriedade e segurança para quem já não é titular da vida (NALINI, 2008, p. 194).

Ressaltam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, que o direito à vida é logicamente o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais (CANOTILHO, 2007, p.446-447).

A Constituição Federal em vigência consagra a inviolabilidade da vida humana contra todas as ameaças concretas e virtuais. E vida é um processo que tem início com a concepção. Este é o momento específico, cientificamente comprovado, da formação da pessoa (DINIZ, 2006. p.1-10).

O direito à vida é um direito fundamental do homem, porque é dele que decorrem todos os outros direitos. É também um direito natural, inerente à condição de ser humano. Mais do que discutirmos sobre sua manutenção, é preciso refletirmos sobre seu término.

Ao propor uma revisão sobre o conceito de vida, Enrique Dussel (2000, p. 93) trabalha sob o prisma de "uma ética da afirmação total da vida":

(...) vida humana que não é um conceito, uma ideia, nem um horizonte abstrato, mas o modo de realidade de cada ser humano concreto, condição absoluta da ética e exigência de toda libertação.

Sem dúvida, o questionamento sobre tal assunto envolve muito mais do que a complexa definição de vida, percorrendo a inquietação interior sobre o que

pensamos, queremos ou podemos esperar dela nos seus momentos finais. Além, é claro, da importante determinação do limite do poder de escolha do médico e do paciente.

Portanto, há que refletir se, muitas das vezes, não estaríamos a prolongar um sofrimento inútil em nome do direito objetivo e do avanço científico, esquecendo-nos do respeito ao próximo e sua autonomia, impondo nossos valores como dogmas inquestionáveis de conduta ética, a quem não mais quer apenas “sobreviver”.

### 3. A ÉTICA MÉDICA

Até poucos anos passados, o poder do conhecimento dos médicos fazia com que estes tomassem a decisão no lugar do paciente, agindo com paternalismo, sem respeitar a sua autonomia, a liberdade do indivíduo e o respeito à sua dignidade, pois, muitas práticas não podem ser vistas apenas no seu ângulo técnico.

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à chamada obstinação terapêutica. Alguns alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar débil sopro de vida, como bem advertem Fernando de Brito Alves e Maria Natalina da Costa (2013, p. 201):

O homem, por possuir inúmeros recursos tecnológicos e capacidade suficientes, deve fazer o possível para o bem da humanidade, porém, o curso normal da vida, controlar quando se tem início, ou controlar a morte não é de competência humana. No entanto, parece que o homem quer também esse poder.

Assim, o médico assume na atualidade, posição de enfrentamento à morte, considerada sua maior adversária, e disso pode decorrer uma luta desenfreada pela manutenção da vida a qualquer preço, indiferente à vontade do doente e de seus familiares. Empenham-se em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que a missão primordial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo.

No dizer de Perelman (1996, p.45), “um direito só é eficaz quando usufrui um consenso suficiente do meio a que é aplicável”. Em sentido realmente necessário legislar, quando os direitos fundamentais correm riscos, por exemplo, toda a sociedade deverá ser ouvida, uma vez que, no debate bioético, a pluralidade é essencial e interessa a todos (VIEIRA, 2012. p. 39).

O Direito não é considerado como fator de emancipação dentro da sociedade, no sentido de que recepcione a chegada de realidades inéditas e não conhecidas. Mas, também, não pode mais se prestar a ser instrumento de conservação. Não é a panacéia para todos os males. Mas vale social e

humanisticamente, porque pode retificar, ajustando, de forma racional, ou coordenando valores, ou pura e simplesmente porque pode pôr ordem no tumulto de nossas invenções. Mesmo quando se apresentam como boas e indispensáveis, as inovações não se introduzem na vida de um organismo sem certo abalo dos ritmos que eram, afinal de contas, essa mesma vida. São esses abalos que o Direito, talvez, possa impedir, atenuar ou assimilar. (LOPES, 2013, p. 255)

Escreve o americano Dworkin (2002, p. 40), “a atitude do Direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo é colocar o princípio acima da prática para mostrar um melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado”. E, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade, apesar de divididos pelos nossos projetos, interesses e convicções.

Nesse sentido, o Código de Ética Médica (Lei n. 1.805/2006) é um documento que parte do princípio que a vida é um bem, cuja titularidade cabe a cada um e que essa titularidade protegida por direito de propriedade, em certas circunstâncias é inalienável, tudo dependendo da capacidade do titular. A autonomia das pessoas e a alocação de recursos escassos para prover universalmente os serviços de saúde, de cuja harmonia resulta a melhor utilidade social, entende-se estar contemplada na resolução mencionada (SZTAIN, 2009. p. 244-245).

O direito à vida no constitucionalismo contemporâneo passa por mudanças. Como leciona Carmem Lúcia Antunes Rocha (2004, p.13): “Antes, se tinha certeza da reposta. Agora a única certeza é que tudo é uma incerteza na vida. Antes, só era certa a morte. Agora, como acentuei, nem a morte é certa. Deixou de ser um ato (ou desatino). Passou a ser um processo, tal qual a vida”. Portanto, claro está que todos indistintamente têm direito a uma vida digna, livre e em igualdade de condições, mas o que se coloca aqui e como decorrência lógica de tudo o quanto exposto é que o conceito de “vida digna” passa, obrigatoriamente, por “viver dignamente”.

