PROJURIS
ESTUDOS JURÍDICOS

APRESENTAM:

DIREITO E Cinema CONTEMPORÂNEO EM DEBATE

TIAGO CAPPI JANINI
MAURÍCIO DE AQUINO
DIEGO NASSIF DA SILVA
(ORGs)

TIAGO CAPPI JANINI
MAURÍCIO DE AQUINO
DIEGO NASSIF DA SILVA

(Orgs.)

DIREITO E CINEMA CONTEMPORÂNEO EM DEBATE

Copyright do texto © 2016 - Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do II Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate

TIAGO CAPPI JANINI
MAURÍCIO DE AQUINO
DIEGO NASSIF DA SILVA
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica

Carla Bertoncini – UENP (Coordenadora)
Diomar Francisco Mazzutti - UNOPAR
Gustavo Henrique Paschoal - FAESO
Ronny Carvalho da Silva - FEATI
Sérgio Tibiriçá Amaral – TOLEDO – Presidente Prudente
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior - UNIVEM

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito e Cinema Contemporâneo em Debate / Tiago Cappi Janini, Maurício de Aquino, Diego Nassif da Silva, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2016. (Anais do II Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-39-5

1. Direito e Cinema Contemporâneo em Debate.

CDU-34

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Lei em geral, métodos jurídicos e ciências auxiliares.
34

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

SUMÁRIO

PREFÁCIO 6

A PONTE DOS ESPIÕES E ATEORIA DE GÜNTER JAKOBS: A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 8

ANIMAIS QUE SOFREM: UMA ANÁLISE DO FILME “PLANETA DOS MACACOS: A ORIGEM” NA PERSPECTIVA DE “PETER SINGER”, OBJETO OU SUJEITO DE DIREITO EIS A QUESTÃO 24

CLUBE DE COMPRAS DALLAS: O DIREITO DE TENTARA CURA E OS QUESTIONAMENTOS ENVOLVENDO O TRATAMENTO DE DOENÇAS GRAVES E INCURÁVEIS 38

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE EXCEÇÃO: ANÁLISE DO FILME “PONTE DOS ESPIÕES” (BRIDGE OF SPIES) 57

ELE. ELA. REFLEXÕES E INTERAÇÕES ENTRE O DIREITO E A TRANSEXUALIDADE NAS CENAS DE “A GAROTA DINAMARQUESA” 83

JUSTIÇA EM “THE WALKING DEAD” O CONTRASTE ENTRE O UTILITARISMO DE BENTHAM E A FILOSOFIA KANTIANA EM UM CENÁRIO DE DECISÕES EXTREMAS 96

“PONTE DOS ESPIÕES” E O DEVIDO PROCESSO JUSTO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO 112

DO AFETO NA RELAÇÃO FAMILIAR – ANÁLISE DA IMPORTANCIA DO AFETO COMO BEM JURÍDICO A SER TUTELADO – FILME “LILO & STICH” 129

NÃO ME KAHLO: A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA O EMPODERAMENTO DAS FRIDAS ATUAIS 149

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES ACERCA DO FILME 12 ANOS DE ESCRAVIDÃO 168

RESSIGNIFICAÇÃO DA MORTE: UMA REFLEXÃO SOBRE O FILME “A PARTIDA” E AS ATIVIDADES PROFISSIONAIS FUNERÁRIAS CONTEMPORÂNEAS 186

UMA REFLEXÃO DO FILME “O JOGO DA IMITAÇÃO” SOB O PRISMA DA HOMOSSEXUALIDADE COMO EXCLUSÃO SOCIAL 201

REFLEXÕES ACERCA DA LEI DO DIREITO DE RESPOSTA: OPINIÕES PUBLICADAS VERSUS OPINIÃO PÚBLICA 219

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO RETRATADO NO FILME MINORITY REPORT E A INAPLICABILIDADE DO MESMO NA “GUERRA AO TERROR” 235

PREFÁCIO

Acompanhando as novas vertentes do estudo do Direito, o evento “Direito e Cinema em Debate” veio para mostrar como é possível o estudo do Direito também por campos mais abstratos e subjetivos que dão à ciência jurídica um caráter mais humanitário e transdisciplinar. Não reconhecer manifestações artísticas ou culturais na seara do direito podem demonstrar um afastamento da sociedade por parte dos aplicadores e operadores daquele, que acarretarão em consequências cruciais de aceitação e otimização de propostas ou ações públicas e voltadas para o coletivo. Como uma classe das ciências sociais aplicadas, não pode o Direito se fechar a reconhecer influências culturais das mais diversas formas, bem como as manifestações artísticas em sem ínterim de atuação, sob pena de ficar arcaico, cartesiano e inefetivo.

Assim, o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP está na vanguarda desta preocupação com a organização do evento, que já consta da sua segunda edição, com palestras e conferências, exibições de filmes e grupos de trabalhos com artigos relacionados ao tema que se tornaram este presente livro. O idealizador do evento, o Professor Renato Bernardi, o qual tive a honra de trabalhar junto na organização deste, sempre se importa com novidades e tendências do ensino jurídico, demonstrando a possibilidade de futuro nesta área.

O cinema como arte é recheado de subjetividade que demonstra ao viés de seus produtores e diretores uma história que pode ter muita relação com alguma vertente do ensino jurídico. Assim, neste livro foi abordado diversos filmes contemporâneos, que recentemente saíram do cinema, e que mostram o como a sétima arte, mesmo com seus representantes mais modernos e atuais, estão próximos também da discussão jurídica. Assim, mostram com a atualidade e com o mais requinte da tecnologia na hora da gravação, possíveis problematizações jurídicas para o ensino moderno, voltado para a subjetividade da arte.

Assim, nesse volume de trabalhos do evento, os filmes aqui homenageados são os mais recentes da produção cinematográfica mundial, como por exemplo, “A garota dinamarquesa”, “Planeta dos Macacos: a origem”, “Ponte dos espiões”, entre tantos outros que figuraram nas listas de melhores do ano ou nas mais diversas premiações de sindicatos dos dois últimos anos.

Assim, consegue-se mostrar por essa classificação de filmes que as obras da sétima arte, sempre estiveram e ainda estão aptas a participarem de uma união transdisciplinar no ensino jurídico para explicar ou esquematizar institutos jurídicos por meio da arte.

Tão incrivelmente como os dos filmes, os articulistas que se apresentam com trabalho nesta obra, mostraram cuidado nessa nova vertente de ensino jurídico e ousadia em fazer ligações tão adequadas a realidade nacional, ou mesmo internacional.

Recomendo para a leitura destes trabalhos, também um bom balde de pipoca, porque a diversão e o aprendizado, aqui, estão lado a lado. A sessão vai começar!

Marco Antonio Turatti Junior

Mestrando em Ciência Jurídica da UENP, Especialista em Justiça Constitucional pela Università di Pisa, na Itália, e ajudou na organização do II Direito e Cinema em Debate em 2016.

A PONTE DOS ESPIÕES E ATEORIA DE GÜNTER JAKOBS: A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Paula Rodrigues Peres[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar o entrelace entre o direito e o cinema, através da análise do filme "Ponte dos Espiões" sob uma ótica jurídica do Direito Penal do Inimigo. Ponte dos Espiões retrata a maneira como são tratados os inimigos do Estado, privando de direitos e garantias penais e processuais. O filme se passa em 1957, mas o tema é polêmico e muito atual. O artigo visa trazer o aspecto jurídico da teoria de Günter Jakobs que divide a sociedade em cidadão e inimigo e se adoção do Direito Penal do Inimigo é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave:inimigo; Direito Penal do Inimigo; Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

This article aims to show the intertwining between the right and the cinema, by screening of the film "Bridge of Spies" under a legal perspective of the Criminal Law of the Enemy. Bridge of Spies portrays the way are enemies of the State treaties, depriving rights and criminal and procedural guarantees. The film is set in 1957, but the subject is controversial and very current. This article aims to bring the legal aspect of Günter Jakobs theory that divides society citizen and enemy and adoption of the Criminal Law of the Enemy is compatible with the democratic rule of law.

Keywords: enemy; Criminal Law of the Enemy; Democratic state

INTRODUÇÃO

A obra cinematográfica "Ponte dos Espiões"ilustra a história de um advogado que tem

[1] Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná

a missão de defender um soviético acusado de espionagem contra os EUA. O causídicoenfrenta ofuror da imprensa, população, bem como dos próprios agentes estatais (promotor e juiz) por atuar corretamente com o simples objetivo de garantir ao réu o devido processo legal.

O aspecto jurídico que saltam aos olhos dos espectadores é a forma que o Estado pautado pela democracia dispensa o tratamento ao indivíduo que supostamente cometeu um ilícito penal, este passa de cidadão, onde lhe são assegurados todos os direitos e garantias, a inimigo o qual não lhe é devido nenhum dos direitos constitucionais.

O comportamento estatal narrado no longa metragem em muito se assemelha ao Direito Penal do Inimigo, segundo essa teoria o Direito Penal possui duas facetas: o Direito Penal do Cidadão que corresponderia ao Direito Penal como conhecemos o qual observa as regras e princípios constitucionais e o Direito Penal do Inimigo que totalmente despreocupado com princípios fundamentais penais e processuais haja vista que não estamos tratando de cidadão, mas sim de inimigos do Estado.

Passando toda essa questão teórica, devemos nos indagar quem deve ser conceituado como inimigo de forma a legitimar a atenuação ou abolição das garantias constitucionais penais e processuais conquistadas ao longo do tempo.

Trazendo a teoria jakobsiaba para a realidade pátria poderiam ser considerados como inimigos do Estado os traficantes de drogas que nas grandes metrópoles cria um estado paralelo com suas próprias regras.

Entretanto, ao aplicar a tese de Jakobs com fundamentação na necessidade de um endurecimento de um Direito Penal face a onda de violência e acometimento de crimes com alto grau de repúdio por parte da sociedade, acaba-selegitimando a aplicação de um sistema punitivo que deixa de respeitar as garantias de um Estado Democráticode Direito.

É certo que cabe ao Estado a função de aplicar as leis e disciplinar as relações em sociedade.Contudo, é inegável que o direito de punir do estatal encontra limites nos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não se pode admitir que a função do direito penal seja a punição, este deve visar o equilíbrio social através da justiça. No instante que o Estado deixa de ver certos indivíduos como cidadão que cometeram ilícitos e trata como inimigos, passa a agir exatamente como um terrorista.

A adoção da Direito Penal do Inimigo pode ser considerado um risco a própria segurança jurídica, uma vez que o conceito de “inimigo” além de muito vago, pode sofrer

constantes alterações a mercê daqueles que estão no Poder.

1 A "PONTE DOS ESPIÕES" E O TRATAMENTO DADO AO "INIMIGO"

O filme "Ponte dos Espiões"[2] (*Bridge ofSpies*) dirigido por Steven Spielberg e brilhantemente estrelado por Tom Hanks, traz a lume a discussão sobre a forma como um país democrático trata ou deveria tratar aqueles que são denominados como "inimigos" do Estado.

A história se passa em 1957, auge da Guerra Fria entre as superpotências EUA e URSS. O FBI prende um suposto espião soviético, Rudolf Abel (Mark Rylance). As autoridades americanas querem que o seu julgamento (que na verdade é apenas mera formalidade, uma vez que todos sabem que a sentença do comunista será a pena de morte) transcorra sob a mais límpida "aparência de legalidade". James Donovan(Tom Hanks) um advogado especializado em seguros é escolhido pela Ordem dos Advogados Americana para defender Abel.

Apesar de sua resistência de inserir neste campo minado da política, Donované, no entanto, convencido que será uma missão patriótica e decide exercer seu trabalho direito. O causídico começa por questionar os próprios fundamentos da prisão de Abel, que não seguiu todos os trâmites devidos.

Por fazer o mínimo que se espera de um defensor na autodenominada "maior democracia" do planeta, ou seja, lutarpor um julgamento justo e defender verdadeiramente o réu, Donovan torna-se, juntamente com Abel, alvo de campanha difamatória e de uma espécie de caça às bruxas, por parte da imprensa e da população americana. Ele é o único que acha que, neste caso,bem como em qualquer outro, o advogado deve fazer o máximo para proteger seu cliente e garantir que tenha um julgamento justo dentro dos limites legais, independente de suas filiações ideológicas.

Apesar de Abel ser condenado, Donavan consegue um acordo para que não seja aplicada a pena de morte com a justificativa de uma eventual troca de reféns no futuro. Destarte, fazendo jus ao título do filme, o advogado é enviado a Berlin, a pedido da CIA, para negociar

[2] O título do longa metragem faz referência a uma ponte que ligava a antiga Berlim Ocidental com o centro da cidade de Potsdam, anteriormente sob o controle da Alemanha Oriental. Foi apelidada de "Ponte dos Espiões" nos anos 60 por conta de agências de inteligência americana e soviética, que realizavam trocas de prisioneiros em sua extensão.

o resgate de um jovem piloto americano, Francis Gary Powers (Austin Stowell), capturado quando espionava instalações soviéticasem troca da devolução do prisioneiro Abel.

Sem tirar a surpresas dos amantes da sétima arte, o que possui relevo e chama a atençãono longa metragem, sob o enfoque das Ciências Jurídicas, é a forma hostil e fria como James Donovan é tratado pela população americana, pela opinião pública, pelos próprios agentes públicos (policiais, funcionários da CIA, promotores de justiça e até o magistrado que julga o caso) pelo simples fato de atuar de forma escorreita visando garantir ao réu um julgamento que observe o devido processo legal.

Donovan tinha, como objetivo, obter um julgamento justo. Sua postura poderia ser traduzida na advertência feita por Lopes Júnior, segundo a qual, "o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido"(2008, p. 09).

Em que pese a trama se passe em meados dos anos 50, o debate travado no filme encontra-se plenamente atual: o uso do Direito Penal do Inimigo. Trata-se de uma das teorias elaboradas pelo alemão Jakobs que se funda em alguns preceitos, tais como o da antecipação da punição, da majoração de penas e da relativização de garantias processuais.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada pelo Günter Jakobs, professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha. Jakobssustenta quedeveriam existir duas espécies de Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

> Jakobs, por meio desta denominação, procura traçar uma distinção entre o *Direito Penal do Cidadão* e o *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. (GRECO, 2011, p. 23, destaque do autor)

Segundo esta teoria o Direito Penal do Cidadão deveria ser aplicado àquelas pessoas que embora delinquem, não representam um grande perigo para o Estado. O cidadão ao praticar um ato ilícito se afasta momentaneamente da observância da lei. Nesses casos, o indivíduo que comete um delito deve ser respeitado, sendo lhe asseguradas todas as garantias penais e processuais.

Por outro viés, o Direito Penal do Inimigo deve ser reservado às pessoas que se afastam permanentemente do Direito, sendo, portanto, considerado inimigo. O inimigo representa uma grande ameaça ao próprio Estado, pondo em constante risco a paz social que é de interesse de todos.

A lógica do Direito Penal do Inimigo consiste em defender que o indivíduo que se propõe a agir contrário a lei, consequentemente agecontra ao próprio Estado,destarte, deve ser encarado como seu inimigo, justificando aminimização ou até mesmo supressão de algumas de suas garantias fundamentais. Aqueles que não se enquadra no estado de cidadania não faz jusaos direitos assegurados (apenas) aos cidadãos devendo, portanto, serem tratados de modo diferenciado pela Justiça.

Grecoprega que segundo esta teoria o"raciocínio seria o de verdadeiro *estado de guerra*, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes."(2011, p. 23, destaque do autor)

Em suma,

> [...] o Direito penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ*apud*GRECO, 2011, p. 23)

Jakobssustenta que há pessoas que decidiram se afastar, de modo duradouro do Direito, como, por exemplo, aqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas. Para estes "a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito da *preparação*, e a pena se dirige a assegurar *fatos futuros*, não a sanção de *fatos cometidos*" (JAKOBS; CANCIO MELIÁ*apud*GRECO, 2011, p. 23, destaque do autor)

Segundo Jakobs, há pessoas que face a sua insistência em delinquir, retornam a seu

estado natural anterior ao estado de direito. Segundo ele:

> [...] um indivíduo que não se admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de normas, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como a luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é a norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ*apud*GRECO, 2011, p. 23-24)

Conclui, ainda, que o Estado pode agir de duas maneiras com os delinquentes "podem vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que cometeram erro, ou indivíduos aos que há de impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico". (JAKOBS; CANCIO MELIÁ*apud*GRECO, 2011, p. 24)

A fundamentação filosófica do Direito Penal do Inimigo pode ser encontrada em livros clássicos escritos por mentes brilhantes. É com base nesses pilares que Jakobs defende o Direito Penal do Inimigo:

> (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o "estado comunitário-legal", deve ser tratado como inimigo (Kant). (GOMES, 2010, s/p.)

Greco aduz que Manuel CancioMeliá ao analisar a proposta de Jakobs, esclarece que:

> Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em

> correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ*apud*GRECO, 2011, p. 24)

O Direito Penal do Inimigo encontra-se, atualmente, naquilo que se reconhece como a terceira velocidade do Direito Penal. Conforme o que se denomina de processo de expansão do Direito Penal, é possível, seguindo as lições de Jésus-Maria Silva Sánchez, visualizar três velocidades (enfoques) diferentes que podem ser concebidos ao Direito Penal. (GRECO, 2011, p. 24)

3 AS TRÊS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

A teoria das velocidades do Direito Penal foi apresentada ao mundo jurídico primeiramente pelo professor catedrático da Universidade de Pompeu Fabra de Barcelona, o espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, revelando existir uma preocupação com a consolidação de um único "Direito Penal moderno". Deste modo, busca-se evitar a modernização generalizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação inerentes às penas privativas de liberdade (MASSON, 2010, p. 82).

Ao introduzir a teoria das velocidades do direito penal na doutrina por SILVA SÁNCHEZ partiu do pressuposto de que "o Direito Penal seria composto de dois grandes blocos, distintos, de ilícitos: o primeiro, das infrações penais às quais são cominadas penas de prisão, e, o segundo, daquelas que se vinculam aos gêneros diversos de sanções penais". (MASSON, 2010, p. 82).

A primeira velocidade seria aquele enfoque tradicional do Direito Penal, que tem por finalidade a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, penais e processuais penais.

Em uma segunda velocidade, temos o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, o qual tem por finalidade, com fulcro no art. 62 da Lei n° 9.099/95[3], precipuamente, a aplicação de

[3]**Art. 62.** O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser apartadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.(GRECO, 2011, p. 25)

> Percebemos isso com clareza quando analisamos a mencionada Lei dos Juizados Especiais Criminais, que permite a utilização de institutos jurídicos que importem na aplicação de pena não privativa de liberdade, sem que, para tanto, tenha havido a necessária instrução processual, com o contraditório e a ampla defesa, como acontece quando o suposto autor do fato aceita a proposta de transação penal, suspensão condicional do processo, etc. (GRECO, 2011, p. 25)

Assim, resumindo o raciocínio com Jésus-Maria Silva Sánchez, teríamos:

> uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal 'do cárcere', em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção. (SILVA SÁNCHEZ *apud*GRECO, 2011, p. 25)

Observa-se que inicialmente, reconheceu-se apenas duas velocidades do Direito Penal, abarcando apenas as primeira e segunda.Posteriormente, formou-se a terceira velocidade do Direito Penal, que consiste na fusão das velocidades supracitadas

Parte considerável da doutrina penalista defende que a terceira velocidade teria sido desenvolvida por Silva Sánchez. Já outros, entendem que esta somente foi exposta a minúcias por Jakobs ao traçar os lineamentos do Direito Penal do Inimigo. Controvérsias à parte acerca da origemteorica, importa saber que o professor Silva Sánchez definiu o Direito Penal do Inimigo como a terceira velocidade do Direito Penal face a aplicação da pena de privação de liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais.

Para Greco, embora ainda se encontre certa resistência, tem-se procurado entender o

Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade do Direito Penal, devendo ser considerada como "uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)". (GRECO, 2011, p. 25)

4 QUEM SÃO OS INIMIGOS?

A questão crucial é saber quem deve ser considerado "inimigo" a ponto de ter diminuídas ou mesmo suprimidas suas garantias constitucionais penais e processual-penais.

Jakobs cita o fatídico ataque às torres gêmeas de Nova York ocorrido em 11 de setembro de 2001, como exemplo desse Direito Penal do Inimigo. O jurista também aponta os integrantes de organizações criminosas, terroristas, delinquentes econômicos, autores de crimes contra a liberdade sexual, além dos responsáveis pela prática de infrações graves e perigosas (MASSON, 2010, p. 85).

Greco ao analisar a obra de Jakobs afirma que este aponta como exemplo de inimigos aqueles que exercem atividade teoristas. O citado autor, na tentativa de adaptar o raciocínio à realidade brasileira,criticamente nos questionase

> poderiam ser considerados como inimigos, por exemplo, os traficantes que praticam o comércio ilícito de drogas, principalmente nas grandes cidades, a exemplo do Rio de Janeiro, e que, basicamente, criam um estado pararelo (*sic*), com suas regras, hierarquias, etc.? (GRECO, 2011, p. 25)

Greco aduz que Manuel CancioMeliá destaca que, como uma das propostas de Jakobs, é a de antecipar a punição do agente pela sua *condução de vida*, estar-se-ia voltando-se a um antigo conceito preconizado por Edmund Mezger, cujo passado nazista foi recentemente colocado atona por Francisco Muñoz Conde, valendo-se de um autêntico e tão combatido direito penal do autor, ao invés de um direito penal do fato.(GRECO, 2011, p. 25-26)

Destarte, assevera Manuel CancioMeliá,

> o Direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na

> doutrina tradicional, o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, quer dizer, como rechaço de um Direito penal orientado com base na 'atitude interna' do autor. (MELIÁ *apud* GRECO, 2011, p. 26)

Em 1933 o partido nacional-socialista assume o poder e iniciou-se na Alemanha uma série de reformas que visavam ao cumprimento das promessas levadas a efeito nas campanhas eleitorais. Ressalta-se que, naquelemomento histórico, a Alemanha já tinha sido vencida na Primeira Guerra Mundial, encontrando-se enfraquecida sob diversos aspectos, principalmente pelas condições que lhe foram impostas no tratado de Versalles.Com a assunção de Adolfo Hitler ao poder, o partido nacional-socialista, imediatamente, tratou de começar a reorganizar, de acordo com seus critérios escusos, o Estado Alemão, resultando no ano de 1944, com a edição do projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos "estranhos à comunidade". (GRECO, 2011, p. 26)

> Tal projeto, considerado como um dos mais terríveis da história do Direito Penal, propunha, dentre outras coisas: a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados associais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento anti-social, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais, etc., sem que houvesse necessidade, inclusive, de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados associais e inúteis para a sociedade. (GRECO, 2011, p. 26-27)

O projeto alemão apontava determinadas pessoas como "perigosas", a exemplo do que ocorria com os delinquentes habituais, e sobre elas fazia recair uma espécie de "tratamento", que, segundo uma estúpida visão, poderiam, "curá-los", através de aplicação de medidas de internação por tempo indeterminado, muitos foram enviados para os campos de concentração. Aqueles que eram reconhecidos como "incuráveis", eram condenados à morte, ou, em algumas situações, utilizados como "carne de canhão", vale dizer, aquelas pessoas que durante a Segunda Guerra Mundial eram colocadas no *front* de batalha. (GRECO, 2011, p. 27)

Tais medidas maculavam o princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por

desconsiderá-la como pessoa, lembrando muito o que Jakobs objetiva fazer com o seu Direito Penal do Inimigo, ao desconsiderar o inimigo como um cidadão.

Resta, portanto, clarividente "a semelhança entre o que pretende Jakobs, com a sua distinção amigo/inimigo, em muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, capitaneado por Hitler". (GRECO, 2011, p. 28)

Greco alerta que ao afirmar que a sociedade, em que estamos inseridos, é composta por dois tipos de indivíduos cidadãos e inimigos e que estes últimos devem receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra, é querer retornar ao passado cuja história a humanidade quer, na verdade, esquecer.(GRECO, 2011, p. 28)

> Com o argumento voltado ao delinquente habitual, ou criminosos pertencentes às facções organizadas, como acontece com os terroristas e traficantes de drogas, taxando-os de irrecuperáveis, propondo-se, para eles, medidas de privação da liberdade com tempo indeterminado, enfim, tratar o ser humano como um *estranho à comunidade*, é o máximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal. (GRECO, 2011, p. 28, destaque do autor)

Após serem conhecidos os inimigos na visão dos adeptos do Direito Penal do Inimigo urge-nos saber se a referida tese é compatível com o Estado Democrático de Direito.

5 O PERIGO DA ADOÇÃO DO DIRETO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal do Inimigo, nos moldes proposto por Jakobs, acaba por legitimar a aplicação de um sistema punitivo que inobserva as garantias típicas de um Estado Democrático de Direito.

É inadmissível, sob o plano de um Estado Democrático, a aplicabilidade de um Direito Penal desvinculado de garantias, pautado por simbolismos ineficazes, pelo adiantamento da punibilidade por meras suspeitas, por um punitivismo antecipado, em total afronta aos princípios basilares de um direito penal garantista.

As constituições democráticas, em sua essência, ao estabelecerem direitos e garantias a todos os cidadãos, atuam como mecanismos de auto-limitação, vale dizer, concedem direitos

e prescrevem garantias para que a sociedade, no momento de suas paixões e fraquezas, não se subsuma ao discurso punitivista desenfreado, evitando assim a legitimação de um direito penal pautado pela antecipação de juízos de culpabilidade e pelo simbolismo penal.

Todos têm direito a um rol mínimo de liberdades, as quais são estabelecidas na Constituição de um Estado de Direito e são elementos legitimadores de um sistema punitivo democrático.

Cabe ao Estado a função de aplicar as leis, disciplinando as relações em sociedade, contudo, o direito de punir do Estado encontra limites nos direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, a doutrina majoritária critica severamente a teoria do Direito Penal do Inimigo

Luiz Flávio Gomes, ao criticar a Direito Penal do Inimigo, aduz que aqueles que defendem o Direito Penal do Inimigo são na verdade grandes inimigos do Direito Penal Garantista, já que a teoria de Jakobs representa um tipo de Direito Penal excepcional, que rege-se por princípios contrários ao Estado Constitucional e Democrático de Direito. (GOMES,2005, s/p)

A teoria jakobsiana conflita com os princípios constitucionais estabelecidos na Constituição da República. Em um Estado Democrático de Direito não se pode vislumbrar a possibilidade de um indivíduo ser tratado como um "objeto de direito" e não como um "sujeito de direito". Outrossim, considerar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, é totalmente inconstitucional.

Os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis, surgiram como forma de reação ao Estado Absolutista. O respeito a esses direitos é essencial em um Estado de Direito, vale dizer, um Estado que não reconheça e garanta os direitos fundamentais não constitui um Estado de Direito. Devido à importância de tais direitos, não se justifica a supressão dos direitos fundamentais dos considerados inimigos. O Direito Penal do Inimigo contraria os princípios liberais queestão na base do Estado de Direito. (CALLEGARI; DUTRA, 2007)

Quanto a esse aspecto:

> Por mais grave e desumana que tenha a (*sic*) sido a conduta de um infrator, a ninguém, nem ao Estado é permitido tratá-lo como um ser desprovido dos mais elementares direitos. A partir do momento em que permitirmos essa violação com justificação excepcional estaremos abrindo perigoso precedente

> para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos.(CALLEGARI; DUTRA, 2007, p. 439)

Os direitos fundamentais consistem uma conquista da humanidade, que deve ser protegida, perseguida e até melhorada pelo Estado. Seria um retrocesso constitucional a limitação de direitos fundamentais simplesmente com o objetivo de punir mais facilmente aqueles que violarem as leis. Agindo dessa forma, cria-se um verdadeiro estado de polícia o qual é totalmente incompatível com o estado de direito.

Ressalta que a função do direito penal não é punir, mas sim buscar o equilíbrio social através da justiça. O legítimo direito penal deve existir para tutelar e preservar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade (vida, liberdade, honra, patrimônio e etc.), e não para servir de instrumento de guerra. No momento em que o Estado trata determinados criminosos como inimigos, retirando-lhes o *status* de cidadão, passa a agir como verdadeiro terrorista.

> O criminoso habitual, profissional, que pertence a uma organização que atua contra o Direito, ainda que seu estilo de vida conduza a uma refutação da legitimidade do ordenamento jurídico, deve ser tratado como um agente perigoso, justificando-se a intensificação da resposta penal. Mas jamais como um criminoso anormal, patológico, que está colocando em risco a própria estrutura do Estado. Seu processamento não pode adquirir a natureza de um "combate", de uma "luta". Não se trata de uma "guerra", senão da reprovação de um criminoso habitual, que deve ser naturalmente mais intensa que a de um delinqüente(*sic*) comum. (GOMES, 2005, s/p)

Outra crítica que se deve fazer ao Direito Penal do Inimigo é pelo fato de adotar a teoria do Direito Penal do Autor. O Direito Penal do Autor pune o indivíduo pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez, “o enfoque já não será precipuamente o fato praticado pelo agente, mas sim o agente que cometeu o fato. (...), é a pessoa do agente que é levada em consideração, a sua particular ‘forma de ser’”. (GRECO, 2013, p. 385, destaque do autor). Cria-se, assim, um direito penal discriminatório, racista e preconceituoso, uma vez que passa a tratar um cidadão possuidor de direitos como mero objeto e não como pessoa.

Ademais, o direito penal do autor atua de maneira tão repressiva que acaba punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, pune-se o mero pensamento. Assim, o direito

penal passa a controlar, inclusive, tudo que se passa na cabeça das pessoas, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da ofensividade e da materialização do fato.

Não podemos desistir do homem, sob o falso argumento de ser ele incorrigível, de possuir um defeito de caráter, que o impede de agir conforme os demais cidadãos. Tanto o projeto criado durante o regime absurdo do nacional-socialismo como o que agora se discute como uma das frentes mais radicais do Direito Penal Máximo, ou seja, o Direito Penal do Inimigo, devem ser repudiados pela nossa sociedade.(GRECO 2011, p. 28)

Greco destaca que ao adotar o Direito Penal do Inimigo coloca-se em risco a própria segurança jurídica.

> Isso, para a nossa própria segurança. Como já deixamos antever acima, quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em seqüestros para fins de extorsões… E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido por quaisquer das garantias conquistadas ao longo dos anos. (GRECO, 2011, p. 28-29)

Não é raro vermos episódios de tortura praticados por soldados americanos que humilhavam os presos pertencentes ao exército iraquiano. Será que, mesmo tendo praticado as piores atrocidades, aqueles presos deveriam receber o tratamento degradante que lhes era aplicado pelo exército vitorioso? O mesmo vale para traficantes de drogas, sequestradores, estupradores e aqueles que cometem crimes cruéis, por acaso estes não teriam “direitos” a serem respeitados?