Nesse processo de viver, é difícil determinar o sentido da qualidade de vida, pois, no seu bojo são inseridos elementos como saúde, felicidade, liberdade e é em busca de melhorar a qualidade de vida, especialmente na saúde, que tem sido feitos investimentos em pesquisa de novas terapêuticas, drogas e equipamentos. A prevenção e a cura de doenças aumentam o bem-estar geral, gerando qualidade de vida. Então, a ligação entre a qualidade de vida e a saúde é tão direta que a determinação do padrão universal é feito pelo padrão de saúde das pessoas. Se a vida é um bem precioso que requer normas tutelares, surge o questionamento: quem é o titular da vida desde o nascimento até a morte?

Na visão dos autores consultados, a propriedade é a melhor tutela, a mais interessante, pois, além de poderem usar, gozar e dispor da posição jurídica, a inviolabilidade está presente. Nos termos da Constituição, seria um direito de propriedade e inviolável cujo titular é a pessoa (art.5º, CF/88). É que a garantia da inviolabilidade à vida, exclui qualquer pessoa, ao menos em teoria de faculdade para

invadir a esfera jurídica, a vida, de outrem. Sobre poder de disposição, a vida não é um bem circulável no sentido de poder ser negociada em mercado, mas sem vida e sem capacidade, a pessoa não está apta para qualquer ato da vida civil (SZTAIN, 2009. p. 248.249).

Evidência de que a vida é direito de propriedade emerge do art. 15, do Código Civil de 2002, o qual proíbe submeter alguém, com risco de vida, a tratamento ou cirurgia. Ou seja, repete-se sob outra vestimenta, a disposição que garante a inviolabilidade da vida, que com risco de morte derivada da terapêutica, o procedimento está vedado.

Enfim, para respeitar o princípio da autonomia do paciente, faz-se necessário cumprir com o direito à informação, que dá sustentabilidade à tomada de decisão, e esse é papel dos médicos na retomada da relação médico-paciente.

#### 4. DIREITO DE ESCOLHA DE MORRER COM DIGNIDADE

Após breves comentários sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o direito à vida, vamos nos ater ao estudo do direito de escolha de morrer com dignidade.

De acordo com o art. 3º da Lei n.9434, de 4 de fevereiro de 1997, a Lei dos Transplantes, “é considerada para fins de término da vida humana a morte encefálica”. Na concepção de Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 44):

[...] o critério para o diagnóstico de morte cerebral é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos como a pressão arterial e a função respiratória.

Assim, para o ordenamento jurídico, a morte só é considerada após a paralisação da atividade cerebral. Antecedendo a este momento, o paciente está em processo de morrer, por esta razão tem a sua dignidade assegurada até o final de sua existência.

O desafio que se apresenta é regulamentar o direito à escolha de como se deseja morrer, bem como assegurar esse direito nos aspectos ético, científico e jurídico.

Nesse sentido, Débora Diniz (ago./2006, p.1741-1748) escreve no artigo: “Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em criança”:

Não se define obstinação em termos absolutos. Um conjunto de medidas terapêuticas pode ser necessário e desejável para uma determinada pessoa e excessivo para outra. O desafio ético para os profissionais da saúde, tradicionalmente treinados para sobrepor seu conhecimento técnico às escolhas éticas de seus pacientes é o de reconhecer que as pessoas doentes

possuem diferentes concepções sobre o significado da morte e sobre como desejam conduzir sua vida.

No artigo supracitado, a autora esclarece dois princípios importantes: a sacralidade e a santidade da vida. A sacralidade da vida, que garante o valor moral da vida humana, é um princípio laico que reconhece o valor moral da existência. Já a santidade da vida tem razões dogmáticas e religiosas, nas quais a vida é dada por Deus, devendo por isso ser respeitada na sua inviolabilidade corporal.

O final da vida interessa ao Direito porque é quando abre a sucessão. Isso é uma das primeiras ficções jurídicas, originada do direito romano, tinha a ver com a presunção da morte para esse fim, quando a pessoa desaparecia, mas o corpo ou cadáver não era encontrado. A morte presumida, quanto à parada cardiorrespiratória, determinando a sucessão patrimonial, é outro fato sobre o qual o legislador não tem poder.

De acordo com o artigo 6º do Código Civil Brasileiro “a existência da pessoa natural termina com a morte, presume-se esta, quando os ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”.

Mas afinal, o que é morrer? É o estado de terminalidade de fato, da natureza em que a superveniência da morte, seja por agravamento da doença, seja por outra causa (trauma, acidente) é inevitável, ocorrendo esse evento em lapso de tempo relativamente curto. Quando o assunto é paciente terminal, fica cada vez mais evidente por força dos avanços tecnológicos, pois, a saúde é uma das áreas mais sensíveis às mudanças tecnológicas e que também, por esta razão, os custos com a saúde são mais elevados.

Podemos, pois, apontar o progresso científico a alterar o agir da medicina tradicional; a socialização do tratamento médico; a emancipação do paciente e a necessidade de se impor padrões de moralidade e ética aos procedimentos médico-cirúrgicos como parâmetros de delimitação da bioética, que surge com o compromisso de prover o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta (DINIZ, 2007. p.9).

Fechando o raciocínio, e como aponta Maria Helena Diniz “o princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito a sua intimidade, restringindo com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a tratamento” (DINIZ, 2007. p.14).