Por mais que nos insurjamos com as bárbaras cenas veiculadas pelos meios de comunicação, mostrando pessoas inocentes sendo mortas brutalmente pelos membros do exército iraquiano, ataques terroristas, ou entrevistas chocantes com vítimas e seus familiares

que sofreram nas mãos de criminosos, todos, sem exceção, tem o direito de, ao ser preso, ver assegurados os seus direitos e garantias fundamentais.

Necessário ressaltar que há traços do Direito Penal do Inimigo na nossa legislação pátria, gostemos ou não disso, exemplos disso são: alei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas. (Lei nº. 9.034, de 3 de maio de 1995), bem como a chamada "Lei do Abate" ou "Lei do Tiro de Destruição" que possibilita que aviões considerados hostis possam ser derrubados, após uma série de procedimentos ignorados pelo piloto de tal aeronave.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal do Inimigo é uma Teoria que prevê punições mais severas e uma tutela jurisdicional penal mais célere ao indivíduo, que segundo a teoria após passar por alguns estágios, se torna inimigo do Estado a teoria prevê a separação de delinquentes e criminosos em duas categorias, o primeiro continuaria a ter *status* de cidadão, já no segundo caso seriam chamados de inimigos do Estado cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado.

Os três pilares que fundamentam a Teoria de Jakobs são: antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas e relativização ou, até mesmo, supressão de determinadas garantias penais e processuais e a criação de leis extremamente severas direcionadas aos indivíduos dessa específica engenharia de controle social (terroristas, supostos líderes de facções criminosas, traficantes, homens-bomba, etc.).

Os inimigos perderiam os direitos e as garantias previstas em lei, e sofreria uma punição mais rápida e rígida, o exemplo mais esclarecedor de inimigo, seria a prática do terrorismo, que infelizmente está se tornando cada vez mais comum na atualidade.

A lógica da guerra adotada pela teoria Direito Penal do Inimigo, faz com que ocorram excessos por parte do Estado, levando-se a um punitivismo exacerbado, o que acaba por destruir o princípio constitucional da razoabilidade, colocando-se em risco o Estado de Direito.

Desta forma, podemos afirmar que o Direito Penal do Inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, configurando-se como um verdadeiro retrocesso para a sociedade, uma vez que o *jus puniendi* do Estado não pode ser exercido de forma discricionária, encontrando seus limites nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, preservando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa

humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 9.099/95 de 26 de setembrode 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DOU 27.09.95. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em 29 abr.2016

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 429 – 442, ago., 2007.

GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal:*parte geral. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.

_____.*Direito penal do equilíbrio:* uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flávio.*Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo***.**Revista Jus Navigandi**,** Teresina, ano 10, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7399>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal).*(*Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com..br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>. Acesso em: 29 abr. 2016.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*, v1, 3ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MASSON, Cléber. *Direito penal*– Parte Geral.Vol. 1. São Paulo: Método, 2010.

PONTE dos Espiões. Direção:Steven Spielberg. Produção de Steven Spielberg et. al.Disrtibuição Fox Filmes, 2015. DVD e BlueRay. 141 min.Son.,color.

ANIMAIS QUE SOFREM: UMA ANÁLISE DO FILME “PLANETA DOS MACACOS: A ORIGEM” NA PERSPECTIVA DE “PETER SINGER”, OBJETO OU SUJEITO DE DIREITO EIS A QUESTÃO

Maurício Gonçalves Saliba[4]
Juan Roque Abilio[5]

RESUMO

O presente artigo reflete quanto a questão da relação entre ser humano e animais não humanos, os quais, são esquecidos e tratados pelo ordenamento jurídico como meros objetos, a necessidade de conferi-los status de sujeito de direito é a busca de dignificar a sua existência, dando valor a sensibilidade a dor, a qual, mostrou merecedora de tutela jurídica, vez que, o animal é um ser que sofre, sente alegria e tristeza, fica nervoso, cria relações de amizade e inimizade. Tal sensibilidade é bem demonstrada no filme PLANETA DOS MACACOS, na qual Cesar ao longo do filme demonstra a capacidade de amar e sofrer.

Palavras-chaves: Direito Animal. Peter Singer.

RIASSUNTO

Questo articolo riflette sulla questione del rapporto tra animali umani e nonumani, che vengono dimenticati e trattati dalla legge come meri oggetti, la necessità di verificare nel modo giusto movimento del soggetto è alla ricerca di nobilitare la loro esistenza dando la sensibilità del valore al dolore, che ha mostrato degno di tutela giuridica, dal momento che l'animale è un essere che soffre, si sente gioia e dolore, è nervoso, crea amicizia e l'inimicizia. Questa sensibilità è ben dimostrato nel film PLANETA DOS MACACOS, in cui Cesar per tutto il film dimostra la capacità di amare e soffrire.

Parola-chiave: Diritto Animale. Peter Singer.

INTRODUÇÃO

Por muito o ser humano e os animais não humanos coexistem juntos, mas não convivem, é dizer, vivem e interagem, mas o ser humano por vezes é insensível ao não enxergar

[4] Doutor pela UNESP. Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO, da FATEC-Ourinhos e da Universidade Estadual do Norte do Paraná
[5] Graduando em Direito pela FIO-SP

os animais como sujeito de direitos.

A dualidade entre coexistência e convivência, traz no sentido de que, a coexistência independe de respeitabilidade enquanto a convivência pressupõe respeito, reconhecimento e proteção.

O filme em comento traz a reflexão qual o status dos animais em nossa sociedade, como que os mesmos podem interagir, amar, sentir medo, raiva, saudades.

Nos sentimentos de Cesar tenta-se incutir ao leitor os sentimentos que a moral humana traz em relação aos animais e demonstrar que o amor ultrapassa a alma humana e que todos os seres vivos merecem respeito, em especial aos animais.

A vida mostra a compaixão de um cão vadio o qual é resgatado por uma pessoa, o qual, tem a capacidade de mostrar afeto ao seu dono.

Não precisa de muita reflexão para perceber que animais sofrem, a exemplo, o espancamento de um cão o qual grita de dor. As dores e vidas são de iguais importâncias, numa visão mais ampliada para além da sociedade humana, verificamos que os mesmos argumentos de proteção ao ser humano poderão se aplicar aos animais.

Refletir qual o status jurídico dos animais vai além do jurídico, englobando uma questão filosófica, na qual, reflete-se o que faz uma vida ser mais importante que a outra, por quais razões a dignidade de um não é reconhecida ao outro.

Neste interim Peter Singer demonstra em seus discursos a ilogicidade de não reconhecer aos animais direitos.

Este trabalho busca demonstrar que a benevolência da racionalidade humana poderá nos levar a reconhecer que os animais devem ser respeitados e reconhecidos na esfera jurídica, ampliando sua proteção em relação ao homem e dignificar sua existência.

Vida, moral e ética são os traços marcantes do presente trabalho e o amor ao próximo é o norte da pesquisa, uma reflexão muito mais além do jurídico se busca, utópico talvez, mas é a esperança de uma sociedade muito menos voraz com lucros e individualidade e preocupada com bem-estar e valores.

1 CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO E O STATUS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Código Civil diferencia sujeito de direito e objeto de direito, sendo o primeiro conceituado no artigo 1° do Código de Reale, *verbis*:"Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil".

Desde a criação do texto legal, viu-se a intenção do legislador de dedicar a qualidade de sujeito de direito tão somente ao animal humano, explica-se.

O texto inicial da Câmara dos Deputados repetia o vetusto Código Civil e dizia "**todo homem** é capaz de direitos e obrigações na ordem civil",submetido ao Senado mudou-se para "**todo ser humano** é capaz de direitos e obrigações na ordem civil", por uma questão puramente de ordem feminina,após, retornando para Câmara, trocou-se novamente, para "pessoa", por uma questão topológica, visto que, encontravam-se nos livros "Das Pessoas".

Em comentário, ao artigo retro transcrito, Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 101) diz:

> No art. 1º do Código Civil, que, ao prescrever 'toda pessoa é capaz de direitos e deveres', emprega o termo 'pessoa' na acepção de todo ser humano, sem qualquer distinção de sexo, idade, credo ou raça.

A doutrina, ao conceituar sujeito de direito afirma:

> O ordenamento jurídico destina-se a reger as relações sociais entre **indivíduos e grupos**. **As pessoas**, às quais as regras jurídicas se destinam, chamam-se sujeitos de direitos, que podem ser tanto uma pessoa natural ou física quanto uma pessoa jurídica, que é um ente coletivo. (REALE, 2002, p. 227) – grifei.

Mesmo os autores que digam que sujeito de direito é gênero da qual pessoa é espécie[6], afirmam que outra espécie se relaciona com "um ser humano, homem ou mulher, titularizando o interesse em conflito. Ainda que mediados por outros titulares não humanos, todos os conflitos de interesses dão-se sempre entre humanos" (COELHO, 2012, p. 131).

Sobre o tema o escólio de Sílvio de Salvo Venosa(2009,p. 125), afirma que:

> A sociedade é composta de pessoas. São essas pessoas que a constituem. Os animais e as coisas podem ser objeto de Direito, mas nunca serão sujeitos de Direito, atributo exclusivo da pessoa.

E continua:

> Os animais e os seres inanimados não podem ser sujeitos de direito. Serão quando muito, objetos de direito. As normas que almejam proteger a flora e a fauna o fazem tendo em mira a atividade do homem. Os animais são levados em consideração tão-só para sua finalidade social, no sentido protetivo. (2009,

[6] "nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los" (COMPARATO apud COELHO, 2012, 131).

p. 134).

Conclui-se, portanto, que sujeito de direito, para a doutrina civilista brasileira, é ligada a ideia de personalidade jurídica, que por sua vez, calca-se na filosofia antropocêntrica.

Contudo, filiamos na doutrina de que vê sujeito de direito tão somente como titular de direito, podendo ser pessoa, ou não (MIRANDA, 83).

Já o objeto de direito se bifurca em dois: devido a existência da pessoa[7] e da atividade da pessoa[8].

Vê-se aí, que objeto de direito tem sua razão de ser condicionada a uma predeterminação da pessoa, ou seja, o direito tão somente o olha de soslaio, pois, seu foco principal é o ser humano.

Alocar "algo" como objeto de direito, é menosprezar a sua existência, em outras palavras, é deixa-lo em segundo plano.

O tratamento jurídico do Código Civil aos animais não humanos é dado como "coisas", ou seja, trata-se de um bem móvel[9], na subclassificação de "bens móveis por natureza ou essência"[10], infungível[11] e singular[12].

Vale observar, que semanticamente, coisa é um gênero e bem a espécie, ou seja, nem tudo que é coisa é bem, mas tudo que é bem é coisa:

---

[7] "seus atributos da personalidade: a honra, a liberdade, a manifestação do pensamento" (VENOSA, 2009, p. 289).
[8] "uma prestação; um fazer ou deixar de fazer algo. As ações humanas, como objeto do Direito, manifestam-se no direito obrigacional (...) porém, pode recair sobre coisas corpóreas e incorpóreas, como um imóvel" (VENOSA, 2009, p. 189).
[9] "Os bens móveis são aqueles que podem ser transportados, por força própria ou de terceiro, sem a deterioração, destruição e alteração da substância ou da destinação econômico-social". (TARTUCE, 2015, p. 151).
[10] "São os bens que podem ser transportados sem qualquer dano, por força própria ou alheia. Quando o bem móvel puder ser movido de um local para outro, por força própria, será denominado bem móvel semovente, como é o caso dos animais. Conforme o art. 84 do CC, os materiais destinados a uma construção, enquanto não empregados, conservam a sua mobilidade sendo, por isso, denominados bens móveis propriamente ditos". (TARTUCE, 2015, p. 151).
[11] "São aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade. São também denominados bens personalizados ou individualizados, sendo que os bens imóveis são sempre infungíveis. Como bens móveis infungíveis podem se citados as obras de arte únicas e os animais de raça identificáveis. Os automóveis também são bens móveis infungíveis por serem bens complexos e terem número de identificação (chassi). No caso de empréstimo de bens infungíveis há contrato de comodato". (TARTUCE, 2015, p. 151).
[12] "São bens singulares aqueles que, embora reunidos, possam ser considerados de per si, independentemente dos demais (art. 89 do CC). Como bem apontam Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os bens singulares "podem ser simples, quando as suas partes componentes encontram-se ligadas naturalmente (uma árvore, um cavalo), ou compostos, quando a coesão de seus componentes decorre do engenho humano (um avião, um relógio)". Como se nota, para a sua caracterização, deve-se levar em conta o bem em relação a si mesmo. Como exemplos, ilustrem-se um livro, um boi, uma casa". (TARTUCE, 2015, p. 153).

> Certo é que o Código Civil anterior, no tratamento do objeto do direito, não fazia a distinção entre bem e coisa, usando ora um, ora outro termo, como sinônimos. O Código atual utiliza apenas a expressão bens (TARTUCE, 2012, p. 260).

2 A IGUALDADE ENTRE ANIMAIS

Desde tempos imemoriais o homem teve uma estreita relação com os animais não humanos, inicialmente caçando-o e posteriormente recolhendo-o para coabitar consigo, dando início à um processo de domesticação dos mesmos (PEREIRA, 2014, p.1), sendo que, um dos primeiros animais a ser domesticado foi a ovelha, a qual, disponibilizava carne, lã, couro e leite.

Tem-se que a relação do ser humano com os animais não humanos, sempre foi uma relação vertical de dominação.

Elevou-se o ser humano em detrimento do animal e do ambiente, neste sentido reflete Basques(2008, p.2):

> O humano sempre tenha sido pensado como uma misteriosa conjunção de um corpo natural vivente e uma dimensão sobrenatural, social ou divina, nós deveríamos começar a (re)problematizar o humano como resultado da separação prática e política entre humanidade e animalidade. Seja em suas variantes antigas ou modernas, a máquina antropológica operaria pela criação de uma diferença absoluta, uma distinção entre homem e animal que, de um lado, eleva o humano em detrimento do animal e do ambiente e, de outro, desloca a animalidade essencialmente para fora daquilo que Martin Heidegger descreveu como as características humanas abertas ao mundo. Em seu inquérito, Agamben busca problematizar essa cisão, o intervalo vazio e indeterminado entre homens e animais. É a partir dessa condição de intermezzo, desse estado de vida nua, dirá Agamben, que nós precisamos começar a vislumbrar meios de paralisar a máquina antropológica e abrir caminhos para que se instaure uma reflexão filosófica e política acerca do que concebemos como vida humana.

A par disto, viu-se o surgimento do especismo, na qual, dar-se-á preferências à indivíduos simplesmente com base no fato de que eles sejam membros da mesma espécie, em nosso caso, a espécie humana.

Principalmente na sociedade ocidental encravou-se a ideia da superioridade humana, colocando-o no centro de todas as coisas, veja, a exemplo, a moralidade cristã, na qual, ao homem lhe foi concedido a dádiva de ter a imagem e semelhança de Deus, fazendo-o crer, na

ideia de sua superioridade divina[13].

Contudo, em um diálogo de pensamento com Peter Singer mostra a ilogicidade do pensamento antropocêntrico, visto que, a mesma base teórica que serve para refutar o racismo e o sexismo, servem para refutar o especicismo[14], óbvio com suas devidas adequações dogmáticas e pragmáticas, pois, as diferenças existentes não podem ser causa para excluir os animais da proteção da ordem jurídica.

Este discurso filosófico encontra-se encampado no viés da igualdade, ou seja, uma igualdade entre espécies, tendo como base uma moral sólida das relações com aqueles que não pertencem à nossa espécie(SINGER, 1993, p. 42), é nesse sentir, que podemos refuta que, se uma pessoa não pertence à determinada etnia lhe ensejaria o direito de explorar, ou, se pessoas menos inteligentes que outras poderiam ser consideradas como supérfluas.

Assim, o fato de certos seres não pertencerem à nossa espécie não nos dará o direito de os explorar, pois, do mesmo fato de outros animais serem menos inteligentes que nós, não poderão ser considerados supérfluos, em vista do mesmo princípio da igualdade que protege o homem de si mesmo (SINGER, 1993, p. 43).

Sabe-se que a igualdade formal se encontrará defeituosa e por vezes até jocosa – é só pensar em defender o direito do animal ao voto –, gritando, desta forma, a máxima aristotélica, na qual reconstruímos para afirmar que "tratar os animais iguais, quando iguais forem e desiguais na medida de suas desigualdades", é dizer, deve-se buscar a igualdade material como tutela de direitos aos animais não humanos e na reconstrução de um ordenamento jurídico antropológico, baseado no sentir de endeusamento do ser humano.

Humanos e animais não humanos coexistem, mas não convivem, pois, a convivência pressupõe um respeito, um tratamento de pares iguais, pressuposto este, que veio sendo construído pelo sentimentalismo do ser humano ao passar do tempo, criando-se proteções à título de preservação do sentimento do ser humano que não admite de forma moral os maus-tratos aos animais não humanos (FIORILLO, 2013, p. 288), ou, vendo-o como um fim social (VENOSA, 2009, p. 134).

O catalisador do protecionismo do Estado e da moral, que se defende aqui, é a capacidade de sentir dor, é o que difere da reação de uma pessoa que vê outra chutando uma

[13]Veja o exemplo "E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo réptil que se move sobre a terra" (Gênesis, versículo 26).
[14]SINGER, 1975, p. 16.

bolsa não é a mesma se trocarmos a bolsa para um pequeno cachorro.

A sensibilidade a dor tornou-se merecedora de tutela jurídica, assim, uma vez que o animal é um ser que sofre, sente alegria e tristeza, fica nervoso, cria relações de (in)amizade, brinca e gosta de ser acariciado, tendo por vezes até um sentimento de gratidão – como o cão vadio recolhido que é de grande dedicação à pessoa que o acolhe –, e mais, o próprio ser humano partilha com os animais suas emoções, não há razão de não conceder proteção aos animais, vê-los como iguais, pois, pela peneira do princípio da igualdade, vislumbra que a única diferença significativa encontrada é que entre a dor do ser humano com o dos animais é que estes últimos não conseguem usar da palavra para dizer. Ao ignorar este fato é chancelar a insensibilidade humana (COSTA, 1998, p. 10).

> Não podemos mais continuar com a indiferença pela vida e pelo sofrimento dos animais, a que estamos acostumados. Aprendendo a olhar o mundo com novos olhos, estaremos adotando o paradigma biocêntrico, isto é, estaremos valorizando a manifestação da vida em todos os níveis e, com ela, a desse outro elemento referido como 'mente' ou 'psiquê'. (PRADA, 1997, p. 61/62).

Bem demonstrado fica a situação no filme PLANETA DOS MACACOS, na qual, Cesar interage com Will, seu paiCharles e posteriormente sua namorada Caroline.

Durante o crescimento, Cesar passa a manifestar sinais notórios de uma inteligência sem precedentes nos primatas selvagens, tudo devido à uma droga chamada ALZ112, a qual era aplicada em sua mãe e lhe fora transmitido de forma hereditária.

Dita droga, para esclarecimento, tinha como escopo a cura do Mal de Alzheimer, influindo diretamente no cérebro do animal.

A evolução de Ceser era tal, que o mesmo, através de linguagem de sinais, se comunicava com todos.

Em dado momento do filme, Cesar, foi levado para passear em uma reserva natural vendo um cão preso a uma coleira por seus donos, o qual, o fez refletir qual seria seu papel na sociedade, e percebeu-se na mesma situação do cão, um simples animal de estimação.

Noutra passagem, César, ao defender Charles, o qual, voltou a sentir os efeitos da doença (Mal de Alzheimer), acabou atacando o vizinho, sendo levado por Wille sua namorada para um cativeiro de animais, acabando por não ser aceito no grupo, ante sua diferença notória. Neste cativeiro, por diversos momentos César mostra sinais de saudades e amor, a exemplo, do momento em que ele desenha uma janela do seu antigo quarto na parede, demonstrando sua vontade regredir para o lar.

Por obvio que os animais não humanos não irão se comunicar e interagir como César, contudo, não se pode negar o afeto de um pequeno canino que lhe abane o rabo ao chegar em casa, ou seu mesmo grito de dor ao ser espancado.

Assim, num argumento lógico, se o animal não humano possui a capacidade de sofrer deve concedê-lo titularidade de direito, pois, a incapacidade racional não pode ter o condão de lhe tirar seu status, visto que, se o ser humano não racional é ainda sujeito de direito, ao animal não racional também deve ser, em outras palavras, deve-se aqui, aplicar a igualdade entre as espécies.

Mas assim não o é, pois, infelizmente o sentimento de dominação humana, que é aplicado contra si mesmo, também permeia o tratamento com os animais, pois, na visão de Bourdieu, quanto à dominação ela é habitual, torna-se quase que espontaneamente e naturaliza-se no seio da sociedade (BOURDIEU, 2002, p. 48/49).

3 ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITO DE DIREITO

Alguns autores sustentam que o estudo conferente ao animal, graças ao disposto constitucional, deve ser distinto do conferido às coisas:

> Assim, assume o animal um estatuto distinto daquele conferido às coisas, o que não provoca, necessariamente, o reconhecimento de sua personificação – afinal, se os animais forem considerados sujeitos de direitos, não poderão ser ao mesmo tempo objetos de direito, pelo que devem ficar impedidos os negócios jurídicos a eles respeitantes. Ademais, outras situações incompatíveis com o estatuto jurídico próprio das pessoas surgiriam, como a dificuldade – quiçá mesmo a impossibilidade – de se deferir aos animais diversos dos direitos mais elementares inerentes aos seres humanos, em especial os direitos fundamentais e da personalidade. (GODINHO e ADRIANA, p. 3).

Contudo, esta visão clássica (de que os animais são objetos de direito) pode (deve) sofrer alteração, tem-se, por exemplo, o Projeto de Lei n° 12.351/2015 tramitando no Senado, o qual transforma os animais não humanos, não mais como meros bens.

Tal projeto buscou inspiração em países como a Suíça, Alemanha, Áustria e França, pretende, não considerar os animais como coisa com o seguinte argumento:

> Isso porque partimos da premissa que no Brasil, juridicamente, “bem” está ligado à ideia de direitos sem, necessariamente, caráter econômico, ao passo que “coisa” está diretamente ligada à ideia de utilidade

> patrimonial.(Exposições dos motivos http://www25.senado.leg.br/web/atividade/ materias/-/materia/121697 acessado em 20.10.2015).

Outros defensores, afirmam, que devido as características dos animais, estes não podem ser vistos como meras coisas:

> A integração dos animais na noção de coisa não é adequada aos valores de uma nova era, em que a ciência comprova que o animal tem capacidade de sofrimento. Já antes dos resultados da ciência, as emoções das pessoas que conviviam com os animais indicavam a natureza sensível a relacional destes, sobretudo dos mamíferos, animais de companhia. (...) No direito comparado, os movimentos de defesa dos animais tiveram repercussões no estatuto dos animais nos códigos civis, o que levou a que deixassem de integrar a noção de coisa e tivessem passado a ser vistos como criaturas com sensibilidade, como sucedeu em 1988, na Áustria, em 1990, na Alemanha, e em 2002, na Suiça. (...) O direito suíço é o mais avançado na proteção dos animais, contendo uma norma de direito sucessório (artigo 482º, nº 4), que estabelece um ônus de cuidar do animal, tornando-o beneficiário de uma disposição mortis causa, e uma norma de direito de família [art. 651º, al. a], que estatui que, nos casos de dissolução de casamento, união de fato ou de partilha da herança, o tribunal pode adjudicar o animal em litígio à parte que garanta a sua melhor acomodação e tratamento. (SOTTOMAYOR e RIBEIRO, 2014, p. 454-455).

No mesmo sentido afirma Diomar Ackel Filho(p. 61-63):

> Não pode mais ser simplesmente referida como coisa ou bem. É que esses seres, porque providos de vida biológica e outros elementos, incluindo psiquismo ativo, já mereceram do Estado outro status. Não são simplesmente apenas coisas ou meros números. Mas individualidades biopsicológicas, que vêm recebendo o reconhecimento jurídico em todas as partes do mundo. (...) Considerar os animais meras coisas, como desprovidas de vida e sentimentos, afronta a consciência ética da humanidade. Se há pessoas que assim os considere, desprezando seus direitos, a imensa maioria dos habitantes do planeta nutre sentimentos de respeito pelos animais. É daí que verte esse elemento moral, traduzido na justiça do reconhecimento dos seus direitos e da repulsa a todas as formas de crueldade e biocídio.

Observa-se que alguns autores afirmam que a proteção dos animais não humanos, tem como destinatário final o ser humano:

> Diante dessa denotação, o art. 225, §1°, VII, da Constituição Federal busca proteger a pessoa humana e não o animal. Isso porque a saúde psíquica da pessoa humana não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo. Com isso, a tutela da crueldade contra os animais fundamenta-se no sentimento humano, sendo esta – a pessoa humana – o sujeito de direitos (FIORILLO, 2013, p. 288).

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a tratar do tema com a previsão no artigo 225, todavia, anteriormente, existiam normas infraconstitucionais a

tratar do tema, mas não ofereciam a sistematização necessária ao tema.

> O passo decisivo para a sistematização do Direito Ambiental Constitucional brasileiro foi realmente dado pela Constituição Federal de 1988, que, além de fazer referências explícitas e diretas em várias partes do texto constitucional, imponto deveres ao Estado e à sociedade, com redação ao meio ambiente, dedicou-lhe um capítulo (Capítulo VI), dentro da Ordem Social (Título VIII). A constituição de 1988 alicerça não só a ordem social, mas também, a ordem econômica, a saúde, a educação, o desenvolvimento, a política urbana e agrícola, enfim, obriga a sociedade e o Estado, como um todo, a um compromisso de respeito e consideração ao meio ambiente, conforme vários dispositivos ambientais espalhados por todo texto constitucional (PADILHA apud OLIVEIRA, 2015, 19).

Como dito, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, vigoravam-se alguns dispositivos que tratavam sobre os direitos dos animais.

No Município de São Paulo houve a edição do Código de Postura (1886), o qual, mesmo não havendo grande amplitude, tratou alguns direitos dos animais, como por exemplo, da proibição dos cocheiros de maltratarem os animais com castigos bárbaros e imoderados.

Em 1924, através do Decreto federal n° 16.590, proibia que as casas de diversões públicas maltratassem os animais.

No Estado Novo, foi aprovado o Decreto n° 24.615 de 1934, o qual, introduzia algumas normas de proteção aos animais.

Tem-se também o artigo 64 da Lei de Contravenções Penais, a qual proibi o tratamento dos animais com crueldade e submetê-lo ao trabalho excessivo.

Teve-se também, a Lei n° 6.638/1979 (Lei da Vivissecção), a qual regulamentava as pesquisas com animais.

Em 1988, com o advento da Lei 9.605/1998, veio a Lei da Natureza.

Como José Honório Filho Oliveira (2015, p. 35)observa que, antes da Constituição de 1988:

> No Brasil, as normas que visavam a proteção animal foram aprovadas sem qualquer fundamentação filosófica durante regimes ditatoriais, quando os cidadãos foram privados de seu livre-arbítrio político e demais direitos democráticos. Os animais e o ambiente físico natural sob a guarda ou proteção de um Estado não democrático que fazia leis, porem recusava-se a ser submetido a eles, as tornando ineficazes.

Vinte anos atrás, em 27 de janeiro de 1978, veio ao âmbito internacional a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, o qual visava reconhecer a proteção aos animais, bem como o reconhecimento do direito à vida, à dignidade, respeito, amparo contra maus-tratos e

qualquer tipo de crueldade.

Ainda no cenário internacional, temos o Direito Civil Austríaco que em 1988, aprovou-se o estatuto jurídico do animal, o qual, em seu parágrafo 285, afirmou que os animais não são coisas e estão protegidos por leis especiais, contudo, aplica-se as normas concernentes as "coisas", no mesmo sentido aconteceu na Alemanha (1990), Suíça (2003).

Na Alemanha, em 1990, introduziu em seu Código Civil a ideia de que os animais não são coisas e estão protegidos por leis especiais, aplicando-se as disposições análogas concernentes às coisas.

Por fim, analisamos a Constituição Equatoriana, a qual é considerada inovadora em relação à natureza e a visão antropocêntrica, a exemplo do artigo 71, *verbis*:

> Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tienederecho a que se respete integralmente suexistencia y elmantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidadpodrá exigir a laautoridad pública elcumplimiento de losderechos de lanaturaleza. Para aplicar e interpretar estosderechos se observaranlosprincipiose establecidosenlaConstitución, enlo que proceda.
> El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a loscolectivos, para que protejanlanaturaleza, y promoverá elrespeto a todos los elementos que formanunecosistema.

Veja-se a intensidade da proteção, visto que, referem-se a natureza como a "Mãe terra". Nota-se que num raciocínio lógico, sendo os animais integrantes da natureza, eles também foram contemplados pela inovação equatoriana, o qual, adotou uma visão biocêntrica[15].

Há muitos autores que vem defendendo a possibilidade de conferir aos animais não humanos o status de sujeito de direito, a exemplo, de grandes nomes, Norberto Bobbio (2004, p. 31), Pontes de Miranda (tomo i, p. 94), Diomar Ackel Filho (p. 61-63), Sttomayor e Ribeiro (2014, p. 454-455), Godinho e Adriana (p. 3).

Ao abrirmos a possibilidade aos animais não humanos de serem titular de direitos é vê-los e respeita-los pela sua existência, a partir de então, poder-se-ia falar até em direitos fundamentais, aos animais não humanos.

> Mesmo os mais radicais defensores dos animais como sujeitos de direitos não propõem que todos os seres vivos não humanos devam ter acesso a todos os direitos fundamentais assegurados aos seres humanos. De modo semelhante, se a categorização jurídica dos animais como coisas vem sendo

[15] Diz respeito que coloca todos os seres vivos no centro de todas coisas, respeitando-os.

> paulatinamente percebida como inadequada, mesmo os códigos mais inovadores não vão além da afirmação de que “animais não são coisas”, da qual decorre uma problemática alternância: definidos (ontologicamente) como “não coisas”, os mesmos seres são contextualmente submetidos a um regime específico de proteção (que, por sua própria natureza, deixa intocada a questão de estabelecer se animais podem ou não ser sujeitos de direitos) ou às disposições gerais referentes às coisas. (BEVILAQUA, 2011, p. 98).

Sarlet (SARLET, 2012, p. 201)chega a defender, com base na dignidade da pessoa humana, a dignidade da vida, e com isto, incluir os animais não humanos (SARLET, 2006, p.34).