De acordo com Flávia Piovesan e Roberto Dias, comentando sobre o filme “Os descendentes” - vencedor do Oscar de melhor roteiro adaptado em 2012 -, não há motivo para impedir uma pessoa capaz de indicar o que não aceitará, quando, por qualquer motivo, se tornar inábil para expressar os desejos sobre as intervenções médicas que impactem sua saúde, seu corpo, sua vida e sua morte. O *living Will* (“testamento vital”) – é uma espécie de testamento em que se dispõe sobre a

manutenção artificial da vida no caso de perda da consciência), amplamente difundido nos EUA, tem especial utilidade para preservar a autonomia e a dignidade da pessoa no momento em que não puder expressar sua vontade acerca dos procedimentos médicos sugeridos ou sobre o prolongamento de sua vida. No Brasil, ainda que não exista qualquer referência legal expressa ao "testamento vital", não há razão para rejeitar sua validade.

A dignidade é princípio fundamental consagrado pela Constituição brasileira. Se ninguém pode ser privado de sua vida arbitrariamente, nada impede que cada pessoa escolha seus próprios caminhos no que diz respeito à vida e à morte, com autonomia e liberdade (arts. 1º, inciso III e 84, inciso XIX, CF/88).

No Estado laico há que se admitir o direito de morrer com dignidade, impedindo que dogmas religiosos imponham, coercitivamente, por meio do Estado, uma conduta ou uma a todas as religiões, a abstenção. No estado democrático devem merecer igual consideração e profundo respeito, não podendo a ordem jurídica converter-se na voz exclusiva da moral de qualquer religião. A laicidade estatal é condição para uma sociedade democrática, livre e pluralista (PIOVESAN; DIAS, 2012).

No mesmo sentido, o art. 15, do Código Civil de 2002, expressa a proibição de constranger alguém a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica havendo risco de vida. Observar que, se é vedado submeter alguém a tratamento médico em face do risco de vida, a contrário senso, poder-se-ia considerar que faltando o risco o tratamento e a cirurgia são permitidos?

O direito de morrer com dignidade não é novidade na literatura. O Papa Pio XII já afirmava em 1957 que ninguém é obrigado a curar-se com terapias arriscadas, excepcionais, onerosas, repulsivas, temíveis ou dolorosas. Muito antes dele, Hipócrates questionou o valor da vida diante do sofrimento insuportável (DINIZ, 2007, p. 370).

Há dispositivos legais no mundo afora que normatizam a autodeterminação do paciente, como a título de ilustração o *The Patient Self-Determination Act* (PSDA), lei norte-americana de 1991 que inclui a manifestação explícita da própria vontade relativa às providências a serem tomadas, por meio de um testamento de vida (*living will*) (DINIZ, 2007, p. 370).

Portanto, mesmo diante de pacientes terminais há que se considerar a dignidade, a autoestima, sobretudo quando capaz. Isso significa que, impor quaisquer restrições à tomada de decisão sobre a sua vida, implicar em violar a autonomia. Por isso, ao submeter alguém a terapêutica ou procedimento artificial da vida demanda uma prévia e expressa concordância.

Em alguns países aceitam-se a *living will* ou outro documento semelhante que são declarações de familiares ou pessoas próximas, responsáveis indicados no caso de hospitalização, tem força vinculante. E, no Brasil o CFM (Conselho Federal de Medicina) instituiu por meio da Resolução nº 1.995/2012, o testamento vital.

Alguns dirão que por força do art. 5º da Constituição Federal de 1988, nenhuma declaração desse tipo seria aceita, pois, a norma constitucional levaria a desconsiderar qualquer desejo anteriormente manifestado. Não se faz igual objeção para a doação de órgãos para transplante, o que leva a questionar por que a diferença quanto ao que interessa à pessoa.

Ser solidário, benemérito na morte, dirão para justificar os transplantes, esquecendo-se de que manter a vida de forma artificial pode causar sofrimento, não necessariamente físico, mas moral à pessoa, o que equivale a impor pena a quem não cometeu nenhum delito. A contradição ou ao menos, a lógica entre as duas posições acaba por violar a dignidade da pessoa humana (SZTAIN, 2009. p. 254).

O paciente capaz pode, salvo em caso de saúde pública, negar-se a seguir qualquer terapêutica e bem assim, continuar procedimentos em curso. Interferir na vontade para impor medidas recomendadas, implica constrangimento e, no que diz respeito à manutenção da vida, viola o direito proprietário sem que haja possibilidade de compor o “dano” mediante regra de responsabilidade.

De acordo com o pensamento de Rachel Sztain (2009. p. 257), o titular da vida é a pessoa, não o Estado e afasta o argumento do art.5º da Carta Magna vigente, dado que a norma constitui limite negativo de invasão da esfera jurídica das pessoas. Complementa, afirmando que “autonomia e dignidade, respeito ao ser humano e às pessoas, não são menos importantes do que a inviolabilidade da vida, pois, vida sem dignidade é vida sem qualidade, sem respeito.”

O choque entre direitos fundamentais (direito à vida versus direito à liberdade de escolha de uma morte digna) faz que as correntes favoráveis e contrárias ao presente tema sejam plenamente amparadas pela nossa Constituição da República. A dúvida é saber qual delas prevalece na prática.

Diante das polêmicas, porém, compreendemos que cabe ao Estado ficar atento ao cumprimento do seu papel de proteção, e que deve garantir qualitativamente a implementação e o acesso dos cidadãos às políticas públicas, valendo-se de regulamentação específica e rigorosa para coibir excessos e abusos, vez que, como defensor dos direitos dos cidadãos ele tem por obrigação ficar atento (ALVES e COSTA, 2013, p. 203).

Isso porque, se o direito à vida é um direito inviolável, para que o indivíduo possa gozá-lo em sua plenitude é indispensável que viva dignamente, dispondo de recursos mínimos para sua existência. Não proporcionar uma vida digna ao cidadão é uma afronta ao direito de viver. Igualmente, se afronta a vida quando o indivíduo tem tolhido seu direito à liberdade de escolha de ter uma morte digna.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do que muitos pensam e, inclusive, alegaram à época em que o filme foi lançado, a obra não é e nem pode ser considerada uma apologia à morte.