> Neste contexto, embora o direito constitucional positivo não reconheça direta e expressamente direitos fundamentais como direitos subjetivos aos animais, no sentido de serem estes titulares de direitos desta natureza, o reconhecimento de que a vida não humana possui uma dignidade, portanto, um valor intrínseco, e não meramente instrumental em relação ao Homem, já tem sido objeto de chancela pelo Direito, e isto em vários momentos, seja no que concerne à vedação de práticas cruéis e causadoras de desnecessário sofrimento aos animais, seja naquilo em que se vedam práticas que levem à extinção das espécies, e não pura e simplesmente por estar em risco o equilíbrio ecológico como um todo, que constitui outra importante (mas não a única) razão para a tutela constitucional, pelo menos tal qual previu o constituinte brasileiro. Certo é que mesmo a prevalecer a tese de que não há como atribuir aos seres vivos não humanos, especialmente aos animais, na condição de seres sensitivos, a titularidade de direitos humanos, o reconhecimento da fundamentalidade (e mesmo dignidade!) da vida para além da humana implica pelo menos a existência de deveres – fundamentais – de tutela (proteção) desta vida e desta dignidade. Ainda que não haja consenso a respeito da matéria, especialmente sobre se o que existe é apenas uma tutela jurídico-objetiva da vida não humana, ou se existe uma titularidade subjetiva de direitos fundamentais, que apenas não poderiam ser exercidos “pessoalmente”, no plano processual, pelos seus titulares, o fato é que já existem diversas decisões judiciais, inclusive do STF, reconhecendo, como decorrência também do direito fundamental a um meio ambiente saudável e dos dispositivos constitucionais versando sobre a proteção da fauna, a necessária proteção dos animais, ainda que em detrimento do exercício de determinados direitos ou interesses de pessoas ou grupos humanos.

CONCLUSÃO

No transcorrer deste trabalho, mostrou as reflexões de Peter Singer, o qual, foi capaz de demonstra a ilogicidade do pensamento antropocêntrico, visto que, a mesma base teórica que serve para refutar o racismo e o sexismo, servem para refutar o especicismo, com suas devidas adequações dogmáticas e pragmáticas, pois, as diferenças existentes não podem ser causa para excluir os animais da proteção da ordem jurídica.

A igualdade entre espécies, demonstra que se certos seres não pertencerem à nossa espécie não nos dará o direito de os explorar, pois, do mesmo fato de outros animais serem menos inteligentes que nós, não poderão ser considerados supérfluos, em vista do mesmo princípio da igualdade que protege o homem de si mesmo.

O catalisador do protecionismo do Estado e da moral, que se defende aqui, é a capacidade de sentir dor, é o que difere da reação de uma pessoa que vê outra chutando uma bolsa não é a mesma se trocarmos a bolsa para um pequeno cachorro.

A sensibilidade a dor tornou-se merecedora de tutela jurídica, assim, uma vez que o animal é um ser que sofre, sente alegria e tristeza, fica nervoso, cria relações de (in)amizade, brinca e gosta de ser acariciado, tendo por vezes até um sentimento de gratidão – como o cão vadio recolhido que é de grande dedicação à pessoa que o acolhe –, e mais, o próprio ser humano partilha com os animais suas emoções, não há razão de não conceder proteção aos animais, vê-los como iguais, pois, pela peneira do princípio da igualdade, vislumbra que a única diferença significativa encontrada é que entre a dor do ser humano com o dos animais é que estes últimos não conseguem usar da palavra para dizer. Ao ignorar este fato é chancelar a insensibilidade humana.

O filme bem demonstra a sensibilidade a dor dos animais na figura de Cesar, o qual, diversas vezes demonstra amor, raiva, dor, medo, saudades.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Direito dos Animais**.

BASQUES, Messias. **Nos limites de um intermezzo: sobre homens e animais.***In*: ScientiaeStudia, vol. 6, n. 2, São Paulo, 2008.

BEVILAQUA, CiméaBarbato. **Chimpanzés em juízo: pessoas, coisas e diferenças**. *In*: Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, n. 35, 2011.

Bíblia Sagrada. Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembléias de Deus, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Código Civil comentado. Coordenadora Regina Beatriz Tavarez da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, António Pereira da. **Dos Animais – o direito e os direitos**. Coimbra, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GODINHO, Helena Telino Neves; ADRIANA, Marteleto Godinho**. A controversa definição da natureza jurídica dos animais no estado socioambiental**.

MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.**

OLIVEIRA, José Honório Filho. **A Ética na Dogmática da Experimentação Animal no Direito Ambiental.** Dissertação de Mestrado, UNIVEM: Marília, 2015.

PRADA, Irvenia. **A alma dos animais**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SINGER, Peter Albert David. **Ética Prática**. Lisboa: Tipografia Lugo, 1993.

SINGER, Peter Albert David. **Libertação Animal**. 1975.

SOTTOMAYOR, Maria Clara e; RIBEIRO, Ana Teresa. *In:* **Comentário ao Código Civil**, sob coordenação de Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença. Lisboa: Universidade Católica, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara e; RIBEIRO, Ana Teresa. *In***Comentário ao Código Civil**, sob coordenação de Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença. Lisboa: Universidade Católica, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral.** São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2009.

CLUBE DE COMPRAS DALLAS: O DIREITO DE TENTARA CURA E OS QUESTIONAMENTOS ENVOLVENDO O TRATAMENTO DE DOENÇAS GRAVES E INCURÁVEIS

Carla Roberta Ferreira Destro[16]

RESUMO

Opresente trabalho visa discutir brevemente questões atuais envolvendo a utilização de substâncias ou medicamentos não autorizados no tratamento de doenças graves e incuráveis. A análise terá como base o filme Clube de Compras Dallas, que servirá de inspiração para as discussões jurídicas envolvendo o *direito de tentar a cura*, conhecido pela doutrina internacional moderna como "*righttotry"* (direito americano) e*"derecho a que sea intentado"* (direito colombiano). A explanação será norteada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, destacando-se o direito à vida, à saúde e à livre disposição do próprio corpo, buscando-se, com base na técnica de ponderação, a melhor solução para a problemática apresentada.

Palavras-chave: Direito de tentar a cura. Dignidade da pessoa humana. Direito à Vida. Livre disposição do próprio corpo. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

The presente paper intends to discuss current questions brieflyinvolving the use of medicines or substances that are not authorized on treatment of serious and incurably diseases. The analysis will relapse on the movie "Clube de Compra Dallas", that will serve by inspiration to the juridical discussions involving the right to try a cure, known by international doctrine as "right to try" (American Law) and "derecho a que sea intentado" (Colombian law). The explanation will be guided by the principle of human dignity, highlighting the right of life,

[16]Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Coordenadora de Extensão e dos Núcleos de Direitos Humanos e de Acessibilidade e Acolhimento do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: destropp@uol.com.br

health and the free disposal of your own body, using up the technical weighting, unveil the better solution to the set of problems presented.

Key words: Right to try de cure. Dignity of human person. Right do life. Freedisposalofyourownbody. Will´sautonomy.

INTRODUÇÃO

O filme Clube de Compras Dallas (2013) retrata a sociedade norte-americana nos anos 80, época em que os casos de AIDS assumiram números alarmantes e a baixa expectativa de vida dos doentes levou ao desespero pela busca de tratamentos eficazes, destacando-se a utilização da nova droga chamada zidovudina ou AZT (azidotimidina).

Ron Woodroof, personagem central da obra, baseada em sua história particular, ao receber o diagnóstico de AIDS e a previsão de poucos dias de vida, decide buscar alternativas para o tratamento, principalmente ao descobrir a alta toxidade do AZT. Começa a contrabandear medicações experimentais, sem o aval do órgão governamental FDA (*Foodand Drug Administration*), distribuindo-as aos doentes que lhe pagavam uma mensalidade. A procura pelos medicamentos cresce de maneira exorbitante, levando muitos doentes a abandonarem o tratamento oferecido nos hospitais, despertando a atenção das autoridades americanas. Ron decide então ingressar na justiça para garantir o direito de tratamento com drogas experimentais, ainda que sem o aval das autoridades americanas, alegando o direito de tentar a cura, o direito de preservar sua vida. Ron perde a ação, mas passa a ser um símbolo da luta contra os gigantes farmacêuticos americanos. Ron morreu após 7 (sete) anos de tratamento.

A luta de Ron Woodroof em muito se assemelha a luta atual vivida por vários doentes incuráveis no Brasil. Doentes terminais ou com a doença em avançado estado, sem qualquer perspectiva de tratamento e melhora, buscam diariamente no judiciário brasileiro a autorização para utilização de medicamentos e tratamentos experimentais, como é o caso, por exemplo, dos inúmeros pedidos judiciais para liberação da *fosfoetanolamina* aos doentes com câncer. Apesar de se tratar de medicamento experimental, sem aval da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ainda em fase de estudos e sem qualquer dado que comprove a sua eficácia, o tratamento passou a ser a última esperança desses doentes, que alegam, dentre outras teses,

conforme analisaremos mais adiante, com base na dignidade da pessoa humana, o direito de lutar pela vida, o direito de tentar.

Prescreve o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, a inviolabilidade do direito à vida. Em uma análise rápida e desatenta do dispositivo é possível concluir que ninguém, em hipótese alguma, poderá violar direito alheio ou próprio, de modo que o uso de medicamentos e tratamentos potencialmente lesivos à vida seria conduta vedada pela norma. Mas tal direito, de índole personalíssima, é absoluto? Arriscar o pouco de vida que ainda se tem não seria uma última tentativa para buscar a vida digna que se espera? Tentar também não seria uma forma de lutar pela vida que a norma visa tutelar?

O breve estudo que se segue visa debater esses questionamentos, evidentemente sem exaurir a discussão, sempre com base nos direitos fundamentais e nos princípios de interpretação constitucional, evidenciando o caráter dedutivo do método utilizado na pesquisa.

O artigo divide-se em uma parte introdutória sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, partindo para análise do direito à livre disposição do próprio corpo. Depois da análise inicial, trataremos da técnica de solução de conflitos denominada ponderação. Por fim, analisaremos, com base em todos os dados apresentados, o direito de tentar a cura, fechando o presente trabalho com considerações finais sobre a discussão.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À VIDA

Muitos pensadores e escritores dedicaram-se ao estudo da dignidade, em busca do conceito que melhor enunciasse seu conteúdo e abrangência. A conclusão que se chegou é de que se trata de conceito dinâmico, capaz de evoluir com a própria humanidade. Para facilitar nossos estudos, partiremos do conceito apresentado por Sarlet (2008, p. 63), para o qual 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 e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (grifo nosso)

Sarlet (2008 p. 54) continua sua construção citando os ensinamentos de Dieter Grimm:

> (...) a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o **direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais** e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder se atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana. (grifo nosso)

É possível perceber, diante do conceito apresentado, que a dignidade da pessoa humana é uma garantia do ser humano. Dizer que a dignidade é um direito humano significa dizer que o direito existe independentemente da nacionalidade, religião ou cultura do seu titular. Trata-se de um conjunto de direitos acima de qualquer soberania, devendo receber proteção efetiva e respeito de todas as nações do mundo. São direitos *invioláveis*, *irrenunciáveis* e *inalienáveis*, que devem ser respeitados pelos demais. O Estado deverá, além de respeitar, atuar para viabilizar direitos.

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida internacionalmente em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela Organização das Nações Unidas, que afirma em seu art. 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

De tão importante, a dignidade passou à categoria de princípio norteador do ordenamento jurídico, orientando atuações estatais, em favor do indivíduo. Isso não significa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é valor absoluto. Como qualquer princípio, deverá ser aplicado da maneira mais completa possível, de acordo com a regra da ponderação. Nas palavras de Alexy (2008, p. 90):

> (...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Sarlet (2008, p. 76) complementa:

> (...) Na perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua, portanto – no que comunga das características das normas-princípio em geral – como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível,

> considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (...).

Diante da afirmativa apresentada, a dignidade da pessoa humana possui status de princípio, servindo como verdadeiro *mandamento de otimização,* ordenando que a dignidade da pessoa humana deva ser protegida e viabilizada, na maior medida possível. Mas uma pergunta precisa ser respondida: quais direitos estão inseridos no conceito de dignidade da pessoa humana? O que se tutela quando se fala em dignidade?

Barroso (2014, p. 72) defende que a dignidade da pessoa humana possui um núcleo mínimo essencial, ou seja, qualquer país do mundo poderá ampliar o conceito de dignidade, mas o seu conteúdo mínimo jamais poderá ser suprimido. Para ele, faz parte do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana: a) o valor intrínseco de cada ser humano; b) a autonomia de cada indivíduo; e c) o valor comunitário. Analisaremos brevemente cada um deles.

O valor intrínseco de cada ser humano seria o elemento principal da dignidade da pessoa humana, caracterizando-se pelo conjunto de características que diferenciam os seres humanos dos demais seres. Nas palavras de Barroso (2014, p. 76) "a singularidade da natureza humana é uma combinação de características e traços inerentes que incluem inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar".

Reconhecer o valor intrínseco de cada ser humano leva a uma conclusão muito importante: o ser humano jamais deverá ser meio para determinado fim, ou seja, o Estado não pode utilizar o ser humano para alcançar seus objetivos. Pelo contrário, o Estado existe para servir o ser humano, para viabilizar e proteger seus direitos.

Alguns direitos, principalmente os direitos fundamentais, decorrem diretamente do valor intrínseco. Seriam exemplos desses direitos: o direito à vida, sem o qual não há nenhum outro direito; a igualdade perante a lei, significando aqui a vedação de qualquer forma de discriminação; e, a integridade física e psíquica, a primeira vedando qualquer forma de tortura ou condição degradante e a segunda tutelando a honra e a imagem do indivíduo.

A autonomia de cada indivíduo caracteriza-se pelo livre arbítrio, ou seja, pelo direito de escolher seu próprio destino. Evidentemente, a autonomia pressupõe indivíduo plenamente capaz para decidir, sem qualquer limitação psíquica ou interferência externa. A autonomia possui, segundo Barroso (2014, p. 82), três elementos: a autonomia privada (decisões pessoais), a autonomia pública (decisões políticas, participação da vida política) e, mais recentemente, do mínimo existencial (mínimo para viver com dignidade são as necessidades vitais, como

alimentação, água, saúde, moradia, etc).

Por fim, o último elemento da dignidade da pessoa humana seria o valor comunitário. Parte-se da ideia de que o ser humano não vive sozinho. O valor comunitário leva em conta a relação do ser humano com o próximo. Esse elemento, de certa forma, limita o elemento citado anteriormente (a autonomia), de modo que o ser humano é livre para tomar suas decisões, desde que essas decisões não interfiram na coletividade ou não prejudiquem direito alheio. Há a preocupação com o coletivo, com o bem-estar geral, antes do indivíduo. Nas palavras de Barroso (2014, p. 88):

> (...) O valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos: 1. A proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e 3. A proteção de valores sociais compartilhados.

É possível notar, diante dos ensinamentos de Barroso, que a dignidade da pessoa humana pressupõe a garantia e a tutela de direitos mínimos do ser humano, que viabilizem uma vida mais plena. A dignidade tutela o direito à vida, elemento extremamente relevante para a discussão proposta. Por outro lado, também tutela a autonomia de cada indivíduo, ou seja, o direito de decidir sobre a própria vida. Ora, sendo ambos os direitos elementos da dignidade, qual deles deverá prevalecer?

À primeira vista, a tendência é afirmar a evidente prevalência do direito à vida, pois sem vida não há o que mais ser tutelado. Antes de tal conclusão, porém, preciso se faz analisar o conteúdo do direito à vida.

Vida, em um conceito bem simplista, seria o período entre o nascimento do indivíduo e a sua morte, assegurados os direitos do nascituro, desde a concepção (art. 2º, do Código Civil). O direito à vida decorre da personalidade humana, é inato, irrenunciável e intransmissível. Assim sendo, durante este interregno de tempo, a existência humana deve ser tutelada pelo Estado. Disso decorre, consequentemente, que ainda que o titular queira abrir mão do direito, ele consequente não poderá fazê-lo, pois cabe ao Estado protegê-lo, ainda que contra a sua vontade. Para Silva (2013, p. 429):

> Quando o Estado tutela o direito à dignidade, do princípio da personalidade, direito inerente a pessoa humana, ele dispõe de um arbítrio que não permite que o indivíduo suspenda a eficácia normativa, não permitindo que os sujeitos se manifestem como titulares de seu próprio direito.

Há que se esclarecer, que o direito à vida é direito amplo, indo muito além de

simplesmente manter-se vivo. O ser humano tem o direito de ter a sua existência tutelada pelo Estado, mas também tem o direito de viver plenamente, com dignidade.

Nas palavras de Tavares (2013, p. 425):

> O conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida.
> Assim, inicialmente, cumpre assegurar a todos o direito de simplesmente continuar vivo, permanecer existindo até a interrupção da vida por causas naturais. Isso faz com a segurança pública, com a proibição da justiça privada e com o respeito, por parte do Estado, à vida de seus cidadãos.
> Ademais, é preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Isso inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (srt. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217).

Assim sendo, as duas facetas do direito à vida precisam existir no caso concreto: manter-se vivo e viver dignamente. O indivíduo precisa ter qualidade de vida, precisa do mínimo para uma vida saudável, precisa de objetivos, de sonhos, de fé. A vida por si só é vida pela metade. E é extremamente natural que o ser humano busque a vida digna e plena, ainda que para isso ele tenha que colocar em risco o pouco de vida que ainda possui.

2 LIVRE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E CONSENTIMENTO DO PACIENTE

O ser humano, apesar de respeitáveis posicionamentos em contrário, deve ter o direito de dispor de seu próprio corpo. O risco da morte existe em todo tratamento médico, o que viabiliza o risco, é a chance da vida.

Os direitos da personalidade decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana e são inerentes à pessoa. Dentre esses direitos, os mais relevantes são o direito à vida e à integridade física, tratados diretamente neste trabalho. Tais direitos são classificados pela doutrina, aqui utilizando o ensinamento de Tartuce (2011, p. 86), como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios. São também direitos subjetivos, inatos, tidos como absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Destas características decorre a afirmativa de que tais direitos não podem ser renunciados pelo titular, são tutelados ainda que contra sua própria vontade.

Acontece que a própria doutrina reconhece que o caráter absoluto desses direitos comporta exceções. O Código Civil, em seu art. 13, demonstra em sua redação que o direito

não é absoluto, permitindo situações excepcionais: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.Tartuce (2011, p. 86) cita em sua obra o enunciado 139 da III Jornada de Direito Civil: “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificadamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito do seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes”.Nas palavras de Dallari e Nunes Junior (2010, p. 41):

> Os direitos fundamentais, muito embora, por natureza, devam sempre ser maximizados, interpretados ampliativamente, não são absolutos, e sim **limitáveis.** Isso se dá, a toda evidência, em virtude da possibilidade de ocorrência do fenômeno da colisão de direitos. (...) Não há que se apontar, neste caso, a prevalência de um direito fundamental sobre outro. Nem tampouco que outro direito, ainda que não fundamental, mas de patamar constitucional, deva ser anulado, rejeitando-se uma eficácia mínima à norma que o protege. Os direitos envolvidos na colisão vão reciprocamente se impor limites, para que ambos subsistam aplicáveis e efetivos na situação concreta.

Há quem entenda, inclusive, que a livre disposição do próprio corpo não deveria sofrer qualquer limitação legal, desde que realizada com base na decisão livre e desimpedida do seu titular. Nas palavras de George Marmelstein Lima (2008, s.p.):

> Por isso, é de discutível constitucionalidade, pelo menos se interpretado à risca, o artigo 13 do Código Civil: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Na verdade, toda pessoa que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais e tenha condições concretas e autênticas de tomar por si próprio as decisões que lhe dizem respeito tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo da forma como bem entender, desde que não prejudique o direito de terceiros, não podendo o Estado, ressalvadas algumas situações bem peculiares, interferir no exercício desse direito.

Complementa o ensinamento Tulio Vianna (2012, s.p.):

> A grande batalha jurídica do século XXI será pela libertação dos corpos das normas impostas pelo arbítrio da maioria. Somos herdeiros de uma cultura religiosa que nos impôs ao longo da história uma infinidade de restrições morais e, posteriormente jurídicas, ao uso de nossos próprios corpos.
> Não há nada de democrático na imposição pela maioria de normas de conteúdo exclusivamente moral a uma minoria. Se uma conduta não lesa ou ao menos gera riscos de lesão a direitos alheios, não há por que ser proibida.
> A liberdade de um povo não está simplesmente em escolher seus governantes. Não se pode considerar livre um povo que decide os rumos de seu governo, mas que nega a cada um de seus indivíduos a autonomia de decidir sobre os

> rumos de seu próprio corpo. Liberdade é, antes de tudo, poder decidir sobre o próprio corpo.

Trazendo a discussão para o caso em análise, utilizando-se da ponderação e da teoria da argumentação, podemos observar que o direito à vida e a integridade física são a regra em nosso ordenamento, caracterizando verdadeira garantia do indivíduo frente ao Estado e aos demais. Enquanto há vida, há o dever de agir do Estado para tutelá-la, ainda que contra a vontade do seu titular.

Há que se observar, porém, que o próprio ordenamento jurídico brasileiro excepciona a regra, prevendo situações onde o direito à vida sofre restrições. É o caso, por exemplo, das hipóteses onde se permite o aborto (art. 128, do Código Penal), ou da pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, da Constituição Federal).

Destarte, se o direito não é absoluto, se a própria lei permite, em casos excepcionais, a eliminação da vida, sem o consentimento do seu titular, por que não permitir que o titular relativize tal direito em busca de garanti-lo amplamente? O doente grave incurável não pede que se autorize a morte, apesar de já existir inúmeras discussões doutrinárias sobre o tema. Neste caso, ele se coloca em risco para tentar a vida plena, sadia, digna. Não se trata de relativizar direitos por mero capricho do titular, a relativização permite a luta pelo maior dos direitos, que é a vida.

É de se concluir, que o profissional da saúde envolvido nesse processo de busca pela cura não poderá ser futuramente responsabilizado pela morte ou piora do paciente que, deliberadamente, aceitou o tratamento ou medicamento experimental. É possível exigir do paciente o seu livre consentimento, documento onde o paciente assume todos os riscos pelo procedimento e atesta sua capacidade de decisão.

Na prática, porém, é comum a recusa do médico em acompanhar o tratamento do paciente, até por que a validade do termo de consentimento é frequentemente questionada. Assim sendo, dois caminhos são utilizados pelos doentes: o pedido judicial de acesso aos medicamentos ou tratamentos, ainda que experimentais ou o acesso clandestino aos medicamentos e o tratamento sem qualquer acompanhamento médico, colocando o doente em situação ainda maior de risco, pois o expõe a mercados especulativos e a medicações falsificadas.

Nota-se, que proibir a escolha do doente acaba por gerar risco ainda maior a ele. Quem doente ou diante de um parente doente, sem a menor perspectiva de cura, ao saber de tratamento

inovador capaz de curar ou de melhorar as condições de vida não gostaria de tentar o tratamento? Veja que se acaba por limitar o maior direito do doente, que é o direito de viver com saúde.

Toda essa discussão originou internacionalmente e internamente a ideia de que todo ser humano tem o direito de lutar pela sua vida, ainda que a coloque em risco. O direito de tentar a vida é a maior demonstração de luta pela vida, de defesa desse direito, ao contrário do que pensam muitos.

3 DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

No caso em análise, conforme já demonstrado, a colisão ocorre entre direitos inseridos dentro do conceito de dignidade da pessoa humana: vida breve sem riscos e indigna ou o risco de se perder a vida em busca do seu prolongamento ou da melhora da sua qualidade (decisão com base na autonomia da vontade). Há como solucionar tal conflito?

A dignidade da pessoa humana, conforme já tratado, passou a ser reconhecida nos ordenamentos jurídicos modernos, como verdadeiro princípio norteador do ordenamento jurídico, diante da relevância do seu conteúdo protetivo. Em nossa Constituição Federal figura como princípio fundamental (art. 1º, III). Assim sendo, tratamos aqui de conflito entre faces diversas do mesmo princípio, devendo ser solucionado com base na técnica de ponderação.

Um parêntese precisa ser aberto neste momento. Necessário se faz a distinção básica entre princípios e regras, que são espécies de normas e traduzem, portanto, o dever-ser. Há uma diferença qualitativa entre as espécies, apresentada por Alexy (2008, p. 90): o princípio é mandamento de otimização, ordenando a realização de algo na maior medida possível; já a regra é determinação, ou é cumprida na sua totalidade ou não (é o chamado modelo do tudo ou nada). Eventual conflito entre regras será solucionado no campo da validade; já os conflitos envolvendo princípios serão solucionados com a técnica da ponderação, ou seja, os princípios em conflito serão analisados e, mediante concessões recíprocas, será preservado o máximo de cada um deles. Trata-se do balanceamento de direitos. Nas palavras de Barcellos (2006, p. 77):

> (...) as regras não são concebidas para serem ponderadas, pois a ponderação significará sua não aplicação, a negativa de sua vigência. Em geral, não é possível aplicar mais ou menos uma regra; ou seus efeitos determinados verificam-se ou não. (...) O princípio pode ser, como referido por Alexy, não

> só mais ou menos intensamente adimplido, mas também adimplido de formas variadas.

A técnica da ponderação respeita três etapas, segundo Barroso e Barcellos (2006, p. 346-348). A primeira etapa consiste em identificar as normas aplicadas ao caso, bem como o conflito existente entre elas. No segundo momento, haverá o exame dos fatos, bem como da sua interação com as normas identificadas anteriormente. Por fim, haverá a efetiva ponderação, atribuindo-se pesos aos argumentos envolvidos na discussão, até se chegar ao elemento que deverá prevalecer.

Todo o processo de ponderação se legitima com base na *teoria da argumentação*, ou seja, cada argumento aplicado ou afastado no caso concreto deverá vir acompanhado de justificativas (jurídica ou não), demonstrando o raciocínio adotado no caso concreto. De acordo com os ensinamentos de Barroso e Barcellos (2006, p. 356):

> (...) No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição da conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

Diante do exposto, verifica-se que a análise sugerida neste trabalho é bem mais complexa do que se parece. Decidir qual direito deve prevalecer no caso concreto demanda análise detalhada de todos os elementos envolvidos na discussão.

A questão que se impõem é: é justo, viável, adequado, impedir que o ser humano busque alternativas para prolongar sua vida ou para melhorar a vida que possui? Os doentes graves, com diagnóstico de doenças incuráveis, possuem vida, ainda que breve, que merece tutela do Estado. Mas, dentro da sua autonomia, da sua dignidade, há o direito de colocar-se em risco em busca de uma possível cura. Veja que o objetivo não é violar o direito à vida, mas sim de lutar por ela. Negar o direito de tentar é negar o direito de viver.

No filme utilizado como inspiração, se Ron Woodroof tivesse aceitado o diagnóstico apresentado pelos médicos e se submetido ao tratamento com o medicamento AZT, teria morrido em 30 dias. A luta incansável por tratamentos alternativos rendeu a ele 7 (sete) anos de sobrevida. A vida do ser humano não pode aguardar por lobby de laboratórios ou por conveniência política.

É evidente que não se prega aqui o uso descontrolado de tratamentos e medicamentos

mirabolantes que surgem diariamente nas redes sociais. É preciso que existam pelo menos relatos de eficácia, alguns estudos em andamento, alguma notícia de que o tratamento pode sim ajudar o doente.

4 DO DIREITO DE TENTAR

O direito de tentar a cura, conhecido nos Estados Unidos como *"righttotry"*, passou a ser conhecido internacionalmente após o julgamento americano *Abigail Alliance For Better Access To Developmenal Drugs v. Eschenbach*[17], apresentado na Corte de Apelações de Columbia, em 2007. Abigail ingressou em juízo para conseguir que pacientes de câncer terminal pudessem ter acesso a medicamentos experimentais, ainda que não autorizados pela FDA (*Foodand Drug Administration*). O pedido de Abigail foi concedido inicialmente, mas a decisão foi revertida pelo tribunal. O precedente, porém, ampliou a discussão sobre o tema, e o direito de tentar a cura passou a ser reconhecido em vários estados norte-americanos[18].

Tese semelhante, chamada de "*derecho a que sea intentado*" surgiu na Colômbia, em julgamento ocorrido na Corte Internacional da Colômbia (Sentencia T-057/15), em 2015. A Corte Colombiana entendeu que a busca por tratamentos, ainda que experimentais, é direito inerente à dignidade da pessoa humana:

> La Sala considera que si bienelderecho fundamental "a que sea intentado" o "righttotry", guarda en sus orígenes una relaciónconelsuministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de underechoinherente a ladignidad humana (art. 94 Superior), suámbito de aplicación se extiende, mutatis mutandis, para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (persistentvegetativestate PVS) o de conciencia mínimo (minimallyconsciousstate, MCS).[19]

O direito de tentar a cura parte do direito à vida. Todo ser humano tem o direito de

[17]Para maiores informações: http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1098828.html.
[18]Para maiores informações: Disponível em: http://www.ncsl.org/documents/health/RighttoTry2015.pdf.
[19]Tradução literal do autor:A Câmara considera que, embora o direito fundamental de tentar guarde em suas origens um relacionamento com o fornecimento de tratamentos, procedimentos e medicamentos experimentais para doentes terminais , já que é um direito inerente a dignidade da pessoa humana (art. 94 Superior) , o seu âmbito estende-se, mutatis mutandis, ao caso de pacientes em estado vegetativo persistente (estado vegetativo persistente, PVS) ou consciência mínima (estado minimamente consciente, MCS) .

lutar por sua vida. Se as medicações e tratamentos existentes e aprovados não são suficientes para isso, o indivíduo tem o direito de tentar meios alternativos de cura. Ainda que não exista a possibilidade de cura, o indivíduo tem o direito de melhorar a condição de sua saúde. O ser humano deve ter o direito de escolher: aceitar sua condição de doente incurável, aguardando a morte chegar ou colocar-se em risco, em busca de cura ou de melhora. Essa decisão deve ser do paciente, jamais do Estado ou da sociedade.

Outra tese defendida judicialmente, que fundamentaria também o direito de tentar, baseia-se no direito à saúde, direito social, de segunda geração, garantido expressamente no art. 6º, caput, da Constituição Federal de 1988, complementado no art. 196: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Conclui-se, portanto, que o direito à saúde é tutelado constitucionalmente e representa: direito do indivíduo e dever do Estado. Veja o que ensina Dallari e Nunes Junior (2010, p. 69-70), citando decisão do Supremo Tribunal Federal, do eminente Ministro Celso de Mello:

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pelos pela própria Constituição Federal (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Destarte, diante da obrigação estatal em garantir a saúde e o bem-estar do indivíduo, o Estado deve viabilizar o acesso a tratamento e medicamentos experimentais aos doentes graves incuráveis, se essa for a única alternativa de tratamento. A Constituição Federal brasileira exige um Estado atuante, presente, capaz de garantir a vida digna dos seus cidadãos.

Se o indivíduo, titular do direito à vida e do direito à saúde, decide relativizar esses direitos para tentar, ainda que remotamente, garanti-los de forma mais efetiva, cabe ao Estado viabilizar essa tentativa. Como já dito, a escolha deve ser do titular do direito e não do Estado.

Isto posto, o direito de tentar a cura, embasado principalmente na dignidade da pessoa

humana, dela decorrendo a vida, a saúde e a disposição do próprio corpo (autonomia da vontade), representa uma evolução na forma de interpretação do caráter absoluto dos direitos fundamentais. Não há que se admitir que o ser humano seja penalizado por direito que deve ser garantido pelo Estado, em outras palavras, não se pode admitir que a ideia de um direito à vida absoluto acabe por impedir que o ser humano lute por sua própria vida.