Isso porque, no decorrer da trama, tem-se muito bem esclarecido que o personagem principal, Ramón, não queria convencer as pessoas de que estava certo, nem impunha a ninguém suas crenças, apenas defendia com propriedade seu ponto de vista com relação à vida que a sociedade de certa forma lhe impunha. Invocava a seu favor o direito sobre o próprio corpo para assim, poder dispor dele como bem desejasse. Para tanto, demonstrava a quem de interesse, o peso de sua existência quando apontava a forma como seus entes queridos passaram a planejar suas próprias vidas em função da dele e, como a sua total dependência influenciava na rotina e vida daquelas pessoas apesar de elas sempre lhe dedicaram carinho, atenção e amor.

O enredo demonstra como a vida do personagem Ramón parou e passou a ser encarada não como um direito, mas como uma obrigação. Nesse contexto, surgem os conflitos familiares, como por exemplo, a figura do pai que não consegue entender que um filho deseja morrer mesmo estando ele inválido e acamado. E, as incisivas opiniões do irmão mais velho que não aceita de forma alguma que se fale de morte no ambiente familiar, considerando que a vida por pior que possa parecer tem de ser mantida até o último suspiro.

O caso em análise nos força a pensar sobre o direito à vida e à morte e, principalmente, o respeito às crenças, medos e convicções, sem, contudo, nos colocar na condição de julgadores dos motivos e razões que justificaram o ato. Simplesmente escancara os bastidores de uma vida sofrida, forçada pelo avanço da medicina, demonstrando de forma visceral a única vontade de Ramón, qual seja, exercer o seu direito de não mais viver.

A nosso ver, uma lei que legitima a prática da eutanásia, ou mesmo do suicídio assistido, não obrigaria ninguém a cometê-los, vez que estaria resguardando único e tão somente, o direito do indivíduo de decidir acerca da descontinuidade de tratamentos não curativos, redução de suporte técnico para manutenção de suas funções vitais, de forma a lhe garantir o direito de não mais sofrer, de não postergar uma existência fadada ao definhamento gradativo, irreversível e sem nenhuma perspectiva de melhora.

O caso de Ramón ilustra bem essas questões, coloca em cheque as nossas crenças e convicções quase sempre egoístas e fundamentalistas, chamando a atenção para o fato de que muitas vezes, o desejo de se manter alguém vivo tende ao egoísmo desmedido, à idolatria à vida, a um desrespeito com relação ao outro que merece “descansar”, ao mesmo tempo em que nos convida à reformulação dos significados que normalmente temos acerca da vida e da dignidade humana, livres de qualquer julgamento.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito; COSTA, Maria Natalina. Controlar a vida: Ensaio sobre biopolítica e biodireito. Estudos Contemporâneos de Bioética e Biodireito. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da faculdade de Direito de Uberlândia. V. 38, n1. 2010. <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930>> Acesso em 22 de fev. de 2015.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdos jurídicos das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro: v. 22, n. 8, p. 1741-1748, ago./2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/esp/v22n8/23pdf>>. Acesso em: 10 de jan. de 2015.

DWORKIN, R. Levando a vida a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Soraya Saad. BIOÉTICA E DIREITO: EM DEFESA DE UM NOVO HUMANISMO. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 241-257, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/93/93>>. Acesso em: 22 Fev. 2015.

LUÑO, Antonio Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

GIOSTRI, Hildegard Taggesel. O PACIENTE TERMINAL: REFLEXÕES SOBRE O LIMITE DO PODER DE ESCOLHA ENTRE A VIDA E A MORTE. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 96-129, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/88/88>>. Acesso em: 22 Fev. 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2005.

NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERELMAN, C. Ética e direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Morte digna. 2012. Disponível em: <[http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/direito\\_morte\\_digna.pdf](http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/direito_morte_digna.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia (Coord.). O direito a vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.  
SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5ª. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZTAIN, Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Resolução CFM 1.805/2006. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 17, n. 66, p. 244-257, jan./mar. 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética, direito e solidariedade. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano 16, n. 379, 01 nov. 2012.

Como citar esse artigo:

SARTO, Letícia,  
SOUZA, Marina  
Marques de Sá;  
BANNWART JÚNIOR,  
Clodomiro José. Saída  
de emergência: a  
humanização da  
morte como direito de  
escolha do indivíduo  
em detrimento do  
supremo direito à  
vida, in BERNARDI, R.;  
SALIBA; M. G.;  
BERTONCINI, C;  
PASCHOAL, G. H.  
**Direito e Cinema em  
debate**. Jacarezinho –  
Paraná, UENP, 2015.