5 O USO DA FOSFOETANOLAMINA PELOS PACIENTES COM NEOPLASIA MALIGNA

A discussão sobre o direito de tentar a cura tomou corpo no Brasil depois dos inúmeros casos de pedidos judiciais para acesso a *fosfoetanolamina*, medicamento experimental, em fase de testes, teoricamente eficaz no tratamento de vários tipos de câncer. O medicamento passou a ser conhecido nas redes sociais através de relatos de pacientes que já faziam uso da medicação, distribuída pelo Instituto de Química da USP de São Carlos – SP. Diante da crescente procura pelo medicamento e do fato de que a medicação não possuía registro e autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não podendo ser comercializada ou distribuída em território nacional, a USP decidiu suspender a distribuição da medicação, causando um clamor público generalizado. Desesperados, os pacientes decidiram ingressar com ações judiciais solicitando a medicação.

As decisões judiciais começaram a surgir por todo o país e, na sua maioria, entendendo que o paciente tem o direito de realizar o tratamento, ainda que isso coloque em risco o pouco de vida que ainda possui. Veja a decisão proferida pelo Juiz Júlio César Menezes Garcéz, titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Maior, no Estado do Piauí:

> Na realidade, a utilização da substância pela requerida no presente caso será a "última tábua de salvação", isso porque, para a autora, não importa se a substância não surtiu efeito em outros pacientes, mas sim se ela terá ao menos o direito de participar do processo de evolução da substância Fosfoetanolamina. Sem esse direito, a evolução do câncer e o óbito é inevitável. Com esse direito, pode ou não pode ocorrer a evolução. O direito de se submeter à utilização da substância quem define, independentemente de qualquer pensamento médico ou laboratorial em sentido contrário, é a autora. Se a utilização da substância Fosfoetanolamina terá efeitos colaterais à autora, também a ela não importa, pois já sofreu em demasia com os danos diretos de sua neoplasia maligna.

> O direito, portanto, em questão é o respeito à autonomia de vontade do próprio corpo, cuja proteção conferi ao indivíduo de determinar, de forma autônoma, o seu próprio destino. A proteção de autodeterminação da vontade o seu destino, como garantia de liberdade incerta na dignidade da pessoa, foi preconizada ainda no Século XIX por Start Mill, precursor da corrente ética utilitarista, onde indicou, em seu Ensaio sobre Liberdade, que "cada ser humano deve ser responsável por seus próprios atos.

Várias outras decisões surgiram em sede de antecipação de tutela, ordenando que a USP voltasse a fornecer a medicação aos pacientes. Diante da instabilidade jurídica, a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu suspender a eficácia das antecipações de tutela (Suspensão de Tutela Antecipada 2194962-67.2015.8.26.0000). Essa decisão, porém, foi apresentada para análise do Supremo Tribunal Federal através da Medida Cautelar na Petição 5.828 de São Paulo, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que decidiu liminarmente:

> No que tange à plausibilidade, há que se registrar que o fundamento invocado pela decisão recorrida refere-se apenas à ausência de registro na ANVISA da substância requerida pela peticionante. A ausência de registro, no entanto, não implica, necessariamente, lesão à ordem púbica, especialmente se considerado que o tema pende de análise por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 657.718-RG, 3 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9544051. PET 5828 MC / SP Relator Ministro Marco Aurélio, Dje 12.03.2012). Neste juízo cautelar que se faz da matéria, a presença de repercussão geral (tema 500) empresta plausibilidade jurídica à tese suscitada pela recorrente, a recomendar, por ora, a concessão da medida cautelar, para suspender decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada 2194962-67.2015.8.26.0000.

Diante da decisão liminar, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconsiderou a decisão que suspendia a eficácia das antecipações de tutela. Assim, a medicação passou a ser distribuída aos pacientes novamente.

Em decisão recente, de 04 de abril de 2016, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada 828 de São Paulo, despacho do Ministro Ricardo Lewandowski declarou:

> Isso posto, defiro em parte o pedido para suspender a execução da tutela antecipada concedida no Agravo de Instrumento 2242691-89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional no mesmo sentido, indicadas ou não nos autos, que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância "fosfoetanolamina sintética" para tratamento de câncer, até os seus respectivos trânsitos em julgado, **mantido, porém, o seu fornecimento, enquanto remanescer o estoque do referido composto**, observada a primazia aos pedidos mais antigos. (destaque nosso)

No dia 13 de abril de 2016, a Presidenta da República, surpreendendo a todos, sancionou a Lei nº 13.269 (publicada no DOU em 14 de abril de 2016), que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mediante duas condições: a) laudo médico comprovando o diagnóstico; e b) assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal. A lei dispensa o registro sanitário, em caráter excepcional, até que os estudos clínicos sejam concluídos.

CONCLUSÕES

Depois da análise dos institutos referidos, nos termos da problematização e do objeto de pesquisa apresentados, é possível concluir que há claramente uma evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido de permitir que o ser humano decida sobre sua vida. Caminha-se, sempre respeitando os ensinamentos em contrário, para o entendimento de que o ser humano tem o direito de dispor livremente do seu próprio corpo, com base na autonomia de vontade, desde que se trate de pessoa capaz e sua atitude não ofenda direitos alheios ou da coletividade.

A tutela pelo Estado da vida e da integridade física é uma garantia mínima do cidadão. O indivíduo, porém, ao se submeter à presença estatal, não perde sua autonomia, podendo decidir a melhor forma de viver sua vida. Veja-se que não se trata de renúncia ao poder estatal ou dos direitos tutelados. Trata-se de permitir que o indivíduo tenha o direito de escolha, sempre assumindo os riscos dela. O direito de escolher o próprio destino também é elemento da dignidade da pessoa humana, como tratado acima.

Defende-se, resumidamente, que o indivíduo tenha o direito de escolher o tipo de vida que deseja viver. Não pode o Estado, com base no argumento de tutela da vida, exigir que o indivíduo aceite a imposição de pena de morte, decorrente de doença grave incurável. O

indivíduo tem o direito de lutar para mudar sua condição, ainda que para isso coloque em risco o resto de vida que possui. O indivíduo não está sacrificando sua vida de forma deliberada, afinal, por força da doença, a única certeza que possui é a morte. Não há que se falar, concluindo, em sacrifício de direito fundamental, mas sim de luta por ele.

O que se sugere nesta discussão é a mudança de perspectiva: deixa-se de ver o ato de tentar a cura como uma forma de sacrifício da vida, como ocorre no suicídio, por exemplo, e passa-se a encará-lo como uma medida desesperada de luta pela vida. O Estado tem o dever de tutelar a vida, ainda que sem a vontade da parte. Mas cabe ao Estado também viabilizar a vida digna, o mínimo existencial ao ser humano. Se para alcançar a vida digna o indivíduo precisa colocar-se em risco, cabe ao Estado assisti-lo, nunca o impedir, pois significaria inviabilizar a vida que tutela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.*Tradução:Virgílio Afonso da Silva.1ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.*2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de.;BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.*3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.*Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Ordinária nº 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 abr. 2016. Seção 01, nº 71, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar para suspender decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que suspendeu os efeitos das tutelas antecipadas concedidas em favor de pacientes que solicitaram o fornecimento da substância fosfoetanolamina. Petição nº 5.828 - SP. Requerente: AlcilenaCincinatus. Requerido: Universidade de são Paulo – USP. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida no Agravo de Instrumento 2242691-89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou o fornecimento da substância "fosfoetanolamina sintética" para tratamento de câncer, e suspensão de liminares e decisões de segunda instância que possuem objeto idêntico. Suspensão de Tutela Antecipada nº 828 - SP. Requerente: Universidade de São Paulo – USP. Requerido: Relator do AI Nº 2242691-89.2015.8.26.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ministro Presidente Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de abril de 2016.

CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes.*2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CLUBE de Compras Dallas. Direção: Jean-Marc Vallée, Estados Unidos: Universal Pictures, 2013.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-057/15. Mario de Jesús Rivera Vélez,representando sua filha Mairoby Rivera Taborda vs. Sanitas EPS y COLSANITAS Medicina Prepagada. Relatora: Juíza Martha Victoria SáchicaMéndez. Bogotá, 12 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-057-15.htm. Acesso em 09 abr. 16.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade***.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Quorum, 2008.

DALLARI, Sueli Gadolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário.*1ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

LIMA, George Marmelstein. *Existe um Direito Fundamental de Dispor sobre o Próprio Corpo?* 11 mar. 08. Disponível em:< http://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/ >. Acesso em fev. 16.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida.* 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mario; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de.

*Direito Sanitário.*1ª Ed. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito Fundamental à Vida.*1ª Ed. São Paulo: Editora QuartierLatin, 2005.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Campo Maior. Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Ação de Antecipação de Tutela objetivando, em apertada síntese, o fornecimento da substância Fosfoetanolamina Sintética, sob o fundamento de que padece de Câncer. Processo nº 000232045.2015.8.18.0026. Autor: Izabel Machado Felipe Pereira. Réu: Universidade Estadual de São Paulo (USP) – Unidade Universitária do Instituto de Química de São Carlos. Juiz: Júlio Cesar Menezes Garcez. Campo Maior, 18 de dezembro de 2015. Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/site/uploads/noticias/anexos/3961_316.pdf. Acesso em 09 abr. 16.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*6ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Nicário José da. Os possíveis conflitos entre os princípios da personalidade e dignidade humana com a realidade das pessoas: a iminência da morte. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs.). *Sistema Constitucional de Garantias: e seus mecanismos de proteção.* 1ª Ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único.*1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

VIANNA, Tulio. *O Direito ao Próprio corpo.* 02 out. 12. Disponível em: < http://tuliovianna.org/2012/10/02/o-direito-ao-proprio-corpo/>. Acesso em 11 fev. 16.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE EXCEÇÃO: ANÁLISE DO FILME "PONTE DOS ESPIÕES" (BRIDGE OF SPIES)

Francisco Antonio Nieri Mattosinho[20]

Renato Bernardi[21]

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma análise jurídica do filme "Ponte dos Espiões" (*Bridge ofSpies*) de modo a apresentar a necessidade e a importância da manutenção dos direitos fundamentais dentro de uma situação de estado de exceção. A partir da análise do enredo do filme e do contexto histórico em que os fatos reais que inspiraram a trama ocorreram, parte-se para um estudo comparado entre o modelo americano (fundado na tradição jurídica anglo-saxônica do *common law*) e o modelo brasileiro (fundado na tradição jurídica romano-germânica do *civil law*), abordando-se as violações a direitos fundamentais retratadas no filme. Conclui-se que os direitos fundamentais, como formas de limitação da atuação do Estado na vida do indivíduo, devem ser preservados e garantidos, efetivamente, principalmente em situações de exceção, não comportando qualquer tipo de restrição, como a nacionalidade ou o ato praticado pelo agente.

[20] Francisco AntonioNieriMattosinho. Mestrando do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) do *Campus* de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte Paraná – UENP, da linha de pesquisa "Estado e Responsabilidade" cuja área de concentração é "Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão". Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (2014). Membro fundador do grupo de pesquisa "Responsabilidade Internacional do Estado e Direitos Humanos" da UENP. Analista de Promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo. (mattosinho_17@hotmail.com/franciscomattosinho@mpsp.mp.br).

[21]Renato Bernardi. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (1992), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (2003) e Doutor em Direito do Estado (subárea Direito Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2009). Professor efetivo do curso de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado - e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu - Especialização - do PROJURIS/FIO. Coordenador do TCC no CCSA-UENP, campus de Jacarezinho, Coordenador de Extensão no CCSA-UENP, campus de Jacarezinho, Coordenador da Comissão de Extensão do campus da UENP de Jacarezinho, Membro do Comité de ética em pesquisa com seres humanos da UENP, Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica no CCSA-UENP, campus de Jacarezinho, Membro do Conselho Curador da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994.

Palavras-chave: Ponte do Espiões. Direitos Fundamentais. Estado de Exceção.

ABSTRACT

The current article aims to make a juridical analysis of the film *Bridge of Spies* in order to present the necessity and the importance of maintaining fundamental rights in a situation of a state of exception. From the analysis of the film's story and the historical context in which the real facts that inspired the film occurred, the article makes a compared study between the American juridical model (based on the Anglo-Saxon juridical tradition of *common law*) and the Brazilian juridical model (based on the Roman-Germanic juridical tradition of *civil law*), checking the fundamental rights violations showed in the film. It concludes that fundamental rights, as rules that limit the action of the State in citizens' lives, must be effectively, preserved and guaranteed, especially in situations of exception, not permitting any kind of restriction, such as the nationality or the nature of the act practiced by the agent.

Keywords: Bridge of spied. Fundamental Rights. State of Exception.

1 ENREDO DO FILME

"Ponte dos Espiões" (*Bridge of Spies*, título original em inglês) é uma produção norte-americana, dirigida por Steven Spielberg e redigida por Matt Charman, Ethan Coen e Joel Coen. Lançado em 2015 e indicado ao Oscar 2016 em seis categorias, dentre elas, a de melhor filme, melhor ator coadjuvante (Mark Rylance) e melhor roteiro original, o filme tem em seu elenco os atores Tom Hanks, Mark Rylance, Amy Ryan e Alan Alda.

Baseado no incidente real envolvendo o avião de espionagem U-2, durante a Guerra Fria, o filme conta a história do advogado James B. Donovan (Tom Hanks) que se torna negociador na tentativa de troca de prisioneiros entre as duas potências bélicas da época – Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. De um lado, Francis Gary Powers (Austin Stowell) – piloto americano de um dos aviões-espião U2 que foi abatido sobre território soviético – e do outro, Rudolf Ivanovich Abel – oficial espião da KGB (*Comitiêtgasudárstviennoibiesapásnasti* – Comitê de Segurança do Estado, em português) – preso pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation* – Departamento de Investigação Federal, em

português). O nome do filme faz referência à ponte Glienicke, que liga Potsdam a Berlim, onde a troca dos espiões ocorreu.

"Ponte dos Espiões" foi filmado sob o nome de *St. James Place*, tendo os trabalhos iniciados em8 de setembro de 2014 e seu lançamento pelos estúdios *Touchstone Pictures* ocorreu em 16 de outubro de 2015, nos Estados Unidos. Foi distribuído pela *20th Century Fox* em outros países.

O enredo do longa-metragem se inicia em 1957, no bairro do Brooklyn, em Nova Iorque, onde o espião da KGB, Rudolf Abel, é monitorado por agentes do FBI. Mesmo sob a mira das autoridades americanas, o espião soviético, fingindo ser um pintor de paisagens, recolhe uma mensagem secreta que estava escondida em uma moeda colada na parte de baixo de um banco às margens de um rio.

Logo após chegar ao quarto de hotel onde se escondia, Abel é surpreendido pelos agentes do FBI, que invadem seu aposento e começam a revistá-lo. Com sua experiência e discrição, o espião consegue eliminar a mensagem secreta recebida naquele dia, mas outras provas de sua espionagem são apreendidas e resultam em sua prisão.

James B. Donovan (Tom Hanks) é um advogado especializado em empresas de seguro. Curiosamente, seu primeiro diálogo com um causídico que representa os interesses de cinco vítimas de um atropelamento é constantemente mencionado ao longo da trama, em razão de seus argumentos que defendem a ocorrência de um evento (um atropelamento de cinco pessoas) e não de cinco eventos (cinco atropelamentos de cinco pessoas). Sócio de um escritório, Donovan recebe a visita de um representante da *ABA* (*American Bar Association* – Ordem dos Advogados Americana, em português), noticiando-lhe sua indicação pelos membros da Ordem como advogado de defesa dativo do espião Abel. Apesar de mencionar que não atua com Direito Penal, Donovan é lembrado de sua importante participação no Tribunal de Nuremberg como parte da acusação.

Em que pese o pré-julgamento condenatório sobre Abel por seus atos de espionagem, o governo norte-americano deseja que ao espião seja assegurado seu direito a um julgamento justo e legítimo (*dueprocess of law*, devido processo legal, em português), o que reduziria a oportunidade de a União Soviética usar qualquer argumento de violação de direitos fundamentais como propaganda negativa em detrimento dos Estados Unidos.

Donovan, então, mesmo diante de certa resistência de sua esposa, solicita a ajuda de seu assistente para conduzirem o caso. Ao encontrar Abel na prisão, este concorda em ser

representado pelo advogado, mas se recusa a cooperar com o governo norte-americano, a fim de revelar quaisquer dados que ele detenha.

Embora Donovan leve seu trabalho a sério, ninguém, incluindo o promotor, o juiz, seu escritório e sua família, espera que ele construa uma defesa consistente de Abel, afinal, naquele contexto, o simples fato de ser um espião soviético, capaz de encaminhar informações sigilosas que permitiram o uso de armamentos nucleares contra a população norte-americana, era, por si só, motivo para a condenação do réu. Seus esforços para bem desempenhar sua função despertam o espanto e a ira da opinião pública. Apesar de ser perseguido por agentes do governo e ter sua residência atacada, expondo a vida de sua família, Donovan continua sua luta.

Apósseus esforços como advogado, Abel é considerado culpado de todas as acusações, mas Donovan, utilizando-se de sua retórica e argumentos humanísticos, consegue convencer o magistrado do caso a sentenciar seu cliente a 30 (trinta) anos de prisão, afastando-lhe da pena capital. Isso porque Donovan sustenta que, caso os Estados Unidos tivessem um espião preso pelos soviéticos, Abel poderia ser utilizado como moeda de troca.

Irresignado com as diversas violações às garantias processuais de seu cliente, Donovan apela à Suprema Corte dos Estados Unidos, alegando que as provas colhidas contra Abel foram obtidas de maneira ilícita, pois os agentes do FBI não tinham um mandado de busca para invadir o apartamento de hotel em que Abel foi encontrado.

Dentre seus argumentos, o advogado invoca a Constituição americana e os pais fundadores daquela pátria, argumentando que eles criaram um sistema de justiça possível e objetivo, cujos casos submetidos a ele não poderiam se sujeitar a caprichos do medo e da insegurança. Ele lembra a Corte de que Abel está apenas cumprindo seu dever com o seu país, não divulgado nenhuma informação secreta, e a questiona se os Estados Unidos não deveriam se manter firmes na aplicação dos direitos constitucionalmente previstos e proteger seu sistema legal pelo que ele é.

Todavia, Donavan não obtém sucesso em seu apelo, e a Suprema Corte mantém a condenação do espião soviético por 5 votos a 4.

Nesse meio tempo, Francis Gary Power (Austin Stowell) recebe seu treinamento como piloto da Força Aérea Americana. A bordo de um avião-espião U-2, Power sobrevoa o território soviético, a fim de fotografar alvos estratégicos. Após ser abatido em pleno voo, o piloto é capturado e condenado por espionagem por um tribunal militar soviético. Paralelamente, em Berlim, cidade que em 1957 vivia os conflitos entre os lados ocidental e oriental, Frederic Pryor,

um estudante de economia americano, visita sua namorada alemã em Berlim Oriental exatamente enquanto o Muro de Berlim está sendo construído. Ele tenta trazê-la para o lado ocidental, mas é impedido por guardas orientais e preso acusado de ser um espião.

Nos Estados Unidos, a URSS envia uma mensagem implícita ao advogado Donavan, por meio de uma carta falsa endereçada a Abel de sua suposta família. Nessa carta, a mensagem propõe uma troca de prisioneiros: Abel por Powers.

Donovan, então, entra em contato com o governo americano, que identifica na situação uma chance de recuperar seu piloto espião. Todavia, como o diálogo entre as nações não era possível, tudo seria intermediado por Donovan, mas sem a participação direta do governo.

Pelos termos da proposta de troca, Berlim Oriental é escolhida como local para as negociações. Assim, o advogado viaja à Berlim acompanhado de agentes da CIA (*Central Intelligence Agency*– Agência Central de Inteligência, em português).

Ao tomar conhecimento da prisão de Pryor pelas autoridades da República Democrática Alemã, Donovan passa a exigir que o governo americano também aceite negociar a troca do estudante. No entanto, os agentes da CIA não se importam com a vida do estudante, exigindo a atenção e os esforços de Donavan somente em relação ao piloto Powers. O advogado insiste que a troca deve ocorrer entre os dois prisioneiros americanos e o prisioneiro soviético.

Há, nesse momento, uma crise política, pois os Estados Unidos não reconheciam a independência e a soberania da República Democrática Alemã, em razão da unilateral anexação soviética do território e da capital alemã. Para o governo americano, negociar a libertação do estudante Pryor seria estabelecer contato com o governo da RDA e, consequentemente, reconhecer a sua independência e soberania.

Enquanto as negociações avançam sob os auspícios de Donavan, o governo da RDA, repentinamente, decide não mais cooperar, alegando ter sido insultado quando o advogado não os informou de que a União Soviética fazia parte da avença.

A CIA exige que Pryor seja deixado de lado e que a troca de prisioneiros com a União Soviética ocorra o mais rápido possível. Donavan ameaça a RDA, dizendo que a menos que Pryor seja libertado, todo o acordo será desfeito, o que permitira com que Abel pudesse contar seus segredos ao governo americano e a União Soviética culparia a Alemanha Oriental pelos prejuízos.

Após horas de negociações, suas exigências são atendidas. A Alemanha Oriental aceita a proposta e a troca dos espiões é conduzida na Ponte Glienick e no Checkpoint Charlie,

concomitantemente. Os três homens são liberados.

Eis o enredo do filme ora sob análise.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

A respeito do contexto histórico, sabe-se que o período denominado de Guerra Fria (compreendido entre o final da Segunda Guerra Mundial e o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, marcado pela queda do Muro de Berlim) marcou gerações ao redor do globo, principalmente pelo diuturno medo que assolava a população mundial – e, principalmente, a população norte-americana – da iminente guerra nuclear, cujo desfecho culminaria na provável extinção de civilizações inteiras.

Sobre este período, valemo-nos dos apontamentos do historiador Eric Hobsbawm (2008, p. 224):

> A Segunda Guerra Mundial mal terminara quando a humanidade mergulhou no que se pode encarar, razoavelmente, como uma Terceira Guerra Mundial, embora uma guerra muito peculiar. Pois, como observou o grande filósofo Thomas Hobbes, "a guerra consiste não só na batalha, ou no ato de lutar, mas num período de tempo em que a vontade de disputar pela batalha é suficientemente conhecida" (Hobbes, capítulo 13). A Guerra Fria entre EUA e URSS, que dominou o cenário internacional na segunda metade do Breve Século XX, foi sem dúvida um desses períodos. Gerações inteiras se criaram à sombra de batalhas nucleares globais que, acreditava-se firmemente, podiam estourar a qualquer momento, e devastar a humanidade. Na verdade, mesmo os que não acreditavam que qualquer um dos lados pretendia atacar o outro achavam difícil não ser pessimistas, pois a Lei de Murphy é um das mais poderosas generalizações sobre as questões humanas ("Se algo pode dar errado, mais cedo ou mais tarde vai dar"). [...] A peculiaridade da Guerra Fria era a de que, em termos objetivos, não existia perigo iminente de guerra mundial. Mais que isso: apesar da retórica apocalíptica de ambos os lados, mas sobretudo do lado americano, os governos das duas superpotências aceitaram a distribuição global de forças no fim da Segunda Guerra Mundial, que equivalia a um equilíbrio de poder desigual, mas não contestado em sua essência.

O filme ilustra bem esse temor apocalíptico que os norte-americanos alimentavam durante aquele período. Em uma das cenas, o filho de Donovan aparece em uma sala de aula, assistindo a um desenho animado estrelado por uma tartaruga, que ensinava às crianças os efeitos de uma bomba atômica e o que fazer para tentar se proteger. Ao chegar à sua casa, Donovan encontra seu filho no banheiro, com a banheira cheia de água e livros sobre ataques

nucleares abertos. Ao ser questionado, o menino revela a seu pai as técnicas de sobrevivência ensinadas na escola, que envolviam desde conhecimentos sobre o raio de alcance de uma ogiva nuclear até os meios de estocagem de água e alimentos.

A respeito do contexto da espionagem durante a Guerra Fria, Hobsbawn (2008, p. 226) também esclarece pontos sobre o tema:

> A Guerra Fria que de fato tentou corresponder à sua retórica de luta pela supremacia ou aniquilação não era aquela em que decisões fundamentais eram tomadas pelos governos, mas a nebulosa disputa entre seus vários serviços secretos reconhecidos e não reconhecidos, que no Ocidente produziu esse tão característicos subproduto da tensão internacional, a ficção de espionagem e assassinato clandestino. Nesse gênero, os britânicos, com James Bond de Ian Fleming e os heróis agridoces de John le Carré – ambos tinham trabalhado nos serviços secretos britânicos –, mantiveram uma firme superioridade, compensando assim o declínio de seu país no mundo do poder real. Contudo, a não ser em alguns dos países mais fracos do Terceiro Mundo, as operações da KGB, CIA e órgãos semelhantes eram triviais em termos de verdadeira política de poder, embora muitas vezes dramáticas.

Percebe-se, com isso, que as preocupações sobre o verdadeiro potencial bélico das duas potências evitava o confronto direto entre os dois líderes dos blocos. Tem-se, praticamente, uma distinta modalidade do conhecido Dilema do Prisioneiro (formulado originalmente por Merrill Flood e Melvin Dresher, como desdobramento da Teoria dos Jogos de John Nash). Isso porque os interesses econômicos e políticos dos soviéticos e dos americanos os levavam a exercer a maior influência possível nos países sob seu alcance. Os dois países sabiam que, qualquer demonstração de fragilidade perante o outro, levaria a deserção dos países a eles alinhados e consequente absorção pelo bloco rival. Assim, ambos objetivavam demonstrar todo seu poderio bélico aos seus Estados-clientes, transmitindo a mensagem de estarem dispostos a iniciar um conflito nuclear em defesa de sua ideologia econômico-política. Todavia, o Dilema se apresenta quando nenhum dos dois líderes se propõe a dialogar ou a se enfrentar diretamente. Somente por meio das atividades de espionagem, cada um buscava obter informações sobre o nível tecnológico e bélico do outro, o que, no final das contas, somente lhes garantiriam uma possível posição de vantagem, caso o confronto direto fosse necessário.

O resultado que se obtinha com a Guerra fria era de uma soma diferente de zero (ou soma não nula). Nenhum dos dois países líderes queria um resultado com soma igual a zero, ou seja, nenhum deles desejava que o melhor país vencesse um conflito direto cujo resultado seria o aniquilamento do outro. Ambos objetivavam manter-se intactos e intangíveis em relação às

suas respectivas zonas de influência.

Apesar de todos os medos construídos sobre a imagem dos países de ideologia comunista, Hobsbawn (2008, p. 232) tece interessante comentário: “Ao contrário da URSS, os EUA eram uma democracia. É triste, mas deve-se dizer que estes eram provavelmente mais perigosos”.

O historiador continua:

> Pois o governo soviético, embora também demonizasse o antagonista global, não precisava preocupar-se com ganhar votos no Congresso, ou com eleições presidenciais e parlamentares. O governo americano precisava. Para os dois propósitos, um anticomunismo apocalíptico era útil, e, portanto, tentador, mesmo para políticos não de todo convencidos de sua própria retórica ou do tipo do secretário de Estado da marinha do presidente Truman, James Forrestal (1882-1949), clinicamente louco o bastante para suicidar-se porque via a chegada dos russos de sua janela no hospital. Um inimigo externo ameaçando os EUA não deixava de ser conveniente para governos americanos que haviam concluído, corretamente, que seu país era agora uma potência mundial – na verdade, de longe a maior – e que ainda viam o “isolacionismo” ou protecionismo defensivo como seu grande obstáculo interno (HOBSBAWN, 2008, p. 232).

Esse contexto histórico serve de pano de fundo para o enredo do longa-metragem. Como se nota, o cenário apocalíptico e de demonização dos soviéticos impregnou toda a população norte-americana, bem como todas as esferas do Estado. Nesse passo, instalou-se um estado de exceção velado, principalmente em relação aos atos de espionagem ora praticados e descobertos. Ser comunista era sinônimo de traidor da pátria. Ser comunista e espião, por sua vez, era sinônimo de merecedor de pena capital.

Dessa forma, compreendido o momento histórico-político que serve de pano de fundo para o filme, passa-se à análise das principais cenas que retratam situações de conflito entre o medo instalado no estado de exceção norte americano e a necessária manutenção dos direitos fundamentais.

3 ANÁLISE DAS QUESTÕES JURÍDICAS E VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS RETRATADAS NO FILME: ESTUDO COMPARADO ENTRE O MODELO AMERICANO E O BRASILEIRO

Apesar de “Ponte dos Espiões” ser um filme que retrate fatos reais ocorridos durante

o período da Guerra Fria, exaltando a atuação dos Estados Unidos, seu início é marcado pela demonstração das violações a direitos fundamentais que ocorreram, em nome da primazia da segurança nacional.

Nesse cenário, passamos à análise das violações a direitos fundamentais retratadas no filme. Salientamos, no entanto, que, para fins de contextualização e melhor compreensão dos temas abordados, serão analisadas as questões jurídicas e as violações à luz do sistema e do ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se, quando pertinente, remissões aos casos citados no filme e às peculiaridades envolvendo o sistema norte-americano de justiça.

3.1 O necessário consentimento do réu para ser representado

Como apontado na análise do enredo, o advogado Donovan foi indicado pela ABA para atuar como defensor dativo do espião soviético preso. Quando da sua visita a seu cliente em potencial, Donovan apresenta-se como seu defensor e o questiona sobre a necessidade de aceitar sua representação por expresso.

No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos (onde o réu pode exercer sua autodefesa, mesmo que não seja advogado habilitado), a capacidade postulatória é privativa dos bacharéis em Direito devidamente habilitados para o exercício da profissão (art. 1º, Lei nº 8.906/94), sendo necessária, portanto, a representação por advogado para peticionar em Juízo, salvo situações excepcionais expressas em lei.

O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". A ampla defesa, sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia (DE LIMA, 2014, p. 57).

No processo penal, a ampla defesa se desdobra em defesa técnica e autodefesa. A primeira consiste na defesa exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor. A defesa técnica é indisponível e irrenunciável (DE LIMA, 2014, p. 58).

Considerando que, a fim de se assegurar a paridade de armas, a presença de defensor técnico é obrigatória no processo penal, especial atenção deve ser dispensada à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Isso porque, de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, toda pessoa acusada de delito tem direito de se defender pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha (CADH, art. 8, nº2, "d"). Como se vê, da interpretação da CADH depreende-se que o acusado pode optar por exercer sua defesa pessoalmente ou ser assistido por um defensor de sua escolha (DE LIMA, 2014, p. 58).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao acusado é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo juízo ou em invocar direito ao silêncio (direito de audiência – *nemotenetur se detegere*), bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas (direito de presença). Todavia, o réu não pode apresentar sua própria defesa, quando não possuir capacidade postulatória (STF, HC 102.019/PB).

Em virtude da relação de confiança que necessariamente se estabelece entre o acusado e quem o defende, entende-se que um dos desdobramentos da ampla defesa é o direito que o acusado tem de escolher seu próprio advogado. Na visão do Supremo, "essa liberdade de escolha, traduz, no plano da *persecutio criminis*, específica projeção o postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu" (STF, HC 67.755/SP).

Caso o acusado não tenha condições de contratar um advogado, poderá se socorrer da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus de jurisdição, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Caso não haja Defensoria Pública na comarca, incumbe ao juiz a nomeação de advogado dativo para patrocinar a defesa do acusado. Sobre o assunto, dispõe o Estatuto da OAB que constitui infração disciplinar recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública (Lei nº 8.906/94, art. 34, XII) (DE LIMA, 2014, p. 61).

A fim de se observar integralmente a ampla defesa a que se refere a CF/88, a defesa

técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser exercida de maneira plena e efetiva.

Ou seja, não basta assegurar a presença formal de defensor técnico. No curso do processo, é necessário que se perceba efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente. Esse o motivo pelo qual a Lei nº 10.792/03 acrescentou o parágrafo único ao art. 261, do CPP, de modo a exigir que a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, seja sempre exercida por manifestação fundamentada. Como efeito, de que adianta a presença física de defensor que não arrola testemunhas, que não faz reperguntas, que não oferece memoriais, ou que os apresente sucintamente, sem análise da prova, em articulado que poderia ser utilizado em relação a qualquer processo criminal? (DE LIMA, 2014, p. 62).

Daí a atuação de Donovan em favor de seu cliente Abel de maneira tão acentuada, mesmo que contrariando a opinião de sua família, de seu escritório, do promotor, do juiz e do público. Uma vez aceito o patrocínio pelo réu, forma-se um liame de confiança e de pleno e necessário exercício da defesa.

3.2 A violação da ampla defesa por insuficiência de tempo para preparação da defesa

Ao se encontrar pela primeira vez com o juiz federal MortimerByers, responsável pelo julgamento do caso, Donovan requer o prazo de seis semanas para poder analisar as provas e preparar a defesa de seu cliente. Como justificativa, aponta o grande número de objetos apreendidos pelos agentes do FBI e que serão utilizados como provas dos atos de espionagem praticados por Abel.

“Doutor, por favor!”. Essa foi a resposta ouvida por Donovan. Contraditoriamente, o juiz externa sua preocupação em garantir ao acusado “o devido processo”, mas salienta que o caso versa sobre espionagem praticada pelos soviéticos que, naquele contexto, significava colocar em xeque a segurança nacional do país. Assim, seu pedido de concessão de prazo para o julgamento é indeferido.

Tem-se aqui uma violação à ampla defesa. Em que pese a CF/88 e CPP não mencionarem o direito a um tempo razoável entre a comunicação do ato ao qual deverá ser exercida a defesa e o prazo final para tal exercício, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, novamente, traz previsão nesse sentido: o art. 8º, nº 2, alínea “c”, assegura ao acusado a concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa. No mesmo

sentido, tem-se o art. 14, nº 3, "b", do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Conferir ao réu o direito de defesa, sem oferecer-lhe tempo suficiente para sua preparação é esvaziar tal direito. Deve haver um tempo razoável entre a comunicação do ato em relação ao qual deverá ser exercida a defesa e o prazo final para tal exercício. Defesa sem tempo suficiente é ausência de defesa, ou, no mínimo, defesa ineficiente (BADARÓ, 2009, p. 38).

Na verdade, entendemos que a concessão de tempo razoável ao exercício da ampla defesa pode ser hermeneuticamente extraído desse próprio direito fundamental (art. 5º, LV, CF/88), ou, ainda, pode ser expressamente compreendido como incrustado na garantia da razoável duração do processo, prevista também no rol do art. 5º, em seu inciso LXXVIII ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação").

Deve-se lembrar, no entanto, que "razoável duração do processo" não é aquela que acelera a marcha processual, comprometendo a ampla defesa, ou tampouco aquela que estende desnecessariamente os prazos para o exercício da defesa efetiva, comprometendo, dessa forma, o próprio *jus puniendi*, sob o risco da extinção da punibilidade por força da prescrição.

3.3 (Não) Violação pela falta de comunicação e assistência consular

Em razão de o filme retratar fatos ocorridos em 1957, verificamos a ausência de violação da comunicação e assistência consular garantida ao prisioneiro estrangeiro.

Todavia, caso a prisão ocorresse após 26 de julho de 1967 e no Brasil, teria havido a violação desse direito previsto no art. 36, da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, internalizada por meio do Decreto nº 61.078, daquela data.

A Convenção de Viena sobre as Relações Consulares foi assinada naquela cidade em 24 de abril de 1963 e revela a preocupação da comunidade internacional com a manutenção das cordiais relações consulares entre os Estados. A Convenção considera, principalmente, que, desde tempos remotos, se estabeleceram relações consulares entre os povos, estando os Estados conscientes dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas relativos à igualdade soberana dos Estados, à manutenção da paz e da segurança internacionais e ao desenvolvimento das relações de amizade entre as nações, bem como considerando que a Conferência das Nações Unidas sobre as Relações e Imunidades Diplomáticas adotou a Convenção de Viena sobre

Relações Diplomáticas, fora celebrado esse instrumento para observância entre seus signatários.

Por meio dela, revelaram também a noção de que uma convenção internacional sobre as relações, privilégios e imunidades consulares contribuiria para o desenvolvimento de relações amistosas entre os países, independentemente de seus regimes constitucionais e sociais e de que estavam convencidos de que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas assegurar o eficaz desempenho das funções das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados.

Assim, o art. 36 dessa Convenção estabelece:

> Comunicação com os nacionais do Estado que envia
> 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:
> a) [...]
> b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos têrmos do presente subparágrafo;
> c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionário consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.
> 2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.

De lembrar que o direito à comunicação e à assistência consular tem como pressuposto fático a necessidade de o estrangeiro preso poder compreender as acusações a ele imputadas, caso não domine o idioma local, bem como possa estabelecer contato com sua família em seu país de origem. Ademais, permite com que as autoridades consulares do Estado do preso possam fiscalizar a hígida preservação dos direitos fundamentais de seu nacional.

3.4 A tentativa de violação do sigilo profissional e das prerrogativas do advogado

Após ter sido aceito por Abel como seu advogado de defesa, Donovan é seguido por um agente da CIA pelas ruas. Fracassada sua tentativa de despistá-lo, Donovan acaba se sentando com o agente em uma mesa num bar da cidade.

O agente foi direto ao ponto: o que Abel havia contado para Donovan sobre seus atos de espionagem? Que informações Abel detinha e que foram reveladas a seu advogado?

Nesse momento, o advogado, surpreso com a abordagem do agente, lhe responde: "Essa conversa não existe". O agente, achando que Donovan se referia ao sigilo da conversa, consente com o comentário. Mas o advogado o corrige: "Não. Essa conversa realmente não existe".

Revelar quaisquer informações prestadas por um cliente constitui violação da ética da advocacia, conforme previsto nos arts. 25 a 27, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Segundo esses artigos, o sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa (art. 25). O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte (art. 26). As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte (art. 27). As comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiras presumem-se confidenciais (parágrafo único, art. 27).

A própria CF/88 estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133).

Por sua vez, o Estatuto da OAB (Lei nº 8.096/94) elenca como direito do advogado recursar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional (art. 7º, XIX).

A violação do sigilo profissional por parte do advogado configura, indiretamente, violação à própria ampla defesa, pois, se o próprio defensor do réu revela os fatos por ele praticados e que não fazem parte da estratégia da defesa, logo, verifica-se desequilíbrio na necessária paridade de armas que deve haver para a escorreita observância do contraditório e da ampla defesa. Tem-se uma verdadeira confissão indireta e não espontânea que ocorre sem o consentimento e ciência do cliente.

A tentativa do agente da CIA de forçar Donovan a revelar os fatos de conhecimento do espião soviético conduz a um diálogo interessante, merecedor de análise.

"Nós não temos um livro de regras!" – disse o agente da CIA irritado pelo fato de Donovan recursar-se a revelar o que Abel havia lhe contado. "O senhor é descendente de alemães, não é?" – questionou Donovan. "Sim" – acenou o agente. "Eu sou descendente de irlandeses. Irlandês, alemão, o que nos torna americanos? Vou lhe contar. O livro de regras é o que faz de todos nós americanos".

A Constituição dos Estados Unidos da América é livro de regras ao qual Donovan se refere. De fato, como ex-colônias britânicas, os Estados Unidos, como o Brasil, formaram-se a partir da vinda de imigrantes que ali se estabeleceram. O que os uniu em face da tirania do rei britânico foi a formação de um novo país, regido pelo primeiro texto constitucional escrito. Sim. Há um livro de regras que deve ser respeitado acima de tudo e em qualquer situação, mesmo que isso signifique sopesar os interesses da segurança nacional em face da manutenção dos direitos fundamentais de um indivíduo.

3.5 Da ilegalidade da prisão do espião soviético: provas ilícitas e a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruitsofthepoionoustree*)

Rudolf Ivanovich Abel – oficial espião da KGB – estava instalado em Nova Iorque, onde atuava como espião para a URSS. Nas cenas iniciais do filme, Abel encontra-se em um quarto de um apartamento seu, onde residia. Após ter ido às margens de um rio buscar a informação que o aguardava dentro de uma moeda colada com chiclete na parte debaixo de um banco, Abel desloca-se até um hotel, onde alugava um quarto e guardava seus instrumentos de trabalho.

Ao ser seguido pelos agentes do FBI, Abel acaba revelando seu esconderijo. Ali, ele é preso e todos os seus pertences também são apreendidos.

Ao analisar as provas obtidas em desfavor de seu cliente, Donovan e seu assistente aparecem em um escritório do FBI, conferindo a lista de objetos apreendidos quando da prisão de Abel. Ao questionar o agente se poderia ver o mandado de busca e apreensão, Donovan recebe como resposta a informação de que não havia nenhum mandado de busca, mas, tão somente, um mandado de prisão expedido contra seu cliente.

O advogado, então, sustenta perante o juiz do caso que as provas obtidas no momento da prisão de Abel são ilícitas, logo, devem ser desconsideradas. O juiz, novamente, expressa seu espanto diante da tese processual aventada pelo causídico. Mais uma vez, lembra ao advogado que o mérito da questão versa sobre a inquestionável prisão de um espião soviético e que aquela questão processual era irrelevante para a configuração da culpa.

Inconformado com a posição discriminatória do magistrado, Donovan invoca o caso *YickWov. Hopkins*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1886. Trata-se do primeiro caso em que aquela corte considerou que uma lei de conteúdo discriminatório neutro, aplicada de forma prejudicial em face de alguém, viola o direito à igualdade, consagrado na 14ª emenda da Constituição americana.

A 14ª emenda preconiza:

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitos a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis[22].

A Suprema Corte considerou que aos estrangeiros que se encontrem em território americano também é assegurado o direito ao devido processo legal (*due process of law*). Logo, Abel fazia jus ao mesmo tratamento dispensado aos cidadãos americanos, o que sua condição de espião soviético não poderia afastar, sob pena de se violar aquela emenda. Essa era a tese de Donovan.

Mesmo assim, o juiz do caso negou-se a acatar o pedido apresentado por Donovan e reconheceu as provas como legítimas. Para ele, uma mera irregularidade processual não

[22] Do original em inglês: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Disponível em: http://constitutionus.com/. Acessado em 01/02/2016.

impedia o reconhecimento do mérito da ação. Para o juiz, vale a fórmula latina do *male captum, bene retentum*, que dispõe acerca da admissibilidade da prova ilícita obtida, a fim de se preservar interesse contraposto considerado de maior relevância.

Percebe-se que Donovan invoca um argumento acerca da manutenção dos direitos fundamentais previstos na Constituição dos Estados Unidos em favor de seu cliente.

A discussão em torno da (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade (DE LIMA, 2014, p. 587).

Segundo Torquato Avolio (2003, p. 44), o condicionamento aos dogmas do livre convencimento e da verdade real fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocadamente, em favor do princípio da investigação da verdade, mesmo que baseada em meios ilícitos. Reputava-se eficaz e válida, portanto, a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis por sua obtenção (particulares ou autoridades públicas). Tinha lugar, então, a máxima *male captum, bene retentum.*

Posteriormente, passou a se entender que, reconhecida a ilicitude de uma prova, esta não poderia ingressar nos autos do processo. Se, porventura isso ocorresse, surgiria o denominado direito de exclusão (*exclusionaryrule*), devendo a prova ilícita ser desentranhada dos autos. Ao direito à prova corresponde, como verso da medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento (GOMES FILHO, 1997, p. 93).

No Brasil, a CF/88, em seu art. 5º, LVI, consagra a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos. A partir disso, o Código de Processo Penal brasileiro distingue as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos.

A prova é considerada ilegal quando sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais devem funcionar como gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos.

A prova será considerada ilícita quando for obtida por meio da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). São várias as inviolabilidades a direitos individuais que a CF/88 e a legislação infraconstitucional reconhecem. Para o presente trabalho,

restringiremos a análise à inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, XI, da CF/88.

Quanto às provas obtidas por meios ilegítimos, dizem-se daquelas obtidas por meio da violação à norma de direito processual.

Nos termos do art. 157, do CPP, "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

De acordo com a doutrina, a jurisprudência americana foi a precursora da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A despeito da inexistência de norma expressa na Constituição americana, a tese passou a ser sustentada em decisões judiciais desde o Século XIX (caso *Boyd v. Us*, de 1886), sob o argumento de que a regra das *exclusionary rules* estaria implícita na Carta Política como forma de tutela dos direitos fundamentais nelas previstos (DE LIMA, 2014, p. 587).

Como produto da construção pretoriana norte-americana, tem-se, também, a chamada Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits of the Poisonous Tree*), que trata do conceito da prova ilícita por derivação.

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso *Silverthorne Lumber CO v. US*, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso *Nardone v. US* (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada ou *tantidoctrine*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos (DE LIMA, 2014, p. 589).

O ápice dessa teoria foi atingido no famoso julgamento *Miranda v. Arizona*, de 1966, em que a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de ficar calada (*nemotenetur se detegere*); 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ela; 3) que tem o direito à assistência de um defensor escolhido ou nomeado. Nesse caso, a Suprema Corte adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade – denominada de aviso de Miranda (*Miranda Rights*ou *Miranda-warnings*) – era o bastante para inquinar de nulidade as declarações da pessoa, notadamente a confissão e as provas conseguidas a partir dela (JÚNIOR, 2008, p. 480).

Salutar a transcrição de passagem do voto de lavra do Min. Celso de Mello, no julgamento do RHC 90.376/RJ:

> Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. [...] Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos pelo Poder Público em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos de persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

Em "Ponte dos Espiões", os agentes do FBI invadiram o quarto de hotel em que Abel se hospedava e mantinha suas atividades de espionagem, prendendo-o em flagrante e apreendendo todos os bens que ali encontraram. Segundo as informações prestadas por Donovan perante o juiz do caso, os agentes somente possuíam um Mandado de Prisão expedido em desfavor de Abel, mas não possuíam um Mandado de Busca e Apreensão, necessário para que os objetos ali apreendidos pudessem ser utilizados como provas legais no processo penal instaurado. Logo, todas as provas obtidas contra o espião foram obtidas de maneira ilícita e ilegítima.

Ilicitamente, pois, à luz da Constituição brasileira, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Assim, como não havia Mandado de Busca e Apreensão não foi observada norma material constitucional do devido processo legal para a privação dos bens do acusado.

Ilegitimamente, pois, como mencionado, não havia Mandado de Busca e Apreensão expedido, o que, à luz do Código de Processo Penal, configura situação violadora de norma de natureza processual (arts. 240 a 250, do CPP).

Em razão disso, após ouvir o veredicto do júri, Donovan requer, novamente, ao juiz

do caso que desconsidere todas as provas usadas para sustentar a decisão dos jurados, o que é indeferido pelo magistrado e acompanhado de um comentário: "Gostaria que os membros do júri soubessem que, no lugar de vocês, também tomaria a mesma decisão".

Em que pese a decisão do magistrado ter condenado Abel a 30 anos de prisão, ao invés de sentenciá-lo à morte – como todos esperavam – Donovan não se dá por vencido, e recorre à Suprema Corte dos Estados Unidos, com fundamento na violação da Quarta e da Quinta Emenda da Constituição norte-americana.

Ambas fazem parte da chamada *Bill of Rights*, incluída na Constituição Americana em 1791. O texto da Quarta Emenda traz a seguinte previsão:

> O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas[23].

A Quarta Emenda originalmente reforçou a ideia de que "a casa de um homem é o seu castelo", protegido de buscas e apreensões arbitrárias de sua propriedade pelo Estado. Ela protege o cidadão, também, contra prisões arbitrárias, e é a base da lei sobre mandados de busca, *stop-and-Frisk* (abordagem e busca pessoal), as inspeções de segurança, escutas telefônicas e outras formas de vigilância.

A Quinta Emenda preconiza:

> Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização[24].

[23] Do original em inglês: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized". Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution. Acessado em 01/02/2016.

[24] Do original em inglês: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation".Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution. Acessado em 01/02/2016.

Como se nota, a Quinta Emenda criou uma séria de direitos relevantes para o processo penal e cível. Em processos criminais, a Quinta Emenda garante o direito ao julgamento pelo *Grand Jury*, proíbe a dupla imputação pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), e protege o cidadão da autoincriminação (*nemotenetur se detegere*). Ela também exige a observância do devido processo legal em qualquer processo que atente contra a vida, a liberdade ou a propriedade dos cidadãos e determina que o governo compense os cidadãos que tenham suas propriedades particulares desapropriadas para o uso público.

Assim, apesar de sua residência ser atacada a tiros no meio da noite, por pessoas revoltadas com seu empenho na defesa do espião soviético, Donovan resiste e leva o caso perante a Suprema Corte em Washington. Em sua sustentação oral, defende que Abel, apesar de ser um nacional da maior potência beligerante inimiga, merece receber o tratamento do devido processo legal. Além disso, lembra aos juízes daquela corte os ideais que motivaram os constituintes a estabelecerem direitos e garantias individuais a todas as pessoas que se encontrassem sob a jurisdição dos Estados Unidos da América, exatamente como consequência das arbitrariedades executadas pelo rei britânico em face dos colonos que ali habitavam.

Mesmo diante de sua tese, a Suprema Corte, por 5 votos a 4, decide manter a condenação de Abel, reconhecendo como legítimas as provas colhidas em seu quarto de hotel, mesmo sem o respectivo Mandado.

Como o filme é baseado em fatos reais, foi possível encontrar a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Abel v. US*, julgado em 1960. Transcreve-se a tradução livre de parte da ementa:

> Os oficiais do Serviço de Imigração e Naturalização prenderam o recorrente por força de uma ordem de prisão administrativa para fins de deportação, vasculharam o quarto de hotel onde ele foi preso, realizaram busca pessoal e verificaram sua bagagem, prendendo certos objetos. Depois que o recorrente efetuou o *check out* do hotel, um agente do FBI realizou mais uma busca no quarto, sem um mandado mas com o consentimento do gerente do hotel, apreendendo certos objetos que o recorrente havia deixado ali. Os objetos, então, foram admitidos como provas, apesar da objeção apresentada pelo recorrente em seu julgamento por conspiração para a prática de espionagem, tendo o mesmo sido condenado.
> Essas buscas e apreensões não violaram a Quarta e a Quinta Emendas, e o uso como prova dos objetos então apreendidos não invalidaram a condenação do recorrente.
> Neste caso, o Governo não usou a prisão administrativa do Serviço de Imigração e Naturalização como um instrumento inapropriado pelo FBI na obtenção de provas para um processo criminal.

> A tese do recorrente de que o mandado de prisão administrativo pelo qual ele fora inicialmente preso era inválido por violar a Quarta Emenda não convence esta Corte, pelas razões que foram expostas e por ter sido expressamente desassociado do caso.
> Os objetos apreendidos pelos oficiais da imigração durante as buscas aqui envolvidas foram adequadamente admitidas como provas.
> Os oficiais da imigração que efetuaram a prisão para deportação por força de um mandado administrativa tinham o direito à busca incidental análogo ao direito de busca incidental que os oficiais de persecução penal têm ao cumprir um mandado de prisão.
> A busca realizada no quarto de hotel por um agente do FBI sem um mandado mas com o consentimento do gerente do hotel, depois que o recorrente saiu do quarto, e a apreensão dos objetos que o recorrente havia abandonado foram legais, e tais objetos foram devidamente admitidos como provas[25].

O juiz da Suprema Corte encarregado de redigir o voto vencedor naquele caso foi o juiz Frankfurter. Interessante certa passagem inicial de seu voto condutor:

> A questão neste caso é se os sete itens foram adequadamente admitidos como provas no julgamento do recorrente por conspiração à prática de espionagem. Todos os sete itens foram apreendidos por oficiais do Governo sem um mandado de busca. As apreensões não ocorreram em conexão com o esforço do processo criminal contra o recorrente. Elas surgiram de sua prisão administrativa pelo Serviço de Imigração e Naturalização dos Estados Unidos como preliminar para sua deportação. Um pedido de supressão desses itens como provas, devidamente feito no Tribunal Distrital, foi negado após a íntegra do julgamento. O recorrente foi julgado, condenado e sentenciado a trinta anos de prisão e ao pagamento de uma multa de $3.000 (três mil dólares). A Corte de Apelação manteve a decisão. Nós conhecemos do recurso, limitando a matéria a duas questões: "1. A Quarta e Quinta Emendas da Constituição dos Estados Unidos foram violadas pela busca e apreensão de

[25] Do original em inglês: Immigration and Naturalization Service officers arrested petitioner on an administrative warrant for deportation, searched the hotel room where he was arrested, his person and his luggage, and seized certain articles. After petitioner had checked out of his hotel room, an agent of the Federal Bureau of Investigation made a further search of the room, without a warrant but with the consent of the hotel management, and seized certain articles which petitioner had left there. The articles so seized were admitted in evidence over petitioner's objection at his trial for conspiracy to commit espionage, and he was convicted.
Held: These searches and seizures did not violate the Fourth or Fifth Amendment, and the use in evidence of the articles so seized did not invalidate petitioner's conviction.
1. On the record in this case, the Government did not use the administrative warrant of the Immigration and Naturalization Service as an improper instrument of the Federal Bureau of Investigation in obtaining evidence for a criminal prosecution.
2. Petitioner's claim that the administrative warrant under which he was first arrested was invalid under the Fourth Amendment is not properly before this Court, since it was not made below and was expressly disavowed there.
3. The articles seized by the immigration officers during the searches here involved were properly admitted in evidence.
4. Immigration officers who effect an arrest for deportation on an administrative warrant have a right of incidental search analogous to the search permitted criminal law enforcement officers incidental to a lawful arrest.
5. The search of the hotel room by an FBI agent without a warrant but with the consent of the hotel management, after petitionerhad relinquished the room, and the seizure of articles which petitioner had abandoned there were lawful, and such articles were properly admitted in evidence. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/217/. Acessado em 01/02/2016.

> provas sem um mandado de busca, após um alienígena suspeito e oficialmente acusado de espionagem ter sido levado sob custódia para deportação, por força de um mandado de prisão administrativo do Serviço de Imigração, mesmo sem ter sido preso pela prática de um crime?". "2. A Quarta e Quinta Emendas da Constituição dos Estados Unidos foram violadas quando os artigos apreendidos não se relacionavam com o mandado do Serviço de Imigração e, juntamente com outros artigos obtidos dessas buscas, foram admitidos como provas em um processo por espionagem?"
> Nós consideramos o caso a partir da premissa de que a condenação deve ser reformada caso nós encontremos itens combatidos de que as provas foram apreendidas em violação à Constituição, e, portanto, inadequadamente admitidas como provas. Nós achamos, no entanto, que a admissão desses itens se deu de maneira livre de qualquer mácula, e nós mantemos o julgamento. (É claro que a natureza do caso, o fato de que se tratava de um processo por espionagem, não tem qualquer relevância jurídica nas considerações acerca da admissibilidade das provas).[26]

Percebe-se, assim, que a maioria dos juízes da Suprema Corte firmaram o entendimento de que as provas usadas contra Abel foram obtidas de maneira lícita, porquanto derivarem do incidental direito de busca e apreensão garantido aos oficiais da lei quando do cumprimento de mandados de prisão. Tese que, a nosso ver, parece ignorar os fatos e tenta justificar violações graves a direitos fundamentais previstos no texto constitucional norte-americano.

Em razão de ser a última instância recursal no sistema jurídico norte-americano, ali encerrava as possibilidades de revisão da condenação imposta a Rudolf Abel. Como

---

[26] Do original em inglês: "MR.JUSTICE FRANKFURTER delivered the opinion of the Court.
The question in this case is whether seven items were properly admitted into evidence at the petitioner's trial for conspiracy to commit espionage. All seven items were seized by officers of the Government without a search warrant. The seizures did not occur in connection with the exertion of the criminal process against petitioner. They arose out of his administrative arrest by the United States Immigration and Naturalization Service as a preliminary to his deportation. A motion to suppress these items as evidence, duly made in the District Court, was denied after a full hearing. Petitioner was tried, convicted and sentenced to thirty years' imprisonment and to the payment of a fine of $3,000. The Court of Appeals affirmed. We granted certiorari, limiting the grant to the following two questions:
"1. Whether the Fourth and Fifth Amendments to the Constitution of the United States are violated bya search and the seizure of evidence without a search warrant, after an alien suspected and officially accused of espionage has been taken into custody for deportation, pursuant to an administrative Immigration Service warrant, but has not been arrested for the commission of a crime?"
"2. Whether the Fourth and Fifth Amendments to the Constitution of the United States are violated when articles so seized are unrelated to the Immigration Service warrant and, together with other articles obtained from such leads, are introduced as evidence in a prosecution for espionage?"
We have considered the case on the assumption that the conviction must be reversed should we find challenged items of evidence to have been seized in violation of the Constitution, and therefore improperly admitted into evidence. We find, however, that the admission of these items was free from any infirmity, and we affirm the judgment. (Of course the nature of the case, the fact that it was a prosecution for espionage, has no bearingwhatever upon the legal considerations relevant to the admissibility of evidence.). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/217/case.html#218. Acessado em 01/02/2016.

consequência do pressuposto recursal da falibilidade da decisão, ainda mais em casos de violações a direitos fundamentais, é que se percebe a relevância da formação de Tribunais Internacionais sobre Direitos Humanos cuja jurisdição contenciosa reconhecida pelos Estados permite a revisão de casos a eles apresentados. Ademais, justificam-se como órgãos jurisdicionais recursais porquanto pensados para atuar somente quando esgotadas todas as esferas jurisdicionais internas – o que afasta qualquer alegação de violação da soberania dos Estados –e despidos de qualquer influência política interna.

No caso de Abel, apesar de os Estados Unidos da América se postarem no cenário internacional como defensores assíduos dos direitos humanos de seus cidadãos, até hoje, aquele Estado não ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e tampouco reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se o caso de Abel tivesse ocorrido no Brasil após 1998 – quando o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição contenciosa daquela Corte, o que fixa a competência temporal daquele órgão jurisdicional internacional a partir daquele momento – seguramente o alienígena poderia apresentar uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, após os trâmites previstos na Convenção e diante da inércia do Estado acusado, apresentaria o caso perante a Corte Interamericana.

Hermética às pressões políticas, a Corte analisaria o caso de maneira imparcial e entregaria a prestação jurisdicional mais adequada à luz dos direitos humanos previstos naquela Convenção com os quais o Estado-parte se comprometeu a observar, sob pena de ser internacionalmente responsabilizado.

CONCLUSÕES

A proposta de conciliar Direito e Cinema permite o exercício da reflexão sobre temas de grande estima para as Ciências Jurídicas e que, por vezes, passa por despercebido ao público, inclusive aos acadêmicos dessa área do conhecimento.

Ao final da análise do filme “Ponte dos Espiões”, verificamos como questões que deveriam ser afastadas da atuação dos profissionais do Direito podem influenciá-los diretamente, conduzindo a resultados insustentáveis no contexto de um Estado Humanístico Democrático de Direito. Questões econômicas, raciais, políticas ou atinentes a temas relacionados à discriminação, não podem contaminar o profissional das Ciências Jurídicas, que

deve sempre pautar o desempenho de sua função em conformidade com a ética e com os direitos fundamentais constitucionalmente ou internacionalmente assegurados a todos.

No filme, retratam-se fatos reais ocorridos no contexto da Guerra Fria e que revelam a contaminação do Direito pelo medo apocalíptico de uma guerra nuclear entre EUA e URSS. No contexto atual, no plano internacional, podemos apontar como situação análoga a essa o tratamento dispensado a casos relacionados à prática de terrorismo, tanto nos EUA quanto nos países europeus. Ignoram-se os direitos e garantias fundamentais de presos acusados de terrorismo, em nome da manutenção e preservação da segurança nacional. Por meio de fórmula verdadeiramente utilitarista, renegam-se direitos e aplica-se o verdadeiro Direito Penal do Inimigo.

No atual cenário brasileiro, pode-se apontar o combate ao tráfico de drogas e ao crime organizado como situações em que o medo e a insegurança servem como justificativas para violações a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros, principalmente dos menos favorecidos e moradores de regiões periféricas e de favelas.

A atuação contramajoritária, com a aplicação hígida dos direitos humanos, principalmente em casos relacionados ao direito penal, deve ocorrer em todos os cenários histórico-políticos, prezando pela manutenção dos direitos mais basilares do cidadão frente às arbitrariedades produzidas em nome da segurança nacional ou de qualquer outra justificativa inidônea. Os direitos fundamentais devem prevalecer mesmo dentro de um aparente Estado de exceção, a fim de que o ser humano seja respeitado na sua essência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 2ª Ed. Rev., ampl. e atual. Editora Juspodivm: Salvador, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HC 102019, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em

17/08/2010.
HC 67755, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/06/1990.
JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007.

ELE. ELA.

REFLEXÕES E INTERAÇÕES ENTRE O DIREITO E A TRANSEXUALIDADE NAS CENAS DE "A GAROTA DINAMARQUESA"

Felipe Ferreira Araújo[27]

RESUMO

Apesar das possíveis interações, sexo biológico, identidade de gênero e orientação sexual são dimensões independentes que conferem unidade a um mesmo sujeito. Há, contudo, pessoas que simplesmente não conseguem ajustar a sua identidade de gênero ao seu corpo e, consequentemente, aquela ao sexo biológico com o qual nasceram, tal como é retratado no excelente filme "A Garota Dinamarquesa". Esses indivíduos são denominados transexuais. Assim, diante dos fenômenos que tangenciam a transexualidade, originam-se novas demandas sociais e o desejo por respostas e soluções de cunho jurídico.

Palavras-chave: Identidade de gênero, transexualidade, direito e cinema, omissão legislativa.

ABSTRACT

Despite the possible interactions, biological sex, gender identity and sexual orientation are independent dimensions which give unity to the same person. However, there are people who simply can not adjust their gender identity to your body and hence the biological sex they were born with, as it is depicted in the excellent film "The Danish Girl". These individuals are called transsexuals. Thus, in view of the phenomena that tangent transsexuality, there are new social demands and the desire for answers and legal solutions.