**Biografia das autoras:**

*Letícia SARTO*  
Acadêmica do curso  
de direito da  
Universidade Estadual  
de Londrina

*Marina Marques de Sá  
SOUZA*  
Acadêmica do curso  
de direito da  
Universidade Estadual  
de Londrina

*Clodomiro José  
BANNWART JÚNIOR*  
Professor dos cursos  
de Direito e Filosofia  
da Universidade  
Estadual de Londrina

## **SAÍDA DE EMERGÊNCIA: A HUMANIZAÇÃO DA MORTE COMO DIREITO DE ESCOLHA DO INDIVÍDUO EM DETRIMENTO DO SUPREMO DIREITO À VIDA**

*“Sem embargo, a morte está longe de ser um tema de fácil  
abordagem e manejo, sobretudo nos dias atuais – mas não somente  
hoje” (Elias, 2001).*

*Letícia Sarto  
Marina Marques de Sá Souza  
Clodomiro José Bannwart Júnior*

### **RESUMO:**

Apresenta-se à eutanásia duas leituras de diferentes pontos de vista, a carregar entendimentos que geram a reflexão dos indivíduos sobre a atualidade do tema. Primeiramente, tem-se a abordagem do ponto de vista cinematográfico, através do filme “Mar Adentro”, cujo protagonista luta, judicialmente, para conquistar seu direito de realizar a eutanásia, devido a sua condição de tetraplégico. Segundo, tem-se a abordagem filosófica segundo Jürgen Habermas, a trabalhar a manipulação tecnológica à luz da Biologia, fundamentada no paradoxo: tal manipulação implica um aumento na liberdade ou uma necessidade de limitação da intervenção técnica?

**Palavras-Chaves:** Morte humanizada; Eutanásia; Bioética; Autonomia; Habermas.

### **ABSTRACT:**

Presents euthanasia two readings from different points of view, the load understandings that generate the reflection of the individuals on the theme today. First, there is the approach of the cinematographic point of view, through the film "The Sea Inside", whose protagonist fight in court to win his right to perform euthanasia due to his quadriplegic condition. Second, there is the philosophical approach by Jürgen Habermas, working technological manipulation in the light of biology, based on paradox: such

manipulation implies an increase in freedom or a need for limiting the technical intervention?

**Keywords:** Humanized Death; Euthanasia; Bioethics; Autonomy; Habermas.

## INTRODUÇÃO

Durante o longo desenvolvimento da consciência moral da Sociedade Moderna, alternaram-se diferentes perspectivas dentro da relação indivíduo-sociedade. No nível pré-convencional, as relações eram pautadas pelo egocentrismo, permeadas por um modelo utilitarista; já no nível convencional há o reconhecimento de valores regidos por um plano ético; e no nível pós-convencional compreende-se um novo parâmetro, este administrado por princípios orientados pela razão, conduzido por um plano moral.

A moralização do mundo da vida, no contexto da moral pós-convencional, é tema para a ética discursiva de Jürgen Habermas. Ela pretende garantir a manutenção da validade normativa, despida de quaisquer conteúdos religiosos e metafísicos. Porém, a moral pós-convencional, estruturada linguisticamente, não é capaz de sanar as novas perspectivas inseridas no contexto mundial, estas de caráter eminentemente universal, como a manipulação genética, a Biotecnologia, dentre outros. Habermas argumenta que esse constante embate entre universalismo e particularismo, imposto pela guinada tecnológica, exige demasiadamente da moral o controle do déficit normativo. Nesse viés, o filósofo direciona seus estudos para *ética da espécie*, responsável por operacionalizar os novos fenômenos que modificaram as relações até então instituídas.

Em “O Futuro da Natureza Humana”, obra publicada em 2001, Habermas se depara com a problemática do pensamento pós-convencional, e defende: este, ao contrário de impor certezas em relação a temas ligados sobre a vida, deve apoiar-se em uma autocompreensão *ética da espécie*, já que para Habermas é o “condicionamento e a dependência da moral pós-convencional aos limites de uma ética que envolve a autocompreensão não mais do ponto de vista do indivíduo e do mundo, mas da espécie como um todo” (BANNWART, 2008, p. 419).

Para ilustrar tal cenário, o filme *Mar Adentro*, uma película de Alejandro Amenabar, traz ao público a história verídica de Ramón Sampedro, um marinheiro que sofreu um grave acidente: de cima de um rochedo, o protagonista projeta-se em direção ao mar e pula, no momento em que a maré havia baixado, o que comprometeu, irreversivelmente, a coluna vertebral devido ao choque da cabeça contra a areia. Tal acidente o deixara tetraplégico durante quase 29 anos. A partir disso, Ramón passa a lutar pelo direito de tirar sua vida, sempre argumentando que este é um direito, e não uma obrigação, segundo consta na carta enviada aos juízes. A discussão bioética da vida e da morte, à luz da ética habermasiana, coloca em

pauta a autonomia, a liberdade e a autocompreensão das pessoas enquanto seres da espécie – a *ética da espécie*.

O filósofo alemão fundamenta sua teoria crítica positiva a partir da liberdade comunicativa. Através da prática linguística, sustentada na formação racional da opinião e da vontade, a consciência desta liberdade coloca os indivíduos no posto de autores responsáveis por suas próprias ações; protagonistas da própria história. Nessa lógica, Ramón Sampederro, adepto a argumentos racionais, trava com as autoridades judiciais uma discussão até então resguardada por princípios religiosos e tradicionais, a partir de sua pretensão de legitimidade.

O método utilizado será o indutivo, partindo-se da análise da eutanásia e suas consequências bioéticas alocada nos dias de hoje, no primeiro momento, para depois analisar o caso de Ramón Sampederro à luz da teoria habermasiana. Para isso, utilizou-se da pesquisa biográfica e da obra espanhola *Mar Adentro*, que visam estabelecer o vínculo do conteúdo da teoria crítica de Jürgen Habermas à produção cinematográfica.

## 1. BIOÉTICA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Primeiramente, o conceito *Bioética*, como se percebe, vincula-se a *Ética*, no tocante a consciência ao delinear os valores fundamentais que devem reger as ciências biológicas, com o intuito de harmonizar os avanços tecnológicos com as exigências normativas da sociedade.

Nessa direção, interessa para tal discussão, no tocante a bioética, o desenvolvimento da tecnologia médica, o prolongamento da vida, em determinados casos, sem limite, e o embate entre a sacralidade da vida e uma preocupação com a sua qualidade. A vida é tida, portanto, como valor absoluto, ou seja, deve ser mantida a todo custo e sem nenhuma interferência quanto a sua duração, evitando, qualquer que seja o meio, a morte.

Deste modo surge o paradoxo trabalhado nessa área: ao mesmo tempo em que o desenvolvimento da tecnologia favoreceu o prolongamento da vida, desenvolveu-se, também, práticas para abreviá-la em casos de doenças degenerativas e irreversíveis.

Entende-se como fundamental a qualidade da vida, e, não, a sua extensão. Na verdade, tais conceitos – *qualidade* e *extensão* – não são mutuamente exclusivas e contrárias, mas, sim, *complementares* (GERMINIANO *et al*, 2005, p. 3)

## 2. ATUALIDADE: ALOCAÇÃO DO TEMA – EUTANÁSIA – NOS DIAS DE HOJE

Direito ou dever à vida? Qual o melhor caminho a ser seguido: a moral ou a ética? Augusto Cury, psiquiatra e renomado escritor brasileiro, afirma que: “quando

uma pessoa pensa em suicídio, ela quer matar a dor, mas nunca a vida”. Nessa direção, a manutenção da vida sempre representou o principal empreendimento da humanidade. Entretanto, atualmente, os avanços da Medicina acabaram por criar uma situação ética paradoxal: manter-se vivo, sendo vítima de doenças degenerativas ou irreversíveis, acaba tornando um fardo, o que faz da morte humanizada uma atitude mais digna, já que, nesses casos, a morte constitui um fenômeno vital. A vida, portanto, tornou-se o empreendimento mais bem-sucedido da humanidade: até alguns anos atrás, a expectativa de vida gerava em torno dos 40 anos; hoje, em torno dos 75, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Deste modo, cada vez mais embates são travados com o intuito de se esclarecer a clara tendência que vem se formando sobre o tema: a *humanização da morte*, ou seja, morrer com dignidade, seja por meio da eutanásia, seja por meio do suicídio assistido. *Eutanásia* vem do grego e significa “morte doce”, “morte suave”. É a morte realizada por outrem, em uma pessoa que sofre de enfermidade incurável, para abreviar a agonia. Sua prática em alguns países não implica pena, já no Brasil ela é tida como homicídio. No suicídio assistido, o indivíduo, em plena lucidez, declara desejar morrer caso ele caia enfermo de uma doença incurável ou irreversível, a qual deteriore sua lucidez. Tal prática recebe auxílio de médicos, enfermeiros e funcionários da área da Saúde, responsáveis por oferecer assistência médica e emocional ao paciente, além de orientá-lo na realização dessa prática.

Para muitos, tal tendência denigre a fundamentação ética presente na sociedade, a qual defende a *vida* em primeiro lugar. Para outros, todavia, a humanização da morte faz-se necessária na medida em que se prioriza o direito do indivíduo de decidir sobre sua própria vida enquanto lúcido, qualificando o conceito moralístico do tema. Países como a Bélgica, Suíça e Holanda acataram tal tendência, legalizando o suicídio assistido, enquanto no Brasil, essa técnica consta no Código Penal como crime de homicídio.

O filme, *Mar Adentro*, utilizado para a compreensão de um determinado tema da ciência, relata a história de um jovem saudável, atlético e com um futuro promissor, Ramón Sampedro (Javier Bardem), o qual é comprometido por uma fatalidade. Tal fatalidade resulta em mais de vinte anos de reclusão em um quarto: sem movimentos físicos do pescoço aos pés, todavia, em plena atividade mental. Confrontando questões morais, religiosas e sociais, o protagonista luta para tentar legalizar uma petição que lhe autorize realizar a eutanásia, sem que nenhuma das pessoas que o ajudarem sejam prejudicadas por suas ações. Segundo estudos ontopsiológicos – ciência que tem por objeto de estudo a atividade psíquica –, o acidente que deixou o protagonista tetraplégico pode ter sido uma espécie de suicídio inconsciente, devido a uma vida mal vivida anteriormente (BOER; PETRY, 2013, p. 69).

Sob a ótica jurídica e ética, entende-se que há controvérsias em legalizar a prática da “morte digna”, defendendo que, se dono da própria vida, o indivíduo

também é dono da própria morte, dentro de determinadas circunstâncias e determinados limites. Baseado no princípio da autonomia, as pessoas têm direito moral de tomar decisões a respeito de suas próprias vidas e a lei deveria respeitar este direito. Vale lembrar: sempre respeitando limites impostos pela lei. No Brasil, esse assunto merece atenção dos legisladores e do público em geral, já que é uma prática ainda não legalizada, mesmo a pedido do paciente, devido a princípios morais e éticos consuetudinários. Ressalta-se que se considera uma morte “digna”, a morte humanizada, dentre elas a eutanásia e o suicídio assistido, dispensando a apologia a qualquer tipo de morte arbitrária. Nessa direção, convém lembrar que o artigo 5º da Constituição Federal brasileira assegura a inviolabilidade da vida, contudo, nada consta sobre a existência de direitos absolutos.

Não se pode olvidar que, para se realizar a eutanásia ou o suicídio assistido, a decisão deve estar respaldada de várias cautelas: não há solução médica para o caso e das perspectivas do tratamento; deve haver pedido escrito, voluntário e lúcido do paciente; deve haver o posicionamento da família, ratificando o pedido.