KEYWORDS: Gender identity, transsexuality, law and movie, legislative omission.

[27]Mestrando em Ciência Jurídica (Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão/Estado e Responsabilidade) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Coordenador do projeto de pesquisa *A interferência do Estado na vida da pessoa humana*. Ator pela Companhia Funcart de Teatro (FUNCART).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O corpo, a mente e o espírito constituem, juntos, a tricotomia humana e sintetizam toda a complexidade do ser. Quando o corpo e a mente estão em harmonia, o estado de espírito do sujeito irradia dignidade.

Entretanto, é a angústia que impera nos casos em que o corpo e a mente caminham de forma desritmada.

A trasexualidade é um ótimo exemplo de fenômeno arrítmico. Nela, o corpo disponibiliza ao indivíduo uma configuração morfológica totalmente incompatível com a sua mente, o que resulta no padecimento silencioso do espírito e no prejuízo quase irreparável do ser.

Seria, então, possível e viável reverter esta triste condição?!

O presente artigo tem como fulcro sanar esta e outras dúvidas acerca da complexidade dos temas correlatos à diversidade sexual, destacando, para fins de informação, compreensão e aceitação, a figura do transexual.

Para que se possa atingir tal desiderato, serão delimitados três momentos distintos.

Primeiramente, recorrer-se-á a uma explicação meramente didática para que se possa construir – e diferenciar – minimamente os conceitos de sexo biológico, identidade de gênero e orientação sexual, comumente confundidos pela maioria das pessoas.

Após, serão tecidas algumas considerações a respeito das possíveis interações entre os aspectos citadas acima.

Sequencialmente, será destinado um tópico para o debate do filme, "A Garota Dinamarquesa", que trouxe, recentemente, para as telas do cinema o drama real vivido pela trans Lili Elbe.

Ao final, e a partir do que foi previamente tecido, serão trabalhadas duas das maiores demandas pleiteadas pela comunidade trans, com a finalidade de se alcançar respostas jurídicas e estabelecer um diálogo entre a realidade e o Direito vigente no Brasil.

1 BREVES CONCEITOS

Classificar significa, quase sempre, limitar algo ou, simplesmente, traçar as linhas que

separam elementos, às vezes, emaranhados entre si.

Limitar uma propriedade rural, por exemplo, é algo relativamente simples porque os critérios necessários à divisão do solo, tais como a área ou a dimensão de uma cerca, são matematicamente objetivos e, dificilmente, se erra um cálculo.

Há, contudo, uma enorme dificuldade em se tentar classificar o comportamento humano porque, ao contrário de uma equação de primeiro grau, tem-se incontáveis incógnitas e variáveis que, por sua vez, traduzem a beleza e a subjetividade típicas do ser humano.

Ao se tentar separar ou classificar um determinado grupo de indivíduos em função do seu modo de ser e agir, há sempre o risco iminente de errar ou de se chegar a conclusões um tanto preconceituosas.

Por essa razão, é necessário deixar claro que, apesar de majoritariamente adotados e pacificamente aceitos pela comunidade LGBTT[28], os conceitos que serão tratados a seguir estão longe de serem exatos em seus limites e alcances.

O fato é que não se pode chegar ao tema da transexualidade sem antes destacar a pessoa humana transexual do universo de possibilidades que tem se revelado a sexualidade humana.

1.1 Sexo biológico

O sexo biológico está diretamente vinculado à genética da pessoa humana. Assim sendo, tem-se que o sexo compreende um conjunto de informações cromossômicas, órgãos genitais, capacidades reprodutivas e características fisiológicas secundárias que distinguem *macho s*de *fêmeas*(SÃO PAULO, 2014, p. 10).

Eventualmente, distúrbios de ordem biológica podem culminar na geração de indivíduos que apresentem características físicas de ambos os sexos.

É, contudo, um equívoco classifica-los como hermafroditas. O termo mais apropriado é *intersexo*, vez que uma pessoa que apresenta esta condição fenotípica dual não é capaz de se reproduzir sem um parceiro.

Ao se tratar de sexo biológico, tem-se, portanto, a seguinte configuração:

MACHO	INTERSEXO	FÊMEA

[28]Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

1.2 Identidade de gênero

Formulado em meados da década de setenta, o conceito de gênero foi criado para distinguir, de forma paradigmática, a dimensão biológica da dimensão social.

Muito embora seja a biologia o que separa a espécie humana entre machos e fêmeas, é a cultura quem possibilita as expressões subjetivas do ser *homem* e do ser *mulher*. Assim, homens e mulheres são frutos da realidade e do comportamento social, e não necessariamente da anatomia de seus corpos(SÃO PAULO, 2014, p. 11).

A partir deste conceito, entende-se que o gênero define homens e mulheres através de uma sólida construção social, pautada em comportamentos culturalmente determinados e historicamente circunscritos:

> É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem a raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros. O direito a identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A identidade pessoal é a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica, é o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo. A identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma pluralidade de direitos, como são aqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade, etc., para dizer assim, ao final: se bem que não é ampla nem rica a doutrina jurídica sobre o particular, é possível comprovar que a temática não tem sido alienada para o direito vivo, quer dizer para a jurisprudência comparada. Com efeito, em direito vivo tem sido buscado e correspondido e atendido pelos juízes na falta de disposições legais e expressa. No Brasil, aí está o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil a permitir a equidade e a busca da justiça. Por esses motivos é de ser deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração de nome e de sexo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 593110547. Terceira Câmara Cível. Relator: Luiz Gonzaga Pila Hofmeister. Julgado em 10/03/1994).

Aos indivíduos que apresentam uma compatibilidade entre o seu sexo biológico e o seu gênero é atribuído o prefixo *cis*.

Há, contudo, pessoas que simplesmente não conseguem ajustar a sua identidade de gênero ao seu corpo e, consequentemente, aquela ao sexo biológico com o qual nasceram. A

elas se atribui o prefixo *trans*. Esses indivíduos são, então, denominados *transexuais*[29].

Segundo o Conselho Federal de Medicina, o indivíduo transexual porta um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação e ou autoextermínio[30].

Sendo o desvio permanente, não há "tratamento psicológico" que seja capaz de reverte-lo.

Durante muitos anos se defendia que o mais acertado seria:

> (...)mudar a mente do transexual através de psicoterapia ou psicanálise, adequando-a aos atributos físicos. Todavia, tal técnica é, em regra, infrutífera, porque o transexualismo é incurável, já que constitui uma doença genética produzida por defeito cromossômico ou fatores hormonais (DINIZ, 2006, p. 290).

Portanto, somente a transgenitalização cirúrgica – ou cirurgia de redesignação do sexo biológico – e o posterior – reassentamento civil serão capazes de reverter a síndrome[31]. O referido processo cirúrgico é bastante invasivo e irreversível.

Ainda a respeito da transexualidade, é bastante comum observar uma certa confusão entre as pessoas ao se tentar delimitar quem é ou em que posição se encaixa *a*[32] *travesti*.

Diferente de uma mulher transexual[33], uma travesti busca modificar o seu corpo através de terapias hormonais, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas, mas, em geral, não deseja realizar a cirurgia de redesignação sexual.

Igualmente, cabe ressaltar que ser uma travesti não é sinônimo de ser uma profissional do sexo! Esta não passa de uma visão deturpada e preconceituosa da difícil realidade a que, às vezes, estão condicionadas.

Ao se falar em identidade de gênero, tem-se, então, a seguinte configuração:

HOMEM *CIS*		**MULHER *CIS***
	TRANSEXUAL	
HOMEM *TRANS*		**MULHER *TRANS***

[29] Classificação Internacional de Doenças (CID): 10 – F.64.0
[30]Resolução CFM nº 1.652, de 06 de novembro de 2002.
[31]Parecer e Proposta de ResoluçãoCFMnº 39, de 09 de maio de 1997.
[32]As travestis possuem identidade de gênero feminina e, por isso, utiliza-se o artigo definido "a" para se referir a elas.
[33] Aquela que nasceu com o sexo biológico masculino, mas possui uma identidade de gênero feminina e se reconhece como mulher. Em contrapartida, entende-se que um homem transexual é aquele que nasceu com o sexo biológico feminino, mas possui uma identidade de gênero masculina e se reconhece como homem.

TRAVESTI

1.2.1 Expressão de gênero

Ao se basear em um dos papéis descritos acima, as pessoas podem expressar o seu gênero de inúmeras formas, através das mais diversas linguagens, como, por exemplo, as suas ações, as suas roupas, as suas maneiras de interação social, etc. É daí que se extrai os conceitos de *masculino* e *feminino*.

Aos indivíduos que, em razão do seu comportamento subjetivo, preferem oscilar entre esses dois universos, sem se limitar ao primeiro ou ao segundo, é atribuído o termo *andrógeno* ou *crossdresser*, resultando, assim, a seguinte configuração:

MASCULINO	ANDRÓGENO	FEMININO

1.3 Orientação sexual

Restando estabelecida a identidade de gênero do indivíduo – que, como já previamente colocado, não está sujeita, necessariamente, ao seu sexo biológico – é possível definir a sua orientação sexual; ou seja, a atração afetiva e/ou sexual que uma determinada pessoa manifesta em relação à outra, direcionando, involuntariamente, o seu desejo(SÃO PAULO, 2014, p. 10).

Se esta atração aponta para o sexo/gênero oposto ao do sujeito, ele é definido como *heterossexual*. Lado outro, classifica-se como *homossexual* o sujeito cujos desejos apontam para o sexo/gênero semelhante ao seu.

Termos como *gays* e *lésbicas* são socialmente aceitos para categorizarem, respectivamente, homens e mulheres declaradamente homossexuais.

O que tem se mostrado um verdadeiro equívoco é atribuir tanto aos indivíduos heterossexuais quanto aos indivíduos homossexuais a palavra “opção” ao se tratar do assunto “orientação” sexual.

Definitivamente, os desejos sexuais ora tratados, bem como o afeto, estão condicionados à subjetividade de cada um. Logo, ser ou não ser gay, ou lésbica, reflete uma condição humana, e não uma opção meramente leviana.

Aos indivíduos que sentem atração por ambos os sexos/gêneros se atribui a condição de *bissexuais*, resultando, portanto, a seguinte configuração:

HETEROSSEXUAL	BISSEXUAL	HOMOSSEXUAL

2POSSÍVEIS INTERAÇÕES

Superada a fase didática em que se buscou construir minimamente os conceitos de (i) sexo biológico, (ii) identidade de gênero e (iii) orientação sexual, resta, agora, estabelecer as premissas a partir das quais os conceitos supracitados poderão interagir entre si e os limites do seu campo de atuação para que, ao final, se possa ter umacompreensão mais ampla e apurada a respeito do tema em voga.

Antes, vale ressaltar que esta não é uma tarefa fácil e que exige um certo grau de desconstrução e uma boa dose de abstração.

Primeiramente, deve estar claro que a identidade de gênero de um indivíduo independe do sexo biológico com o qual ele nasceu.

A validade desta premissa repousa no simples fato de que existem, por exemplo, tanto machos que se reconhecem enquanto homens (homens *cis*) quanto machos que se percebem enquanto mulheres (mulher *trans*).

Em segundo lugar, também não deve haver mais dúvidas no sentido de que a orientação sexual de um indivíduo independe dos dois primeiros aspectos.

Exemplificando-se; nascer com um pênis pode não ser decisivo para que uma pessoa se reconheça enquanto homem e, ainda, sinta uma necessária atração por mulheres.

Caminhando um pouco mais adiante, tem-se ainda que um homem *cis* pode se interessar tanto por mulheres quanto por outros homens; ou seja, ter nascido com um pênis e sereconhecer gay não deslegitima a identidade de gênero de um homem, seja ele como for.

Logo, se o sexo biológico fosse, de fato, o único fator capaz de definir identidade de gênero e sexualidade, ou não haveria tanta diversidade de comportamentos ou uma enorme parcela da população mundial simplesmente estaria mentindo os seus desejos mais íntimos, fossem eles héteros ou homossexuais.

Apesar das possíveis interações, sexo biológico, identidade de gênero e orientação sexual são dimensões tão independentes que, atualmente, tem-se notícia de homens *trans* (que nasceram fêmeas) que, mesmo após a cirurgia de redesignação de sexo, continuam a sentir atração afetiva e/ou sexual por outros homens.

Simplificando, é perfeitamente possível que um transexual seja, também, homossexual

porque, neste caso, a incompatibilidade está no corpo e não no desejo.

Como dito anteriormente, assimilar tantas interações não é uma tarefa fácil, ainda mais quando se pretende exercitá-la sem abrir mão de alguns preconceitos.

Contudo, ela passa a ser incrivelmente simples a partir do momento em que se desvincula aspectos subjetivos que, até muito recentemente, se encontravam fundidos por mera imposição social, sem que nenhuma reflexão sincera e humana fosse feita a respeito.

Mas... e a *Drag Queen*?!

Em que ponto desta trajetória ela se revela?!

Pois bem; aqui ela não se revela porque, para o espanto de muitos, a expressão das *Drags* se resume a uma manifestação puramente artística.

Vale dizer; toda *Drag Queen* é uma criação cênica precedida pelo trabalho de um ator, da mesma forma em que todo *Drag King* é um personagem precedido pelo trabalho e pela construção de uma atriz.

Não se trata, portanto, de expressões de gênero, e sim de performances, essencialmente, artísticas.

3 DIREITO E CINEMA EM "A GAROTA DINAMARQUESA"

Recentemente, uma das primeiras cirurgias de redesignação de sexo realizadas no mundo foi retratada com propriedade cinematográfica no longa metragem "A Garota Dinamarquesa" (The Danish Girl).

O drama conta, inicialmente, a possível história de amor vivida entre Einar Wegener(interpretado pelo ótimo Eddie Redmayne) e a artista GerdaWegener (interpretada pela atriz Alicia Vikander).

Pouco tempo depois de se conhecerem, ambos se casam e passam a construir, juntos, uma tranquila vida a dois.

No entanto, esta serenidade passa a dar lugar a um desfecho inesperado no momento em que Gerda pede a Einar que coloque um vestido e que pose para ela enquanto finaliza os retoques de uma pintura na qual trabalhava.

Ao se travestir do gênero oposto pela primeira vez, Einar se desperta para uma profunda reflexão sobre a sua própria identidade, passando a se reconhecer mais como Lili – nome dado por uma amiga de Gerda que, neste instante, o pega vestido de mulher – do que

como o homem que sempre pensou ser.

Sem notar as transformações que estavam na iminência de eclodir, Gerda pede ao marido que a deixe pintar um quadro inteiramente baseado em Lili e, também, que vá travestido dela a uma festa.

Sentindo-se extraordinário naquela situação, Einar percebe que há muito mais de Lili em sua essência do que gostaria de admitir, sendo, inclusive, conivente com um beijo dado por outro homem que também frequentava a referida festa; beijo este que é flagrado pela sua esposa.

Inconformada com o sentimento de traição e com a suspeita da possível homossexualidade do marido, Gerda resiste em admitir que todos os acontecimentos não mais se resumem a uma "brincadeira" entre os dois.

Gerda percebe, a duras penas, que a companhia de outros amigos homens e heterossexuais seria em vão e que o marido não é homossexual; Einar é, na verdade, uma mulher.

Este fato fica claro nas falas em que Einar se lamenta dizendo que "algo mudou" e que pensa e sonha como Lili porque, de fato, "ela sempre esteve lá", em sua mente.

Convencida da real identidade de gênero do marido que agora, definitivamente, cede lugar a amiga Lili, Gerda passa a apoia-la na única trajetória que poderá dar sentido a toda a sua vida: a cirurgia de redesignação do seu sexo biológico, procedimento jamais tentada antes pela medicina.

O drama pseudo-biográfico norte americano foi dirigido por Tom Hooper, baseado no romance homônimo de David Ebershoff e inspirado na vidadas duas pintoras dinamarquesas Lili Elbe e Gerda Wegener.

Apesar do sucesso de bilheteria, das diversas indicações internacionais e das três estatuetas do Oscar[34], "A Garota Dinamarquesa" recebeu duras críticas de grande parte da comunidade LGBT.

Inúmeras mulheres trans, simplesmente, não se sentiram representadas por um filme dirigido e protagonizado por dois homens cisgêneros.

Houve também quem criticasse o roteiro, alegando que ele enaltece uma feminização forçadamente erótica em detrimento da verdadeira história de uma transexual emblemática e da vida a dois entre ela e Gerda, que, segundo alguns historiadores, nunca se resumiu a um

[34] Melhor Ator para Eddie Redmayne; Melhor Figurino para Paco Delgado e Melhor Direção de Arte para Eve Steward e Michael Standish.

romance, mas sim a uma relação de irmandade e cumplicidade.

Mesmo diante de críticas tão pertinentes, o filme é, inquestionavelmente, um convite a reflexão, que instiga, inclusive, determinados assuntos das esferas legal e jurídica.

4 DIREITO E TRANSEXUALIDADE: AVANÇOS E DESAFIOS

Compreendidas as possíveis correlações descritas no tópico acima, passa-se a tratar das atuais interdisciplinaridades ou respostas dadas pelo Direito aos transexuais e as suas demandas.

São, essencialmente, dois os seus principais anseios: a cirurgia para a mudança do sexo biológico e a alteração do nome social para que ele se adeque ao resultado cirúrgico.

4.1 Mudança de sexo

Em agosto de 2007, por decisão unânime, a 3ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) impôs um prazo de trinta dias para que o Sistema Único de Saúde – o SUS – incluísse a cirurgia de mudança de sexo na lista dos procedimentos cirúrgicos oferecidos à população.

A ação pública (AC 2001.7100.26279-9 TRF)foi movida pelo Ministério Público Federal em face da União e sustentou que realizar a cirurgia de mudança de sexo através SUS nada mais é do que um direito de *status* constitucional.

Em 19 de novembro de 2013, o Ministério da Saúde expediu, então, a Portaria nº 2.803, que, dentre outras medidas, redefiniu e ampliou o Processo Transexualizador já oferecido pelo Sistema Único de Saúde.

A transgenitalização cirúrgica é, portanto, possível e gratuita no Brasil. O seu oferecimento por parte do Estado reflete uma prestação positiva, cujos alicerces estão fundados nas disciplinas previstas pelo Art. 5º e pelo Art. 194, da Constituição Federal de 1988, que a asseguraram, respectivamente, a igualdade entra todas as pessoas e os direitos relativos à saúde.

Vale ressaltar que a redesignação sexual não deve ser interpretada como uma transgressão do direito à integridade física:

> (...) sem que antes se conceba a violação iminente do direito à integridade psíquica do paciente. No complexo tricotômico (corpo, mente, espírito) é

> necessário que os três elementos fundamentais estejam em plenitude, para que se alcance a eficácia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana[35].

Por fim, deve-se dizer também que não se justifica a alegação de que a referida cirurgia violaria os bons costumes, a exemplo do disposto pelo art. 13, do atual Código Civil, vez que essa modalidade de intervenção médica é ditada por superiores razões, inclusive de ordem psicológica.

4.2 Nome social

Em princípio, o registro civil possui o *status* de imutabilidade e se impõe em um lapso temporal demasiado curto; preenchido por poucos dias, logo após o nascimento, e formalizado apenas com base no sexo biológico. Em outras e melhores palavras, as normas médicas e jurídicas consolidam a naturalização de um sistema de sexo/gênero do tipo binário (mulher/feminino e homem/masculino), que não reconhece a existência de outros *status* sexuais (VENTURA, 2010, p. 23).

Entretanto, como já mencionado anteriormente, é inconcebível que se estruture a identidade de gênero de uma pessoa com tanta rapidez e que se busque sintetiza-la apenas com base em características morfológicas.

Evidencia-se, portanto, uma incoerência entre o sexo jurídico e o sexo psicossocial do indivíduo que se declara transexual.

Ora; a partir disso, não é difícil concluir que a única solução para o problema está na relativização da imutabilidade das informações do seu próprio registro civil. Nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2001):

> (...) na maioria das vezes, o reconhecimento da identidade está vinculado à realização da cirurgia de transgenitalização, o que pressupõem a adequação sexo/corpo/desejo. Da mesma forma, o direito se apropria desses saberes médicos para reconhecer a identidade sexual como um direito da personalidade.

Assim sendo, o atual entendimento majoritário acerca do tema defende que a identidade sexual se encontra inserida no âmbito da intimidade e da liberdade, traduzindo-se na

[35] O preceito basilar do Estado brasileiro, previsto pelo Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, impõe o reconhecimento de que o valor do indivíduo, enquanto ser humano, deve prevalecer em detrimento dos os demais.

expressão pessoal do princípio da autonomia da vontade, do direito à vida privada e do pluralismo, enquanto valores fundamentais (SILVA JUNIOR, 2011, p. 101).

Com base nesta arguição e com fulcro no art. 58, da Lei Federal nº 6.015/73, alterado pela Lei Federal nº 9.708/98, há respaldo legal para se substituir o prenome da pessoa transexual por apelidos públicos notórios.

Todavia, a omissão do Poder Legislativo em regulamentar a questão, através de uma lei que abarque todas as circunstâncias do caso em tela, ainda é um obstáculo para milhares de transexuais que precisam, então, recorrer ao Poder Judiciário na esperança de sanar a incompatibilidade entre o seu gênero e o seu nome.

CONCLUSÕES

O sexo biológico está diretamente vinculado à genética da pessoa humana enquanto que a identidade de gênero define homens e mulheres através de uma sólida construção social.

A partir desta configuração, surgem as orientações através das quais os indivíduos direcionam o seu afeto e o seu desejo sexual a outros membros da mesma espécie.

Uma vez em harmonia, a soma entre o corpo, definido por um sexo biológico, e a mente, estruturada em uma identidade subjetiva de gênero, resulta em equilíbrio e dignidade.

Talvez seja por isso que, dentre as mais diversas tribos da comunidade LGBT, os transexuais façam parte do segmento mais marginalizado.

A sua exclusão acaba sendo fruto da incompatibilidade entre o corpo e a mente porque, afinal de contas, aquele resultará em estranheza, preconceito e intolerância.

Não se pode dimensionar a angústia de um transexual ao ver trincada a sua tricotomia humana; a não ser, claro, que se esteja vivenciando este fenômeno.

Contudo, é perfeitamente possível depreender do plano social as distorções que clamam ao Direito uma solução.

Atualmente, toda a comunidade LGBT e, em especial, os transexuais, cobram e aguardam com pressa uma posição mais enérgica do Poder Legislativo. Se, hoje, a cirurgia de mudança de sexo é uma realidade brasileira, o que tanto impede o Legislativo em regulamentar a alteração do nome social dos transexuais que não o evidente descaso?!

Se a harmonia entre o corpo e a mente resultam em dignidade e se esta é um princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, não resta, portanto, dúvidas acerca da

constitucionalidade e da emergência desta regulamentação.

Afinal, milhares de transexuais espalhados pelo país aguardam na torcida para que um simples direito como o registro civil represente, de fato, a sua pessoa natural, e deixe, finalmente, de ser uma triste ficção jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Constituição (1988).

BRASIL. Lei nº 6.015. Lei Federal (1973).

BRASIL. Lei nº 9.708. Lei Federal (1998).

CINEMA. *A garota dinamarquesa*. Gênero: Drama. Direção: Tom Hooper. Produção: Anne Harrison; Eric Fellner; Tim Bevan. Estados Unidos/Reino Unido: Universal Pictures, 2015. 1 DVD (120 min), NTSC, color. Título original: The danish girl.

Classificação Internacional de Doenças

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 39. Parecer e Proposta de Resolução (1997)

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.652. Resolução (2002).

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual. *Diversidade sexual e cidadania LGBT*. São Paulo: SJDC/SP, 2014.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *Diversidade sexual e suas nomenclaturas*. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: RT, 2011.

VENTURA, Miriam. *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010.

JUSTIÇA EM "THE WALKING DEAD"

O CONTRASTE ENTRE O UTILITARISMO DE BENTHAM E A FILOSOFIA KANTIANA EM UM CENÁRIO DE DECISÕES EXTREMAS

TaigoaraFinardi Martins[36]

RESUMO

Este artigo se propõe a investigar os diferentes conceitos de justiça expostos pela série de televisão americana *The WalkingDead*, a partir da compreensão de duas diferentes vertentes filosóficas acerca do tema: o utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, e a visão de Immanuel Kant, em sua construção do chamado imperativo categórico. Uma vez assimiladas essas duas doutrinas contrastantes, será possível enxergar sua aplicação, ainda que indireta, aos diversos conflitos e decisões tomadas pelas personagens do seriado, que se vêem inseridas em um contexto extremo, onde não há mais direito positivo, o que as força a questionarem suas próprias convicções de certo e errado, de justo e injusto.

Palavras-chave: *The Walking Dead*. Justiça. Utilitarismo. Jeremy Bentham. Imperativo Categórico. Immanuel Kant.

ABSTRACT

This article intends to investigate the different concepts of justice exposed by the american television series The Walking Dead, from the comprehension of two different philosophical ways of thinking over the subject: the utilitarism of Jeremy Bentham and John Stuart Mill, and the vision of Immanuel Kant, in his construction of the so called categoric imperative. Once assimilated these two contrastive doctrines, it will be possible to see their application, even if

[36] Mestrando em Ciências Jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná; pós-graduado em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania; graduado em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina; advogado atuante e professor titular das disciplinas de Direito Constitucional e correlatas pela FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana.

indirect, to the various conflicts and decisions taken by the characters of the series, who find themselves plunged into an extreme context, where there is no longer positive right, which forces them to question their own convictions of right and wrong, of fair and unfair.

Key-words: The Walking Dead. Justice. Utilitarism. Jeremy Bentham. Categoric Imperative. Immanuel Kant.

1 JUSTIÇA EM FOCO

Em que consiste a justiça? A pergunta, embora aparentemente simples, em sua formulação, é das mais complexas, e não à toa vem ocupando o tempo e a mente de filósofos e juristas, ao longo da história. Diversas mentes se dispuseram a formular teorias e a propor modelos hipotéticos que, de alguma forma, pretendiam traçar e delimitar as fronteiras de um dos conceitos de maior polissemia, ontem e hoje. Desde a antiguidade até hoje, contudo, o questionamento permanece relevante, ante a ausência de uma resposta definitiva, que pudesse satisfazê-lo por completo.

Tão relevante, de fato, que as suas implicações e reflexos, por óbvio, extrapolam as páginas dos livros e dos escritos acadêmicos, estendendo-se sobre os mais diversos aspectos cotidianos da humanidade. Nem poderia ser diferente, uma vez que a busca e a valorização da justiça, do que é justo, consiste em uma das ânsias mais basilares do homem, independentemente de cultura ou contexto social, vinculando-se à própria essência humana. Trata-se de uma percepção jusnatural, que não se submete ou surge a partir do ordenamento jurídico positivo; ao contrário, a ele sustenta e legitima.

Também por isso, o tema é recorrente nas mais diversas formas de expressão por meio das quais o homem tem derramado e exteriorizado seus anseios: livros e filmes quase sempre, em maior ou menor escala, retratam em suas narrativas alguma medida da reflexão ao redor do que é justo ou injusto. O teatro e a dança também não deixam de abordar a temática, e mesmo telas, quadros e esculturas, em sua beleza estática, não se furtam de remeter ao conceito, como nas diversas representações de Thêmis, a divindade grega que simboliza a Justiça, freqüentemente trazida à lume de olhos vendados, empunhando uma espada e uma balança, como que a transbordar de significado.

Recentemente, a obra “Justiça, o que é fazer a coisa certa?”, de autoria de Michael J.Sandel, catedrático da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, alcançou notório

sucesso comercial, a despeito de seu caráter mais acadêmico e teórico. O livro se dispõe, por páginas a fio, a analisar e explicar, de maneira mais acessível ao leitor mediano, as diversas propostas de definição e conceituação do que seria justo, a partir da compreensão do pensamento de grandes autores, juristas e filósofos, da antiguidade à contemporaneidade, passando por nomes célebres como Aristóteles, John Rawls e Robert Nozick. O grande número de exemplares vendidos, não apenas a estudiosos da área, mas ao público leigo em geral, aponta para a já mencionada ânsia do homem por justiça, que ecoa em seu íntimo e lhe desperta o interesse, sempre que permeia qualquer discussão, ainda que de forma indireta.

Valendo-se desta chave, diversas outras produções artísticas pincelam a problemática dicotômica do justo/injusto, a fim de ganhar a atenção do público e alcançar notoriedade. As questões afetas à justiça, não raro, são inseridas de maneira sutil e, por vezes, secundária, como pano de fundo a conferir profundidade e relevância à proposta principal em destaque, que em geral se fixa sobre temáticas mais fantásticas e menos verossímeis.

Excelente exemplo é a série de televisão americana *The Walking Dead*, que tem como carro chefe de sua publicidade a gráfica e fantasiosa batalha de humanos contra zumbis. Os comerciais do seriado, em geral, são repletos de efeitos especiais, regados a sangue, gritos, tiros e permeados de momentos dramáticos, que levam o telespectador a se encolher no sofá, com as pupilas dilatadas pela descarga de adrenalina.

Contudo, a série, que atualmente já transmite sua sexta temporada, não se apoia apenas nos elementos visuais de ação; por mais incríveis que sejam as cenas de violência e aventura, estas são sempre marcadas pela superficialidade característica de temas que desprezam qualquer verossimilhança – um mundo tomado por zumbis é um cenário tão impossível, aos olhos da lógica e da razão, que a narrativa do programa sequer se dá ao trabalho de explicar de que maneira o panorama proposto se concretizou ou se sustenta, uma vez que a tarefa de fazê-lo esbarraria em uma miríade de inconsistências que não se sustentam. Por essa razão, espera-se que o telespectador simplesmente aceite o contexto que lhe é mostrado, enquanto pressuposto do show.

Embora o que chame a atenção do público, a princípio, seja a proposta ficcional e eletrizante da série, não há dúvidas de que o que mantém o telespectador interessado no desenrolar do programa, episódio após episódio, temporada após temporada, ano após ano, é a profundidade das relações humanas e a construção da personalidade de cada personagem, aspectos explorados com maestria pelos escritores do seriado, que se aproveitam do contexto

extremo em que se desenvolve a série, para evidenciar aspectos muito interessantes do caráter e das decisões tomadas por cada um dos protagonistas e coadjuvantes.

Assim, uma análise um pouco mais profunda do show revela que, na realidade, o que realmente cativa aquele que assiste não é a habilidade de Rick – uma das personagens principais – em decepar cabeças de zumbis, mas o desenrolar e as transformações de seu relacionamento com seu filho Carl, por exemplo, que por sua vez, passa da infância à adolescência, vendo-se obrigado a lidar com situações ao mesmo tempo completamente extraordinárias e fantásticas, e cotidianas – como a perda da mãe, ou a paixão por uma amiga – com as quais o telespectador consegue se identificar.