#### 4. ANÁLISE DO CASO SOB A ÓTICA HABERMASIANA

Jürgen Habermas, respeitado sociólogo e filósofo alemão, defende que a comunicação intersubjetiva deve-se fundamentar o diálogo, no qual os sujeitos são capazes de linguagem e ação, com o intuito de chegar a um entendimento satisfatório aos presentes na relação, movidos por interesses emancipatórios.

Percebe-se que no advento da contemporaneidade, vivida atualmente, existe forte presença de desenvolvimento tecnológico em vários setores da sociedade, como exemplo, na medicina. Deste modo, por meio da *razão comunicativa*, tão cara a Habermas, faz-se possível a discussão sobre assuntos, até então, suprimidos pela *eticidade* religiosa, como a *eutanásia*. Verifica-se, assim, uma tentativa de emancipação do jugo da tradição e da autoridade, conferindo ao indivíduo a possibilidade de se sujeitar apenas a argumentação.

Assim procede Ramón Sampredo: o diálogo travado com as autoridades judiciais permite que o protagonista argumente racionalmente – *razão comunicativa* –, afastando a influência de tradicionalistas e religiosos que defendem a vida acima de tudo, desconsiderando os anseios da vítima, bem como o direito de governar a si próprio. Sampredo argumenta: “Senhores juizes, negar a propriedade privada de nosso próprio ser é a maior das mentiras culturais. Para uma cultura que sacraliza a propriedade privada das coisas – entre elas a terra e a água – é uma aberração negar a propriedade mais privada de todas, nossa Pátria e reino pessoal: nosso corpo, vida e consciência, nosso Universo”.

Nessa direção, a comunicação é vista como uma *interação*, na qual o objetivo é o entendimento, mediado pela linguagem. Para Habermas, a redução da razão a sua instrumentalidade, cujo paradigma é a relação sujeito-objeto, permite

ações movidas por intermédio da manipulação e da opressão – *tradicionalistas e religiosos*. Além disso, a razão instrumental constitui apenas uma das faces da razão; ao torná-la hegemônica, impede-se o uso da razão comunicativa.

A racionalidade comunicativa é responsável por construir uma relação social entre, pelo menos, dois atores, os quais, por meio da argumentação, chegam a posição de um consenso crítico fundamentado em razões. Deste modo, o entendimento que se subtrai de tal consenso, pressupõe um sistema comum de referências, o qual diz respeito ao mundo objetivo, social e subjetivo, ao qual corresponde as três funções da linguagem: a apresentação, a interpretação e a expressão. (SANT'ANNA, 2011, p. 95).

Ramón Sampredo e as autoridades judiciais exemplificam a interação, defendida por Habermas, na razão comunicativa. Cabe aos participantes levantarem as pretensões de *validade*, em princípio demonstráveis, que apresentam uma criticidade imanente. Em seguida postulam a *verdade* do enunciado, a *correção* da interação considerando as normas vigentes, a *veracidade* da expressão proferida e a sua *compreensibilidade*. Entende-se, por conseguinte, em tal passagem uma *situação ideal de diálogo*, a qual se encontra mediada pelo discurso. Nessa situação ideal antecipada, opta-se pela prevalência do melhor argumento, e se assegura igualdade de condições para todos os envolvidos no discurso, antecipando, conseqüentemente, uma forma ideal de vida, caracterizada pelos ideais de liberdade e justiça (SANT'ANNA, 2011, p. 95).

A argumentação desenvolvida por Sampredo, ao longo de todo o filme, não carece de legitimidade e veracidade, além de encontrar respaldo nos sentimentos e anseios da vítima. Todavia, ignorando a igualdade e a liberdade de que ambas as partes dispõem, as autoridades judiciais guiam-se na contramão da razão comunicativa, sustentando a instrumentalidade do processo, na medida que adere motivos tradicionais e sacros para negar o pedido da “morte digna”.

Entende-se, portanto, a fundamentalidade do uso da liberdade comunicativa pelo cidadão, mesmo que, como no caso de Sampredo, não seja satisfatório o resultado. Assim, ao se tornar pública uma questão tão problemática, suscita, nos indivíduos, a reflexão e, posterior, discussão sobre o tema, favorecendo sua adequação na época em que se vive.

Há que se falar, ainda, na saída encontrada por Habermas para explicar a crise da autocompreensão da espécie humana na sociedade liberal moderna. Segundo o autor, o avanço das biotecnologias e da engenharia genética contribui para uma ruptura da identidade única do ser humano. Em seu livro *O Futuro da Natureza Humana*, o expoente da filosofia da linguagem traça o cenário construído pela prática tecnológica: a ética da espécie submetida à instrumentalização do corpo humano.

Nesse quadro de reflexão, encontra-se, pois, as limitações da moral pós-convencional. Condicionada “aos limites de uma ética que envolve a autocompreensão não mais do indivíduo e do mundo, mas da espécie como um



todo” (BANNWART, 2008, p. 419), a moral pós-metafísica, segundo Habermas, não pode abandonar “uma anterior autocompreensão ética da espécie, igualmente compartilhada por todas as pessoas morais portadoras de direitos humanos” (BANNWART, 2008, p. 419).