Nessa mesma perspectiva, o programa aborda rotineiramente a problemática da justiça o que se faz muito pertinente dentro do contexto proposto: em um cenário onde não existem leis, e o direito positivo está morto, o que determina o certo e o errado, afinal de contas? Em diversos episódios, as personagens se vêem diante de circunstâncias a exigir delas escolhas que colocam em xeque o que antes se tinha por justo ou injusto.

Neste artigo, propõe-se a análise das circunstâncias representadas em um episódio específico da série, até porque seria impossível, por motivos de espaço e tempo, explorar toda a abrangência do seriado. Antes disso, contudo, faz-se necessária a compreensão preliminar dos dois conceitos contrastantes de justiça que são opostos pelo episódio em questão, a fim de que seja possível enxergá-los de maneira clara na dinâmica de eventos traçada pela narrativa. *In casu*, trata-se da visão utilitarista proposta por Jeremy Bentham e aperfeiçoada por John Stuart Mill, e da filosofia de Immanuel Kant; concepções acerca do que é justo ou injusto, que por se apoiarem em premissas distantes, colidem quase que diametralmente.

2 UTILITARISMO: A VIDA EM FUNÇÃO DA UTILIDADE

Michael J.Sandel (SANDEL, 2015, cap. 2), em sua já citada obra, ilustra com bastante propriedade a concepção utilitarista de justiça, por meio do emprego de um exemplo real: ele narra a história verídica de um grupo de marinheiros ingleses do final do Século XIX que, após um naufrágio, vêem-se à deriva, em um bote salva-vidas, tendo por única esperança a chance de que pudessem ser resgatados, sabe-se lá quando, por algum outro navio cuja rota o levasse a encontrá-los.

Os quatro marinheiros – a princípio, “todos homens de excelente caráter”, conforme

garantiram os jornais da época – não dispunham de muitos recursos. Haviam conseguido salvar apenas uma pequena porção de nabos, com os quais sobreviveram por alguns dias. No quarto dia, conseguiram capturar uma tartaruga, que serviu de sustento por mais um curto período, após o qual a comida se acabou por completo.

Nove dias se passaram, sem que nenhum dos homens pudesse comer coisa alguma, até que finalmente o mais adoentado e fraco deles foi morto pelos demais, que se alimentaram do corpo e do sangue do infeliz por alguns dias, até que finalmente foram resgatados, no vigésimo quarto dia, por um navio que os avistou ao navegar por aquelas águas.

De volta à Inglaterra, os marinheiros foram presos e levados à julgamento pelo crime de assassinato, momento em que Sandel interrompe sua narrativa para dirigir-se diretamente ao leitor com a seguinte pergunta: "Suponhamos que você fosse o juiz. Como os julgaria? Para simplificar as coisas, deixe de lado as questões legais e suponha que você tivesse de decidir se matar o taifeiro seria moralmente admissível" (SANDEL, 2015, p. 46).

Em introdução ao pensamento utilitarista, salienta que o mais forte argumento da defesa residia no fato de que "diante das circunstâncias extremas, fora necessário matar uma pessoa para salvar três. Se ninguém tivesse sido morto e comigo, todos os quatro provavelmente teria morrido" (SANDEL, 2015, p. 46).

Outros elementos ainda podem ser trazidos à discussão, a fim de torná-la mais rica e, consequentemente, mais complexa: a aceitação do crime poderia minar a vigência do tipo penal que condena o homicídio, trazendo consequências negativas à sociedade em geral na medida em que as pessoas talvez se sentissem mais propensas a fazer justiça com as próprias mãos; além disso, a absolvição dos acusados talvez trouxesse reflexos quanto à possibilidade de se recrutar novos marinheiros, atividade extremamente relevante para o contexto da época.

De qualquer modo, resta claro que se o método, o critério utilizado para o oferecimento de uma solução ao problema moral proposto segue pelo caminho do cálculo quantitativo da relação entre custos e benefícios – três vidas valem mais do que uma – é flagrante a aplicação do conceito de justiça utilitarista ao caso.

Jeremy Bentham, considerado o pai do utilitarismo, formulou e consolidou sua doutrina apoiado em premissas bastante simples, e que até hoje ecoam, em maior ou menor medida, no pensamento e nas posturas adotadas por legisladores, juízes e mesmo cidadãos comuns. Basicamente, a visão utilitarista despreza os direitos naturais e a ideia da dignidade humana, reputando-os como absurdos, na medida em que somos todos, sem exceção,

governados por dois “mestres soberanos”: o prazer e a dor. É destes dois governantes da vontade humana que advêm os conceitos de certo e errado, inevitavelmente. Será certa aquela atitude que proporcionar maior prazer e felicidade ao maior número de pessoas – maior utilidade, em suas palavras – causando o mínimo de dor, tristeza e sofrimento a um número igualmente mínimo de indivíduos (BENTHAM, 1984, cap. I).

Para Bentham, a Justiça e toda a moral vinculavam-se à maximização da utilidade. Aplicada à vida humana, a doutrina utilitarista a reduz a um número, a um componente de uma equação maior, cujo resultado não se fia em conceitos metafísicos ou relativos, mas pretende ser sempre objetivo e concreto, como em uma espécie de balança gigantesca, onde tudo, absolutamente tudo, pode ser pesado e medido a partir destes dois critérios bem definidos: prazer e dor, alegria e sofrimento. A solução ou proposta que indique maior peso de um, e menor de outro, será obrigatória e indiscutivelmente a correta, a justa.

Bentham, portanto, provavelmente não hesitaria em afirmar que os três marinheiros que ceifaram a vida de seu companheiro diante de seu estado de necessidade não deveriam sofrer punição alguma, pois a sua postura era justíssima: para preservar três vidas, sacrificaram uma. Três vale mais do que um, logo, justa e acertada a decisão.

É claro que a proposta utilitarista suscitou e suscita uma série de críticas, que podem ser resumidas em basicamente duas objeções cruciais: ela despreza por completo o valor da vida e da dignidade humana, e reduz qualquer centelha de moralidade a um ponto objetivo, em uma escala métrica de prazer e dor. Ambas foram enfrentadas por John Stuart Mill, em sua tentativa de aperfeiçoar a filosofia utilitarista proposta por Bentham.

Mill era filho de James Mill, que por sua vez havia sido discípulo de Jeremy Bentham. Desde cedo, Mill se mostrara extremamente inclinado aos estudos e à academia, e em sua maturidade, se dispôs a revisar a obra de Bentham, dele já conhecida e para com a qual nutria profunda admiração.

Em sua mais célebre obra, *OnLiberty*, publicada em 1859, Mill pretendia sustentar a aplicabilidade do utilitarismo, por meio da defesa da liberdade individual, que serviria de fator de correção a qualquer possível distorção do modelo proposto por Bentham. Para Mill, a soberania individual de cada cidadão frente ao governo deveria ser sempre respeitada, podendo ser invadida apenas diante da ameaça de lesão ou imposição de vontades a outro indivíduo. Em síntese, Mill pregava que a independência é, por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo é soberano (MILL, 2010,cap. I).

Embora a princípio a proposta de valorização da liberdade individual soe um tanto quanto incongruente com a filosofia utilitarista, Mill sustentava que esta era um pressuposto essencial daquela, pois a maximização da utilidade não deveria ser feita de forma casuística, e sim a longo prazo. Nesse sentido, o respeito às liberdades individuais, ainda que aparentemente pudesse causar certo desconforto ou prejuízo a uma maioria de pessoas, de maneira imediata, sempre conduziria a uma sociedade mais livre e, por conseguinte, mais feliz; em outras palavras, a maximização da utilidade dependeria da defesa da liberdade de cada cidadão, e esta mesma defesa só se faria possível e justificável em um contexto utilitarista (MILL, 2010,cap. I).

Contudo, é fato que a tentativa de Mill, por meio da defesa da liberdade individual, de "amenizar" a proposta utilitarista, tornando-a mais apetecível àqueles que prezam pela valorização intrínseca da vida e da dignidade humana, em última análise não obteve muito sucesso, pois um olhar mais atento evidencia que no final das contas, tanto a vida quanto a dignidade continuam sendo computadas em uma conta maior, consideradas como números de uma soma. O que muda é apenas o momento da busca pelo resultado, porém a perspectiva de que cada indivíduo é mero fator de uma grande equação permanece.

3 VISÃO KANTIANA: O VALOR DE UMA VIDA

Em posição diametralmente oposta à proposta utilitarista, está a filosofia desenvolvida por Immanuel Kant, que fundamenta sobre a racionalidade sua tese de que toda e qualquer vida humana é merecedora de dignidade e respeito.

Kant, contemporâneo de Jeremy Bentham, embora fosse cerca de duas décadas mais velho, publicou sua mais importante obra apenas um ano depois de Bentham tornar pública sua teoria utilitarista. Em 1781, aos 57 anos, Kant oferecia à academia sua Crítica da Razão Pura, que de maneira ousada e vanguardista, por meio de uma filosofia que se tornaria célebre por sua densidade, desafiava a teoria empírica do conhecimento, vigente à época, graças a nomes como David Hume e John Locke. Quatro anos mais tarde, sua obra Fundamentação da Metafísica dos Costumes, não menos sólida e complexa, se dedicaria a temas afetos à filosofia moral, campo sobre o qual Kant continuaria a escrever até o fim de sua vida.

Desde o início, Kant sempre repudiou o utilitarismo, em boa medida, devido ao estreito liame que a filosofia utilitarista mantém com o método empírico, também desprezado pelo

pensador prussiano. Definir justiça e injustiça, certo e errado, tomando por base o prazer ou a dor experimentados por uma pessoa ou um grupo de pessoas a partir de suas próprias concepções do que é prazeroso ou doloroso, constitui um absurdo para a visão de Kant. Para ele, as vontades, desejos e paixões humanas são extremamente voláteis e justamente por isso não se prestam a servir de base para a construção de conceitos morais.

Ao contrário, ao invés de fundamentar suas concepções morais nos desejos – condenáveis, muitas vezes – Kant propõe que a âncora da moralidade deve se firmar sobre a razão, pura e prática, a única capaz de garantir a verdadeira liberdade, que por sua vez também representa um conceito muito caro à filosofia kantiana.

É por meio de sua racionalidade que o ser humano é capaz de sobrepujar seus desejos, não se deixando comandar apenas pela busca pelo prazer, ou pela fuga do sofrimento – vale notar a refutação direta do pensamento de Bentham, que alçava estes dois elementos ao patamar de governantes supremos da conduta humana. Ser verdadeiramente livre, portanto, para Kant, não é fazer apenas o que nos traz prazer ou evitar aquilo que nos causa dor, pois isso corresponde a agir quase que de maneira instintiva, animal; ao revés, a liberdade consiste na capacidade que o homem tem de adequar sua conduta à sua racionalidade, ainda que na contramão de seus impulsos e desejos.

Michael J. Sandel(SANDEL, 2015, p. 140) sintetiza o pensamento de Kant a respeito do vínculo entre a racionalidade e a liberdade:

> Nossa capacidade de raciocinar está intimamente ligada a nossa capacidade de sermos livres. Juntas, essas capacidades nos tornam únicos e nos distinguem da existência meramente animal. Elas nos transformam em algo mais do que meras criaturas com apetites.

Agir segundo nossas vontades e desejos, em uma perseguição incessante pelo prazer, nos torna escravos de nossas próprias paixões, das quais só podemos nos libertar por meio da racionalidade. Assim, se alguém sente prazer em comer uma comida saborosa, quando busca fazê-lo, não deve se iludir pensando que o faz porque é livre para fazê-lo, mas sim compreender que, ao satisfazer sua vontade, a ela obedece. Trata-se de um comportamento heterônomo, na terminologia kantiana, na medida em que se sujeita a fatores e finalidades externas. A autonomia, enaltecida por Kant, por outro lado, corresponde à conduta adotada em consonância à determinação interna, emanada da razão pura.

A autonomia, portanto, pressupõe que o comportamento desenvolvido deve encontrar

sua finalidade em si mesmo, ao invés de vinculá-la a outros objetivos. Em palavras mais simples, o comportamento heterônomo corresponde à lógica do "faço isso para alcançar aquilo", enquanto que a autonomia prevê que "faço isso porque isso é o que deve ser feito".

É dessa profunda definição do que seria moral – e, por conseguinte, justo – que Kant extrai o famoso conceito do imperativo categórico, que se apresenta sob diversas modalidades ou versões diferentes, mas sempre a apontar para um mesmo significado.

A primeira forma de se compreender o imperativo categórico, segundo Kant, é a partir da tentativa de universalização da máxima em análise. "Aja apenas segundo um determinado princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal" (KANT, p. 421). Mais relevante do que a primeira, para o presente artigo, é a segunda formulação do imperativo categórico de Kant, que pretende sempre enxergar nas pessoas, um fim em si mesmas, e nunca um meio para algo. A distinção fundamental estabelecida por Kant entre pessoas e coisas é o ponto crucial de sua doutrina, que diverge diametralmente da filosofia utilitarista, uma vez que para o pensamento kantiano, é absolutamente inaceitável que a vida humana seja pesada na balança, em termos qualitativos ou, pior, quantitativos, com vistas a atingir qualquer outra finalidade externa – mesmo que esta diga respeito a outras vidas.

Para Kant, portanto, três vidas não valem mais do que uma, simplesmente porque não é possível atribuir um valor numérico ou quantificável à vida humana; não é possível enxergar uma pessoa como um instrumento destinado a qualquer outro fim que não ela própria, mesmo que este fim se destine a salvar outras vidas.

Em retorno ao caso dos marinheiros que sobreviveram graças à morte de seu companheiro, Kant não titubearia em condenar a atitude por eles adotada. Nada justifica a utilização de uma vida, de uma pessoa, para uma finalidade externa, como se ela fosse um instrumento que se destina a um outro objetivo qualquer, mesmo que tal objetivo convirja para a promoção ou mesmo salvamento de outras tantas vidas ou pessoas, como dito.

4 UTILITARISMO E IMPERATIVO CATEGÓRICO EM *THE WALKING DEAD*

Das breves e superficiais exposições acima, é possível perceber o forte contraste que se estabelece entre a visão utilitarista de Bentham e a filosofia de Kant, no que diz respeito ao valor e ao significado da vida humana: para aquele, a vida – assim como qualquer outra coisa – não passa de mais um elemento a ser computado em uma grande equação em busca de um

resultado que maximize a alegria, a felicidade e o prazer do maior número de pessoas possível, enquanto que para este, é impossível valorar a vida humana de maneira qualitativa ou quantitativa. Na prática, ambos oferecem respostas diametralmente opostas para uma pergunta bem simples: é justo sacrificar uma vida para salvar um número maior de pessoas? Para Bentham, excluídas outras contingências, sim. Para Kant, absolutamente não.

Esta dicotomia foi muito bem representada pelo primeiro episódio da segunda temporada da série *The Walking Dead*, intitulado *What Lies Ahead*[37], exibido originalmente em outubro de 2011.

O pano de fundo da série se apoia em uma realidade fictícia, onde após a epidemia devastadora de uma doença desconhecida, o mundo todo foi tomado por zumbis – pessoas que morreram e cujos corpos sem vida vagam de maneira errante, em busca de algo para se alimentar. De modo geral, o roteiro não brilha por sua originalidade, visto que está repleto de clichês e lugares comuns: os zumbis só cessam suas atividades com a destruição total ou parcial do cérebro, exigindo que o alvo principal de tiros e golpes seja sempre a cabeça; os mortos-vivos também não se comunicam ou demonstram qualquer interatividade com o meio, limitando-se a emitir grunhidos e a fazer caretas, enquanto trombam com as coisas; são atraídos pelo barulho, por luzes; constituem a maior ameaça ao reduzidíssimo grupo de remanescentes que dia a dia luta por sua sobrevivência em meio a este cenário apocalíptico. Ou seja, nada de novo.

Como dito, todavia, o grande destaque da série reside nos conflitos e na construção das personagens, que fogem ao maniqueísmo usual que permeia os programas de televisão de hoje, revelando-se mais complexas e efetivamente humanas, ora agindo de acordo com suas paixões e por instinto, ora buscando seguir regras de ordem ética e moral, de acordo com suas convicções, que continuam a mudar constantemente, diante de cada novo desafio extremo.

No episódio em questão, o pequeno grupo de sobreviventes viaja em um carro e uma van, rumo a um destino incerto, na esperança de encontrar outras pessoas que, de alguma forma, tenham sido capazes de resistir até aquele ponto. Em determinado ponto, vêem seu progresso bloqueado por uma grande aglomeração de veículos abandonados na estrada, sem dúvidas por outros que, em seu desespero, decidiram seguir a pé a ordem de evacuação emanada pelo governo no início da epidemia. Impedidos de prosseguir, momentaneamente, o grupo decide

[37] *What Lies Ahead*. *The WalkingDead*, 2ª temporada, 1º episódio, São Paulo: FOX Brasil, televisionado no dia 18 de outubro de 2011, série de televisão.

aproveitar a oportunidade para buscar por comida, água, roupas e qualquer outra coisa que se mostrasse útil.

Uma grande manada de mortos-vivos (ou *walkers*, como são chamados na série) surge de repente, à distância, e depois de um brevíssimo diálogo, os sobreviventes constatam que seria impossível combatê-los ou fugir deles, razão pela qual passam a buscar abrigo sob os veículos abandonados. Carl e Sophia, as duas crianças do grupo, se escondem debaixo de um carro, mas alguns zumbis notam seus movimentos e tentam agarrar Sophia, forçando-a a deixar seu esconderijo e fugir, em uma carreira desabalada em direção a um bosque à margem da rodovia.

Rick, o líder do grupo, percebendo a ameaça à Sophia, em uma atitude impulsiva, também abandona seu refúgio e corre atrás dela e dos mortos-vivos que a perseguiam. Ele consegue alcançá-la antes dos zumbis, e por perceber que seria incapaz de lutar ou fugir com ela em seus braços, em seu desespero a esconde em um recuo na beira de um riacho, prometendo que voltaria mais tarde para buscá-la, enquanto corre para atrair os mortos-vivos para longe dela. Momentos depois, ao lograr êxito em despistá-los, Rick retorna para buscar Sophia, apenas para descobrir que ela já não se encontrava mais no local onde a havia deixado.

Daryl, um dos outros homens do grupo, passa a ajudar Rick na procura pela criança perdida, mas depois de algum tempo, ambos retornam à estrada, sem sucesso, onde são recepcionados pelos demais integrantes do grupo. Dentre eles, Carol, a mãe de Sophia, diante da notícia de que sua filha está desaparecida, assume um comportamento histérico e descontrolado, acusando Rick de ter perdido a garota, a despeito de seus esforços para encontrá-la.

Corroído pela culpa, Rick decide que o grupo não deve seguir viagem, até que a garota seja encontrada, e propõe a formação de uma equipe de busca que se dedique à tarefa. Depois de gastar horas sem nenhum resultado, ao insistir, ele é confrontado por Shane, que discorda da ideia, sob o argumento de que não faria o menor sentido arriscar a segurança de todas as pessoas do grupo, na tentativa de resgatar uma única criança, sem nem mesmo a certeza de que ela ainda estava viva.

É flagrante aqui a dicotomia de ideias, que de maneira singela porém profunda, propõe um contraste entre a visão kantiana e a filosofia utilitarista, aplicadas à resolução de um impasse prático. Novamente, a mesma questão vem a tona: é justo sacrificar uma vida em prol do interesse de uma coletividade de pessoas? A proposta inversa também revela a mesma

relevância: é justo colocar em risco as vidas de várias pessoas, em benefício de um só indivíduo?

Rick insiste que o grupo todo deve se arriscar na tentativa de salvar uma criança; Shane defende a não menos coerente ideia de que o interesse do grupo todo deveria se sobrepor ao interesse de uma só pessoa.

A escolha de personagens para materializar este embate é bastante significativa. Shane costumava ser o líder da equipe, até a chegada de Rick, que ocupa o seu lugar. A princípio, esta transição se dá de maneira natural, inclusive porque Rick e Shane eram melhores amigos e parceiros há anos – ambos trabalhavam como policiais, antes da epidemia. Contudo, a cada incidente atravessado pelo grupo, evidencia-se cada vez mais uma polarização entre os dois, inclusive diante do fato de que Shane havia tido um envolvimento amoroso secreto com Lori, a esposa de Rick.

Assim, a tensão latente que permeia as duas personagens é transportada ao conflito de ideias em análise, de maneira bastante apropriada, já que assim como no conflito entre Rick e Shane, onde nenhum dos dois é integralmente bom ou ruim – ambos simplesmente buscam defender aquilo que lhes parece mais justo, segundo sua própria ótica – também no contraste entre o utilitarismo de Bentham e o imperativo categórico de Kant, não há uma proposta certa e outra errada, mas simplesmente duas perspectivas diferentes de se lidar com uma mesma situação concreta.

É fato que Rick, ao sustentar que uma única vida posta em cheque seria o bastante para justificar o risco imposto a todos os demais integrantes do grupo, alinha-se à visão kantiana de que não se deve contabilizar as pessoas como números em uma equação. Para ele, várias pessoas não são mais importantes ou valiosas do que um único indivíduo, simplesmente porque não se pode medir o valor ou importância de alguém em uma escala quantitativa.

Para Rick, o instinto de sobrevivência que se exacerba neste novo contexto ameaçador deve encontrar limites, e um deles é o do respeito à dignidade de cada pessoa, compreendida como única e singular. Nem mesmo a incerteza acerca do paradeiro ou mesmo da segurança da criança desaparecida deveriam constituir obstáculos à continuidade das buscas por ela, quanto menos o argumento de que o interesse de outras pessoas do grupo poderia se ver violado pela iniciativa em curso.

Já Shane adota uma postura muito mais pragmática, e notadamente congruente com o utilitarismo de Bentham, ao mostrar-se favorável ao sacrifício da criança, em prol da segurança

e do bem-estar do restante do grupo. É flagrante sua pretensão, ainda que tácita, de "maximizar a utilidade", por meio de seu posicionamento.

Rick acaba por impor sua vontade, contando com a anuência a contragosto de Shane; todavia, a continuidade das buscas por Sophia não apenas revela-se infrutífera – a garota nunca seria encontrada com vida – como acaba por realmente culminar em um acidente que vitima Carl, coincidentemente filho de Rick, baleado por acidente em meio ao bosque. A cena do tiro que acerta Carl levando-o ao chão encerra o episódio, convidando o telespectador a refletir se Rick estava realmente correto, ou se Shane tinha razão.

Essa mesma linha de pensamento continuaria a marcar a postura de cada uma destas duas personagens. Rick constantemente se vê diante de decisões difíceis, muitas vezes envolvendo a vida e a morte, e geralmente se mostra mais propenso a agir impulsionado por suas próprias convicções, e não pelos resultados imediatos ou mediatos que decorreriam de suas decisões. Já Shane, nos episódios seguintes, segue agindo de acordo com aquelas finalidades por ele eleitas como dignas de prioridade, não se prendendo aos atos necessários para alcançá-las.

A postura utilitarista de Shane se torna ainda mais flagrante e evidente nos episódios subsequentes. Em certa oportunidade, ele atira na perna de um de seus companheiros e o abandona para servir de distração a um grupo de zumbis que os persegue, justificando sua atitude pelo argumento de que o sacrifício daquele deixado para trás viabilizara a manutenção não só de sua própria vida, mas também da de Carl, que aguardava pelos remédios e provisões que ele trazia consigo – duas vidas valem mais do que uma. Essa mesma defesa seria mais tarde oferecida de maneira enfática a Rick, que se recusaria a concordar com ela, condenando Shane, mesmo diante do fato de que a vida de seu próprio filho havia sido salva por aquela decisão.

O grande mérito da série, como dito, é fugir do clichê maniqueísta geralmente presente em programas do tipo; o enredo não oferece ao telespectador heróis nem vilões. As personagens são retratadas de maneira verossímil – uma boa contraposição ao contexto extremamente fantasioso e distante da realidade – na medida em que suas atitudes e decisões podem ser compreendidas como boas ou ruins, a depender do prisma por meio da qual são observadas. Rick e Shane não são essencialmente redutos de moralidade ou maldade, mas representam pessoas tentando sobreviver e garantir a sobrevivência daqueles que amam, a partir de duas leituras de mundo diferentes.

Esta resistência ao maniqueísmo e à construção de estereótipos é evidente, pois mesmo

as personagens que em geral são retratadas como essencialmente boas, por vezes, tomam decisões cujos resultados se revelam catastróficos; e aquelas personagens geralmente vinculadas a uma perspectiva negativa também desfrutam de momentos de redenção.

Basta que se olhe justamente para o desfecho do episódio narrado acima. A insistência de Rick quase causa a morte de seu próprio filho, e mais tarde o grupo descobriria que Sophia já estava perdida. Shane, portanto, aparentemente tinha razão em seus protestos, naquele caso concreto. O mesmo Shane que mais tarde assassinaria a sangue frio um de seus companheiros, para salvar a própria pele, seguindo a mesma linha de raciocínio.

CONCLUSÃO

Não há como saber ao certo se os escritores e roteiristas da série *The Walking Dead* promovem o constante debate entre visões e concepções filosóficas contrastantes acerca do conceito de Justiça, de maneira consciente e programada. É provável que não. De qualquer forma, ainda que as doutrinas exploradas acima se façam presentes neste e em outros programas de televisão apenas de forma acidental, isso as torna ainda mais dignas de estudo, visto que seus reflexos em filmes, séries, livros e outras formas de expressão cultural, como mecanismos visando permitir a conexão da audiência com o conteúdo criado, apenas reforçam sua relevância cotidiana.

O que mais chama a atenção disso tudo é a constatação de que em seu dia a dia, toda eq qualquer pessoa, mesmo a mais iletrada, ao se ver diante de uma decisão de maior ou menos importância, onde se vejam envolvidos os conceitos de certo e errado, fatalmente acaba por se alinhar, ainda que inconscientemente, a uma destas diversas correntes que buscam esmiuçar o que efetivamente reside por trás de cada impressão moral. O mundo, portanto, está repleto de utilitaristas que jamais ouviram falar em Jeremy Bentham, muito menos leram o que ele escreveu. Também são incontáveis aqueles que diariamente empregam alguma medida do imperativo categórico, sem nunca terem sequer folheado qualquer das obras de Kant.

Na série de televisão abordada, assim como na vida real, o que se nota, muitas vezes, é a dificuldade de cada um e de todos em manter uma coerência razoável em suas decisões: por vezes agimos por uma perspectiva utilitarista, pensando no bem estar da maioria em detrimento de uma minoria; em outros momentos, nos sentimos inclinados a agir segundo nossas

convicções racionais pré-estabelecidas, a despeito do resultado a ser produzido.

Esta mesma dicotomia se faz presente nos reflexos de cada uma destas correntes sobre o ordenamento jurídico em vigência. Mesmo a Constituição Federal da República Brasileira de 1988, nossa Carta Maior, quando vislumbrada por esta ótica, revela uma inconstância, na medida em que ora segue pela via kantiana, ora pela vereda utilitarista. Assim que a vedação radical à tortura ou a qualquer tipo de pena degradante[38], tendo por base nada menos do que a dignidade da pessoa humana, elegida como um dos fundamentos da república, demonstra acentuada influência de Kant: nada, absolutamente nada, justifica a imposição de tortura a alguém, independentemente de quem seja, ou de quais resultados possam ser obtidos por meio desta prática. Aliás, esta é a tônica por trás de toda a sistemática dos direitos e garantias individuais positivados pela Constituição Federal, que os coloca a salvo das intervenções do Estado, mesmo diante do interesse de maiorias.

Por outro lado, a primazia do interesse público sobre o privado, característica perene em praticamente todas as relações entre Estado e cidadão, aponta para a inequívoca influência utilitarista sobre o legislador, que parece reconhecer que, em geral, o bem-estar de muitos importa mais do que o de poucos ou de uma pessoa só.

Diante disso, a apurada compreensão dos motivos pelos quais agimos como agimos, decidimos como decidimos, deve nos levar à busca por uma integridade maior entre aquilo que pensamos e nossas convicções acerca do que é justiça, na teoria e na prática.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução: Luiz João Baraúna. 3ª edição, São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1984;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015;

KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, tradução para o inglês de H. J. Paton, Nova York: Harper Torchbooks;

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*, São Paulo: Ed. 70. Brasil, 2010;

SANDEL, Michael J. Justiça, *O Que É Fazer A Coisa Certa?*Tradução de Heloísa Matias e

[38] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, art. 5º, inc. III;

Maria Alice Máximo, 17ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2015;
What Lies Ahead. *The Walking Dead*, 2ª temporada, 1º episódio, São Paulo: FOX Brasil, televisionado no dia 18 de outubro de 2011, série de televisão.

“PONTE DOS ESPIÕES” E O DEVIDO PROCESSO JUSTO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Geraldo Rodrigues da Silva Neto[39]
Hugo Rafael Pires dos Santos[40]

RESUMO

O filme “Ponte dos Espiões” consagra o anseio de um advogado pela efetivação do texto constitucional de seu país, sobretudo, no que diz respeito ao devido processo legal. Neste sentido, o artigo busca analisar o devido processo legal, justo e adequado (englobado o princípio do contraditório) sob a ótica do Poder Judiciário brasileiro, especialmente em decorrência da vigência do Novo Código de Processo Civil. A interação, portanto, entre direito e cinema tende a engrandecer o debate. Com efeito, se verá nas próximas linhas que um fato verídico, ocorrido nos EUA durante a Guerra Fria, a bem da verdade ocorre ou pode ocorrer diuturna e corriqueiramente no Brasil.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Novo Código de Processo Civil. Princípio do Contraditório.

ABSTRACT

The film "Bridge of Spies" embodies the yearning of a lawyer for the realization of the Constitution of his country, especially with regard to due process (encompassed the adversarial principle). In this sense, the article seeks to analyze the due process, fair and appropriate from the perspective of the Brazilian courts, mainly due to the effect of the new Civil Procedure Code. The interaction therefore between law and film tends to magnify the debate. Indeed, we

[39] Especialista em Direito Civil/Processual Civil pelo PROJURIS/FIO (2015). Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO) – Ourinhos/SP. Advogado.

[40] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM (2016-2017); Especialista em Direito Civil/Processual Civil pelo PROJURIS/FIO (2015); Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO (2015); Graduado em Letras/Literatura pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2009); Advogado.

shall see in the next lines a true fact, occurred in the US during the Cold War, the good of truth occurs or may occur diurnal and routinely in Brazil.

Keywords: Due Process of Law. New Civil Procedure Code. Adversarial Principle.

INTRODUÇÃO

O filme "Ponte dos Espiões", de Steven Spielberg, tem como núcleo central da história a tentativa de um advogado em defender um espião russo nos EUA durante o ápice da Guerra Fria entre os dois países, na forma das leis e da Constituição norte-americana, numa corajosa conduta profissional de garantir a observância ao devido processo legal.

Neste sentido, analisando o filme a partir de uma visão jurídica, surge a ideia de escrever algo acerca da efetividade do princípio do contraditório e do devido processo justo, e não apenas legal, no âmbito da ordenação jurídica brasileira, especialmente sob os auspícios do Novo Código de Processo Civil.