Fez-se necessário esclarecer o conceito abstrato de “ética da espécie” introduzido por Habermas, para, agora, examinar o caso de Ramón Sampedro, na linha de raciocínio do filósofo alemão. O autor alega que determinar um programa genético, intervir através de técnicas visando a objetivos afeta a autocompreensão do nascituro, enquanto sujeito livre de seu próprio destino. Apesar da eutanásia se inserir em um contexto bioético, Ramón Sampedro prezou pela consciência de liberdade, uma vez que, segundo ele, aquela condição o garantiria uma liberdade miserável. Assim, a autocompreensão deste sujeito o conduziu “à premente ideia de que somos autores de nossas próprias ações, que está vinculada à intuição de que somos os responsáveis pela história de vida que construímos e da qual nos apropriamos de forma crítica” (BANNWART, 2008, p. 420).

Embora Jürgen Habermas seja contrário à visão liberal das intervenções bioéticas, não há que se negar que Sampedro usou de suas faculdades enquanto sujeito consciente de sua espécie. A autocompreensão do jovem possibilitou o alcance da sua margem de decisão, através da formação democrática da vontade. É de grande relevância, contudo, que o avanço da Biotecnologia seja acompanhado pela sociedade contemporânea, afim de que a autonomia e a liberdade não sejam desprezadas frente à tecnização da natureza.

## CONCLUSÃO

A Bioética, ciência que reúne princípios morais aliados à prática médica, é fruto de um modelo de sociedade pós-convencional regida por princípios. Valor por excelência, a vida é tomada como bem absoluto e sua durabilidade deve ser priorizada, preservando-se sua qualidade. Cria-se, portanto, um contrassenso: mantém-se uma vida, independente de sua condição de saúde, ou aceita-se uma morte humanizada, decidida pelo livre consentimento?

Com o advento da Sociedade Moderna, e, com ela, o início de uma moral pós-convencional, inaugurou-se um novo quadro jurídico e tecnológico, ante o desenvolvimento das Biotecnologias. O constante embate entre tendências universalistas – o mercado da ciência global – e particularistas – o ethos de determinada comunidade – acabou por gerar um déficit normativo. Entre os métodos mais conhecidos, estes provenientes dos avanços biotecnológicos, estão a eutanásia e o suicídio assistido.

Firma-se, pois, um novo quadro na medicina, no qual a *humanização da morte* torna-se uma aliada para aqueles que sofrem uma grave enfermidade ou que venham a sofrer incurável doença. Nesse viés, é indispensável a pergunta: direito ou

dever à vida? Seguir um plano ético ou um plano moral? Ramón Sampedro, jovem marinheiro, é figura que pode ser tomada como parâmetro para se analisar os objetivos da “morte digna”. Guiado pelo princípio da autonomia, Ramón busca o direito de tirar sua própria vida, sempre balizado pelo diálogo alheio de conteúdos religiosos, metafísicos e consuetudinários.

Jürgen Habermas, notável filósofo alemão, foi o primeiro a esboçar a *razão comunicativa*, respaldada pela interação entre sujeitos orientados pela ação e pela linguagem, com vistas à emancipação. Através da racionalidade comunicativa é possível chegar a um consenso crítico: os participantes levam ao diálogo os princípios morais que julgam serem válidos para o debate, culminando em uma reflexão necessária sobre algum tema, até então silenciado pela superioridade religiosa e costumeira, como a eutanásia.

No filme *Mar Adentro* é possível visualizar a razão comunicativa entre as partes: de um lado, Sampedro leva ao Judiciário o pedido de ter uma morte digna, através da eutanásia, comprometido com argumentos racionais; de outro, as autoridades judiciais movidas por premissas fundadas em pilares sacros e tradicionais. Apesar da solicitação de Ramón ter sido negada, é importante que questões como estas sejam levadas à reflexão, contribuindo, assim, para a formação política da vontade.

Ramón Sampedro, embora estivesse na condição irreversível de tetraplegia traumática, garantiu a indisponibilidade de suas ações e de seu futuro. Convicto de sua espécie, o ex-marinheiro passou a lutar pela possibilidade de obter a *morte humanizada*, agindo com liberdade e autonomia, mediado pela formação livre e democrática de sua vontade.

Apesar de a eutanásia ser um componente do cenário das Biotecnologias, e, portanto, preocupante a Habermas, pode-se inferir que Ramón Sampedro afirmou-se como membro da espécie: lutou pela indisponibilidade de sua vida e consolidou-se como autor de sua história.

*Todo mundo aceita que ao homem cabe pontuar a própria vida:  
que viva em ponto de exclamação (dizem: tem alma dionisiaca)*

João Cabral de Melo Neto

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thales de. A crise da autocompreensão da espécie humana. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n1/a12v08n1.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. Limite da moral pós-convencional e implicações jurídicas. 2008. Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07\\_620.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_620.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2015

BOER, Noemi; PETRY, Ana Maris. *Mar Adentro: uma análise complementar à Bioética*. 2013. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a7.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

ELIAS, Norberto. *A solidão dos moribundos*. Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 2001

GERMINIANO, Riqueli Rodrigues *et al.* *Dono da vida, o ser humano é também dono da morte?* 2005. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9Hlah0Vn-F0J:189.59.9.179/cbcentf/sistemainscricoes/arquivosTrabalhos/I7188.E3.T1726.D3AP.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 15 jan. 2015.

PESSINI, Léo. *Morte, solução de vida? Uma leitura bioética do filme Mar Adentro*. 2008.

Disponível em:<[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/55/58](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/55/58)> Acesso em: 15 jan. 2015.

QUARESMA, Heloisa Helena. *Mar Adentro*. 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3366](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3366)>. Acesso em: 15 jan. 2015

SANT'ANNA, Tiago Lezan. *A cooperação internacional como instrumento de combate ao aquecimento global e de tutela dos Direitos Humanos*. 189 fls. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.