Para tanto, necessário que se apresente primeiramente um breve resumo do filme em comento, a fim de possibilitar ao leitor a compreensão daquilo que se pretende debater no trabalho. Por conseguinte, discorrer-se-á sucintamente sobre a evolução, se assim se pode dizer, do devido processo legal ao devido processo justo, desde as seminais encontradas na Carta Magna do Rei João Sem-Terra até a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Apresentados o resumo do filme e a parte histórica do devido processo legal (englobado o contraditório pleno), será o momento de trazer à baila a questão problema do artigo, qual seja: o devido processo legal é realmente aplicado e observado no Brasil, com decisões judiciais devidamente fundamentadas e julgamentos monocráticos ou colegiados capazes de mudar o rumo da sentença/acórdão? Tal qual ocorrido no filme em análise, as garantias fundamentais do processo brasileiro não seriam, por vezes, mera abstração formal desprovida de substancialidade, materialidade? E por fim, delimitando ainda mais a matéria, uma última questão, e de cunho prospectivo, exsurge no presente artigo: o Poder Judiciário no Brasil conseguirá fundamentar suas decisões em consonância com aquilo que exige o legislador no Novo Código de Processo Civil?

A senda a ser seguida no trabalho foi toda proporcionada pelo filme em questão, daí por que se fala que uma pesquisa que almeje unir direito e cinema não pode simplesmente apresentar o resumo e se fechar nos aspectos jurídicos pretendidos. É preciso que se estabeleça uma verdadeira ponte entre esses dois mundos (direito e cinema), na busca de traçar hipóteses e possibilidades para que se enriqueça e fomente cada vez mais a pesquisa. O objetivo, portanto, é demonstrar que um fato verídico ocorrido nos EUA durante a Guerra Fria, conforme relatado por Steven Spielberg, a bem da verdade ocorre ou pode ocorrer diuturna e corriqueiramente no Brasil.

Delineados os rumos da pesquisa, o êxito do trabalho será alcançado através de pesquisa na bibliografia constitucionalista e processualista pátria e estrangeira, como forma de demonstrar a importância da observação ao contraditório pleno na busca pela efetiva e justa resposta de mérito; e a tomar por base as repercussões que o Novo Código de Processo Civil já vem provocando no País, é certo que haverá pesquisa em jornais, revistas, artigos disponibilizados em sites jurídicos, enunciados do Poder Judiciário e demais opiniões e críticas de juristas brasileiros.

1 RESUMO DO FILME "PONTE DOS ESPIÕES"

Estados Unidos da América, década de 1960, um contexto mundial ainda envolto ao medo e ao trauma causados pela 2ª Guerra Mundial. Findado o episódio do Holocausto, das bombas de Hiroshima e Nagasaki, as duas maiores potências do mundo à época se confrontam em um conflito de bastidores e diplomacias, a denominada Guerra Fria.

De um lado, os EUA se vangloriando por representar a verdadeira democracia capitalista, com um ideal de liberdade no ápice de sua Constituição; de outro norte, a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas declarando ao mundo a oposição à economia de mercado, defendendo a igualdade como pilar sustentador de uma sociedade justa.

Nesse emaranhado, um respeitado advogado de seguros James B. Donovan, interpretado por Tom Hanks, pai de família e com uma vida pacata na cidade de Nova Iorque, se vê diante de seu maior desafio quando é indicado pela Ordem dos Advogados a defender um espião russo infiltrado nos EUA. De imediato, Donovan destaca que há muito não fazia uma defesa criminal, dado que advogava para o setor de seguros, mas o que ele até então não sabia

era que a intenção do governo norte-americano era justamente apenas “fingir” um julgamento justo em favor do espião Rudolf Abel, interpretado por Mark Rylance.

De fato, em conversa pessoal com o juiz do caso, Donovan é informado que o julgamento já estava decidido, afinal um inimigo do país não poderia ter outra decisão senão a condenação, tampouco lhe caberia a aplicação efetiva das garantias estampadas na Constituição. O objetivo dos EUA era demonstrar ao mundo que mesmo um espião em solo norte-americano teria direito a um julgamento alinhado ao devido processo legal, conquanto nos bastidores o mencionado espião já estava condenado mesmo antes da prolação da sentença. Em contrapartida, o governo não esperava que o pacato advogado James B. Donovan fosse respeitar a Constituição e buscar a defesa plena de seu cliente.

Assim, em razão de o fato ter tomado grandes proporções midiáticas, e diante das indagações que as pessoas comuns começaram a fazer, sem entender porque o advogado estava empenhado em defender um espião russo, um inimigo do país, Donovan se entranhou em uma verdadeira seara de ódio perpetrada pelos norte-americanos contra si e sua família, com olhares indignados no metrô, tendo sofrido, inclusive, um atentado por aqueles que não entendiam a forma como conduzia o processo. Além disso, a própria família e os próprios colegas de escritório não compreendiam a razão de Donovan estar defendendo com empenho um inimigo público dos EUA.

A certa altura, um agente da CIA procura Donovan para saber das conversas confidenciais que o advogado teve com seu “cara”, como falavam à época, ou seja, com o cliente. Nesse momento, ante a recusa e a indignação de Donovan, o agente o informa que em casos tais, em que o interesse público se sobrepunha ao inimigo, não era lógico nem necessário seguir um mero “livrinho de regras”, ao que imediatamente o advogado rebate com convicção que era justamente esse livro de regras (a Constituição) que tornava alemães, ingleses, irlandeses e demais povos iguais em solo americano.

Merece transcrição esse trecho do filme: “Sabe o que faz de nós americanos? Só uma coisa: uma, uma, uma — o livro de regras. Chamamos a isso de Constituição. Concordamos com as regras e é isso que nos faz americanos”.

É bem de ver que a emenda V da Constituição dos EUA garante que ninguém, em território norte-americano, será privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal. Na mesma esteira, e em consonância com aquilo que esposado pelo advogado Donovan para o agente da CIA, a emenda XIV, seção I, determina que:

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (EUA, *on-line*).

Logo, Donovan estava dizendo ao país inteiro que o que mais causava medo e repugnância não era exatamente a presença de um inimigo russo, mas a inobservância e o desrespeito ao devido processo legal, e por via de consequência a não observância às normas e garantias constitucionais, porquanto não bastava apenas a mera previsão formal no texto, e sim a eficácia plena e substancial daquilo que o próprio povo havia conquistado a árduas lutas e batalhas: a limitação do poder.

No Brasil, o artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, repete a mesma garantia ao homem, quando informa que todos são iguais perante a lei, sem quaisquer distinções. Outrossim, o inciso LIV do mesmo artigo garante que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Resta criar uma ponte do filme para a realidade, da realidade de um tempo superado nos EUA (Guerra Fria), para a realidade de um Brasil sem guerras declaradas atualmente, sem inimigos públicos do Estado (russos, comunistas ou de qualquer credo ou origem), a fim de questionar se o devido processo legal é realmente observado no cotidiano dos fóruns e tribunais brasileiros.

Somente para finalizar o resumo do filme, e sem a tola pretensão de adiantar o final da história, cumpre mencionar que o advogado Donovan continuou sua luta em defesa do seu cliente e, sobretudo, em defesa da Constituição dos EUA, de tal sorte que indagado por seu filho se ele era comunista, Donovan responde categoricamente que estava apenas fazendo seu trabalho.

2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

A doutrina há muito informa que a origem do devido processo legal remonta à Carta

Magna do Rei João Sem-Terra de 1215, na Inglaterra, de tal sorte que já naquela época se buscava a limitação do poder arbitrário do rei, a partir da necessária observância às regras para que se pudesse impedir abusos contra o homem, bem assim garantir a liberdade e a igualdade dos indivíduos, muito embora em um primeiro momento tais regras serem respeitadas apenas em relação aos nobres, consoante se averigua do artigo 39 da Carta:

> Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra (MAGNA, 1215).

Gilmar Ferreira Mendes escreve que:

> Em sua origem histórica, a ideia de *devido processo* (*due process*) está associada à proteção da *liberdade* e, dessa forma, à noção de *legalidade* (...). Qualquer restrição à liberdade – assim entendida como esfera pessoal de liberdade que compreende a propriedade – somente pode ser realizada mediante processo e julgamento previamente definidos em lei (2013, p. 429).

Sendo assim, o devido processo surgiu com o fito de proteger somente a nobreza, de modo que não tinha ainda ligação com outros princípios processuais, tais como isonomia, cooperação, instrumentalidade etc., cujo objetivo principal era limitar o poder do rei João Sem-Terra que, após a morte de seu irmão, deu início a uma leva de golpes contra o povo e a nobreza, aumentando o valor dos impostos de forma arbitrária e tomando para si a propriedade dos seus governados, razão pela qual a sociedade cobrou do governante que fossem criadas formas de se respeitar a liberdade (tanto corporal quanto patrimonial), o que se daria por meio do devido processo, mitigando, pois, a arbitrariedade do rei (COSTA, 2001).

Releva mencionar que, muito embora a Carta Magna se lastreasse no princípio da legalidade, porque estipulava normas a serem obedecidas pelo rei tirano, "tais mandamentos, entre outros, não eram respeitados pelo poder monárquico, que só aos poucos, com o crescimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, foi cedendo às imposições democráticas" (SILVA, 2012, p. 153).

Contudo, é de se reconhecer que o devido processo legal e a demonstração de que o poder do rei deveria ser limitado, representam mesmo uma das maiores contribuições da Idade Média para a sociedade moderna constitucionalizada (TAVARES, 2003, p. 9).

Com a chegada dos ingleses aos EUA, o devido processo legal começa a se estender a

todos os cidadãos, pobres ou nobres, garantindo o acesso a um julgamento justo e baseado em lei prévia, o que foi conquistado através das Emendas V e XIV, inseridas na Constituição Americana de 1787 no final do século XVIII e início do século XIX, respectivamente.

No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes destaca que:

> Embora decorra do próprio sistema constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais, o *devido processo legal* foi expressamente positivado no inciso LIV do art. 5º da Constituição do Brasil de 1988. A explicação textual de algo que já estava implícito nas ordens constitucionais pretéritas, portanto, constitui uma inovação do constituinte de 1988 em relação às constituições anteriores (art. 179, XI, da Constituição de 1824; art. 72, § 15, da Constituição de 1891/ art. 102, § 8º, da Constituição de 1934; art. 141, § 27, da Constituição de 1946) (2013, p. 429).

Com efeito, o constituinte de 1988 preocupou-se em insculpir no Texto Constitucional a previsão do devido processo legal, isso porque a sociedade brasileira saía àquela época de um longo período ditatorial no País, de modo que a Constituição de 1988, reconhecidamente democrática, representa um marco na história do Brasil, porquanto traz diversas normas de cunho estritamente fundamental à pessoa humana.

De fato, a Constituição Federal de 1988 tem como epicentro o princípio da dignidade da pessoa humana, de sorte que tal princípio, aliado ao devido processo legal, "cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo" (MENDES, 2013, p. 430). Diante disso, o processo é mais do que um procedimento previsto em lei, mas um instrumento a serviço da Justiça, consentâneo de uma sociedade livre e democrática.

Neste sentido, colaciona-se novamente a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

> O devido processo não é apenas o processo legal, mas o processo legal, justo e adequado. Por isso, a cláusula constitucional do devido processo não exige apenas um processo previamente estabelecido em lei; ela vincula a própria atividade legislativa na feitura do processo justo, o qual pode ser entendido como um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia efetiva dos direitos e liberdades básicas dos indivíduos (2013, p. 430).

É preciso que o próprio legislador obedeça ao processo legislativo, como também é preciso que os atores do Direito se preocupem em buscar respostas de mérito que sejam justas, porque a sociedade espera que o processo seja, além de instrumento, justo na medida em que seja capaz de proporcionar decisões que efetivamente decorram da análise amiúde do direito material posto em juízo.

Apesar de não ser possível delimitar de forma abstrata o que vem a ser o devido processo justo, a doutrina processualista informa um perfil mínimo para a sua consecução, e para tanto deve estar lastreado na cooperação entre as partes e o juiz (6º do NCPC), na igualdade entre todos os sujeitos processuais (arts. 5º, incisos I e LV, da CF/1988 e 7º, 9º e 10, do NCPC), no acesso fácil ao Poder Judiciário e na eficácia do processo (arts. 5º, inciso XXXV, CF/1988, e 3º do NCPC), na ampla defesa (arts. 93, inciso IX, da CF/1988, e 11 e 489 do NCPC), na publicidade (arts. 5º, inciso LX, 93, inciso IX, da CF/1988 e 11 e 189 do NCPC) e lastreado na duração razoável do processo (arts. 5º, LXXVIII, da CF/1988 e 4º e 6º do NCPC), de modo que somente em consonância a tais regras e princípios estar-se-á diante de um processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 491).

Há, portanto, uma preocupação sadia com a qualidade da decisão e não apenas com o alcance de qualquer decisão judicial. Nesse aspecto, as inúmeras previsões legais albergadas pelo Novo Código de Processo Civil visam trazer as partes efetivamente para dentro do processo, para os bastidores da decisão, a fim de garantir e proporcionar melhores decisões de mérito. Diante disso, especialmente a vedação à decisão-supresa, aliada aos demais princípios, representa um novo horizonte às relações processuais no País, na busca ao processo justo.

Ademais, a regra do artigo 489, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, informa procedimentos que deverão ser observados pelo juiz no momento de proferir a decisão judicial, tanto de natureza interlocutória quanto a própria sentença ou acórdão. Com efeito, determina o mencionado dispositivo:

> Art. 489 (...). § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De grande relevância a regra supratranscrita, dado que está diretamente ligada ao devido processo justo, porque informa uma concepção diferenciada e mais refinada do processo, de tal maneira que já não basta mais que o devido processo legal ou justo sirva apenas

à limitação do poder estatal, como também não basta que apenas observe a lei. É preciso mais. É preciso que haja qualidade nas decisões de mérito, o que será tanto mais alcançada à medida que os juízes se atentarem ao mandamento constitucional (agora minuciosamente estampado no código adjetivo) da necessidade de fundamentação das decisões, o que certamente não mudará em um passe de mágica, pois demandará tempo e uma sólida construção doutrinária e acadêmica capaz de modificar o entendimento arcaico e autoritário de um número expressivo de juízes e demais operadores do Direito.

3 SEMELHANÇAS DO FILME COM A APLICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: O PROBLEMA DO DEVIDO PROCESSO JUSTO

O devido processo legal, portanto, percorreu um longo caminho até a Carta Fundamental de 1988, refletindo todo um processo histórico ao qual foi submetido, sofrendo influências monárquicas, absolutistas e democráticas. A busca por uma decisão justa está compreendida na eficácia do processo, garantindo às partes o contraditório e a ampla defesa, a fim de que o julgador, ao proferir o seu convencimento, esteja convicto do direito a ser tutelado. Essa é a essência da justiça no processo judicial.

Neste esteio, segundo Paulo Hamilton Siqueira Jr. (2012, p. 94):

> No Estado Democrático de Direito o processo tem por objetivo a garantia dos direitos sociais como o mínimo de sacrifício da liberdade individual. Esse pressuposto surge do respeito aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional de 1988, como, por exemplo, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa etc.

Contudo, o devido processo não deve ser observado apenas sob seu aspecto formal, referente aos atos processuais, ele, sobretudo, deve ser analisado sob a ótica do direito material propriamente dito. Ao intérprete cabe extrair da norma jurídica a sua real finalidade, para que produza efetiva e eficazmente os seus efeitos jurídicos. O novo código processualista, ainda que implicitamente, por meio de seu artigo 489, anseia por resguardar o devido processo material.

Para Flávia Bahia (2015, p. 189):

> Do sentido material do devido processo legal nasce o princípio da

> razoabilidade, pelo qual o intérprete deve procurar buscar a aplicação da norma fundado no bom senso, no equilíbrio presente, na inteligência do homem comum, somente sacrificando um direito quando for a única forma de salvaguardar um bem maior.

Entretanto, em que pese sua imperiosidade, no Brasil, em alguns casos específicos, é possível questionar a aplicação do devido processo legal, tal como demonstrado no filme em comento. Afinal, é comum se deparar com decisões judiciais (sejam elas interlocutórias, sentença ou acórdão) vagas, sem uma contundente fundamentação, ou, com decisões embasadas em um único meio de prova. Sob o aspecto formal, o que se dizer das causas onde exista o clamor social?

Neste sentido é possível destacar, por exemplo, o exame de DNA, que tornou o judiciário mero homologador de laudos médicos. Inquestionável a precisão de referido laudo, mas a partir do momento que se tem um resultado, positivo ou não, o devido processo legal se torna apenas um detalhe. Outro exemplo é o laudo médico advindo de perícias judiciais. Nestes casos, pouco importa o caso concreto, ou os resultados que se possam esperar dele.

Em relação ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, Rafael De Lazari (GIORGIS apud. LAZARI, 2013, p. 328) pondera que:

> Não se pode reduzir a ação em mera aprovação de teste de laboratório, sendo imprescindível outros elementos para construir a persuasão racional, pois o exame pelo DNA, embora relevante e suficiente para convalidar outras suspeitas sobre a paternidade, não é prova infalível nem incontestável, sob pena de tornar a Judiciário uma secção homologatória dos gabinetes genéticos.

Por outro enfoque, imagine-se um senhor com idade avançada, acometido por várias doenças, que pleiteia judicialmente, após negativa do órgão administrativo, aposentadoria por invalidez. Diante de um laudo médico desfavorável, indicando que as doenças são provenientes da idade, pouco importará se o autor é idoso, que esteja acometido por doença, ainda que seja aquela referente à idade, ou que jamais conseguirá se readequar ao mercado do trabalho, a sentença tende a ser prejudicada.

Ou ainda, no tocante às audiências de instrução na Justiça do Trabalho, importa destacar a conduta dos juízes, verdadeiros “indeferidores” de perguntas, que acabam restringindo, descomedidamente, a atuação do advogado. Ora, não há, aí, mais um exemplo de limitação ao processo justo?

Outrossim, concernente ao processo penal, é de bom alvitre questionar a interceptação

telefônica. Predito ato que, em tese, deveria ser invocado excepcionalmente, uma vez que viola a intimidade alheia, princípio resguardado pela Constituição Federal vigente, tem-se tornado um meio "simples" de prova, sendo deferida em casos inapropriados, ou onde o conteúdo probatório já é suficiente para o deslinde da causa, contrariando, inclusive, a própria Lei nº 9.296/96. Ou seja, tem-se, nitidamente, a obtenção de uma prova ilícita, transgressora do devido processo legal.

Sobre a prova ilícita, segundo as lições de Renato Brasileiro de Lima:

> (...) em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo (2011, p. 883).

A influência do clamor social também esfacela o devido processo legal, ou é possível imaginar outra sentença a um acusado de homicídio, cujo crime tenha ganhado repercussão social, que não a sua condenação? A mídia, de um modo geral, também contribui, em demasia, para o esfacelamento. Não está se afirmando que em casos como este o acusado seja inocente, mas não há dúvidas de que o devido processo legal, justo e adequado, nas palavras de Gilmar Mendes, invariavelmente, comece "envenenado".

Na opinião de Ulisses Cesar Martins de Souza (2016, p. 2):

> As normas que regem o processo penal foram editadas em beneficio de todos. Servem para proteger culpados e inocentes. São limites ao poder punitivo do Estado, que não pode tudo no combate ao crime. É preocupante a troca de funções hoje existente: a imprensa passou a julgar e a Justiça a exercer o papel de sua informante. Já existem pessoas avaliando a culpa dos acusados com base em pesquisa de opinião pública. Uma loucura completa.

Os fatores externos ao processo, como a opinião pública e a imprensa não se limitam ao processo penal. Eles afetam amplamente o Poder Judiciário.

Portanto, em observância aos exemplos supracitados, além de outros que se podem extrair do atual cenário jurídico brasileiro, é possível afirmar que o devido processo legal não é efetivamente aplicado e observado no Brasil, tanto formal quanto materialmente. As garantias

fundamentais do processo brasileiro, hoje, não raras vezes tornam-se mera abstração formal, desprovida de concretude.

O mero formalismo é o que caracteriza o devido processo legal em *terras brasilis*, assim como no filme "Ponte dos Espiões", afinal, em que pese à existência de uma legislação garantidora, com forte influência dos princípios fundamentais, tal como a dignidade da pessoa humana, "responsável" por constitucionalizar o ordenamento jurídico vigente, o devido processo, na prática, não alcança sua real finalidade. Assim, apesar das imposições legais, materialmente, aquilo que deveria ser um processo justo, acaba sendo, por vezes, injusto.

Aliás, no tocante à constitucionalização do direito, o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 1º, traz expressamente que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil".

Segundo Flávio Tartuce (2015, p. 11):

> Por esse preceito, todos os institutos processuais devem ser analisados de acordo com a Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais nelas consagrados. O comando segue a linha de constitucionalização dos ramos jurídicos, como ocorreu com o Direito Civil Constitucional. Emerge, agora textualmente, o Direito Processual Civil Constitucional.

O Poder Judiciário, no entanto, será capaz de caminhar em sentido oposto, para que o devido processo legal seja, realmente e em todos os casos, respeitado? Espera-se que sim, e a solução talvez esteja no Novo Código de Processo Civil e nos seus princípios norteadores. Todavia, conseguirão os juízes, monocráticos e colegiados, agir e fundamentar suas decisões com aquilo que exige o legislador no novo C*ódex* processualista? O Estado protegerá a concretude do texto legal, ou apenas exigirá o seu cumprimento formal?

O Novo Código de Processo Civil, claramente busca aproximar as partes do processo, principalmente, por meio do diálogo. Os artigos expressos como normas fundamentais (arts. 1º a 12 do CPC/15) demonstram a preocupação do legislador com o processo judicial, onde as partes, movidas pelo princípio da cooperação (art. 6º), buscarão uma solução justa para a demanda. Essas normas fundamentais, entre outros artigos espalhados pelo Código, como, por exemplo, os artigos 190, 926 e 927, estão inseridos no contexto do devido processo justo.

Ainda, consoante Flávio Tartuce, ao abordar a igualdade substancial, assevera que:

> No Código de Processo Civil de 2015, a paridade de armas entre as partes

> acaba concretizando essa isonomia, estabelecendo o seu novo art. 9º que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, como regra. Ademais, é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º CPC/2015). Eis uma clara valorização do contraditório constitucional, igualmente especializando a igualdade substancial entre os componentes da demanda (2015, p. 16).

Entretanto, o artigo a ser explorado é o 489, que, conforme ilustrado nas linhas supra, versa sobre os elementos essenciais da sentença. Referido artigo de lei, contudo, não se limita apenas a apontar requisitos, sistematicamente ele busca executar o devido processo justo, principalmente sobre seu viés material.

Não cabe ao juiz apenas decidir, ele deverá decidir e convencer. Suas fundamentações deverão ser homogêneas, não se limitando apenas a mencionar artigos de lei ou jurisprudência. As decisões deverão refletir a real solução ao caso concreto, invocando motivos condizentes com a legislação hodierna. Os conceitos vagos e as nomenclaturas indeterminadas deverão ser explicados, a fim de que as partes tenham total clareza da sentença.

No tocante ao artigo 489 do NCPC, Ada Pellegrini Grinover, em entrevista à Revista Eletrônica Consultor Jurídico, foi enfática:

> A justiça tem que ser distribuída *ex parte populi* e não *ex parte judicis*. (...). Uma boa fundamentação é essencial para as partes e para a garantia política da motivação. Em muitos casos, a fundamentação do juiz é absolutamente insuficiente (2015, p. 2).

Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 2), à mesma entrevista, acrescentou:

> Não se pode conviver com falsas fundamentações (do tipo "ausentes os requisitos, indefiro") que nada dizem e são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Além disso, um sistema de precedentes que se leva a sério exige o confronto analítico entre os fatos e fundamentos determinantes do caso anterior e os do caso em julgamento.

Desta forma, observa-se que muitas são as particularidades insertas no texto legal, que, se forem deveras cumpridas, poderão reestruturar o devido processo legal no Brasil.

O que se propõe a debater é a forma com que o Novo Código de Processo Civil será recebido pelo Poder Judiciário, precipuamente, o artigo 489. É certo que os juízes terão que analisar o processo de outra forma. O processo deverá ser, acima de tudo, transparente às partes.

O juízo de valor, além de seguir os ditames legais, deverá ser concludente, persuasivo.

É possível exercer essa tarefa!

No entanto, não se imagina que, a princípio, alguns artigos do Novo Código de Processo Civil serão, verdadeiramente, cumpridos. Excetuando-se aqueles artigos que tratam dos atos processuais, como a contagem de prazo, por exemplo, os artigos atinentes ao real desenrolar do processo e à busca do direito guerreado será, por enquanto, esquecido pelo formalismo. Ou seja, aparentemente, as coisas continuarão como estavam, mas, acredita-se, elas tenderão a mudar.

Passado o período de adaptação ao novo Código, os operadores do direito deverão atuar como verdadeiros "Donovans" e exigir o efetivo cumprimento da lei nova. Será preciso invadir a zona de conforto dos membros do Poder Judiciário, pois, desta forma, o devido processo legal poderá recuperar sua eficácia. Com efeito, a advocacia, mais do que nunca, terá um papel determinante.

Assim, ainda que demande algum tempo, há esperança no horizonte jurídico estabelecido no Brasil. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil é possível enxergar um renascimento do efetivo processo justo, legal e adequado. Aos juízes caberá absorver o novo mandamento processualista e torná-lo eficaz. Aos advogados e demais operadores do direito recaem a incumbência de lutar pelo devido processo legal, exigindo do Poder Judiciário aquilo que o alicerça, ou seja, justiça!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Talvez não exista outro filme capaz de traçar um paralelo com o atual cenário jurídico brasileiro, consubstanciado em um "processo justo", que não "Ponte dos Espiões". Absolutamente, essa não era a intenção de Steven Spielberg, mas, fosse outro o contexto histórico, seria possível indagar se o filme representa uma sátira à efetividade do devido processo legal em terras *tupiniquins*.

É cediço, não há efetividade! Pelo menos, por enquanto.

O devido processo legal, marcado historicamente, segundo a doutrina, pela Constituição do Rei João Sem-Terra, teve como marco evolutivo a limitação do poder arbitrário

do rei. Era necessário observar as regras para que os abusos contra o homem pudessem ser impedidos. Havia, portanto, uma clara preocupação com a sua liberdade.

Isso há séculos de existência. Hoje, o constituinte de 1988 preocupou-se em insculpir no texto constitucional o devido processo legal. Almeja-se garantir às partes que compõem o processo todos os meios legais para a solução do litígio. Essa, em apertada síntese, é a tônica do devido processo justo.

O problema repousa, justamente, sobre a sua eficácia. Hodiernamente, é possível afirmar que em muitas demandas judiciais o devido processo legal, a bem da verdade, é ignorado.

E não basta que apenas se atenha à legalidade do devido processo, porque, além de legal, deve ser justo e adequado. Embora não se tenha ao certo um conceito concreto do que seja o devido processo justo, a sua compreensão apresenta-se, de certa forma, simples. Justo, porque deve conceder às partes as reais possibilidades de exercerem o contraditório e a ampla defesa. Não somente sob o aspecto formal, procedimental do processo, mas, sobretudo, sob o seu aspecto material.

Cabe aos juízes, independentemente de qual Comarca ou Tribunais que ocupem, zelar para que a norma legal seja, realmente, cumprida. Não se preza por um positivismo exorbitante, pelo contrário, preza-se para que o julgador extraia da norma a sua real essência, a sua real interpretação. Isso representa o devido processo justo.

Neste sentido, o Novo Código de Processo Civil trouxe em alguns de seus artigos, ainda que implicitamente, a observância ao devido processo legal, com elementos essenciais às decisões judiciais, sejam elas sentenças, decisões interlocutórias ou acórdãos. Quiçá os juízes e também demais protagonistas do direito serão incapazes, a princípio, de lidar com tantas exigências legais, mas é certo que, passado o tempo de adaptação ao novo código processualista, há esperança de que as coisas “saiam do eixo”, ou, apenas voltem para lugar correto.

Há, portanto, uma real possibilidade de se reestruturar o devido processo legal, a fim de que ele volte a ser (imagina-se que um dia foi...) efetivo. Para isso, mais que uma legislação nova é preciso mobilização dos operadores do direito, sejam eles acadêmicos, professores, doutrinadores. É preciso, principalmente, uma posição atuante por parte dos juízes e advogados.

Afinal de contas, a luta pelo devido processo legal não causará reflexos apenas e tão somente no Poder Judiciário, como também será capaz de devolver ao País o ideal de justiça,

que, nos dias atuais, beira ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flavia. *Coleção descomplicando: Direito Constitucional*. 2. ed. Recife: Armador, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. 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 >. Acesso em: 21 abr. 2016.

COSTA, Luciana Silva. *Due Process of Law e Jurisdição Constitucional no Estado de Direito Democrático. In:*Estudos Continuados de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 267-280.

EUA. *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. *Versão* traduzida. Disponível em: <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em: 22 abr. 2016.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reflexões sobre a "presunção negativa de filiação": O lado obscuro do parágrafo único, do art. 2º A, da lei nº 8.560/92, e suas implicações nos direitos da personalidade.* In: FRÓES, Carla Baggio Laperuta; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; TOLEDO, Iara Rodrigues de. *Estudos acerca da efetividade dos direitos da personalidade no Direito das famílias: Construção do saber jurídico & Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.

MAGNA, 1215. *Carta Magna do Rei João Sem-Terra.* Disponível em: <http://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal/>. Acesso em: 21 abr. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil.* v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentário ao artigo 5º, LIV.* In: CANOTILHO, J.J. Gomes;

_____; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUSA, Ulisses César Martins de. *Não é a má utilização do processo penal que fará o Brasil melhorar*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-23/nao-ma-utilizacao-processo-penal-brasil-melhorar >. Acesso em: 25 abr. 2016.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: GEN, 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.*

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. *Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 25 abr. 2016.

DO AFETO NA RELAÇÃO FAMILIAR – ANÁLISE DA IMPORTANCIA DO AFETO COMO BEM JURÍDICO A SER TUTELADO – FILME "LILO & STICH"

Alessandra Renata Rasquel Noronha[41]

Maiara Santana Zerbini[42]

RESUMO

O presente estudo visa entender qual a importância do afeto nas relações familiares, bem como a valorização desse elemento como formação de parentesco e ainda a constituição de família. A evolução da família e seu conceito diante das mudanças ocorridas na sociedade. Também, expõem-se alguns princípios que integram o Direito de Família e que em muito contribuem para um novo conceito de família. Será comparado este tema com o filme "Lilo & Stich", já que há grande presença do afeto e de novos conceitos familiares no contexto do filme. Tal filme busca demonstrar que a família é o bem maior, que independe da relação consanguínea, o afeto é parte integrante do conceito de família. Neste sentido, tem-se como maior enfoque o afeto, suas consequências sociais e sua integração no conceito de família, apontando-se consequências de sua ausência e um novo conceito de parentesco em face da jurisprudência.

Palavras- chave: Afetividade parental. Família. Falta mais uma palavra.

ABSTRACT

This study aims to understand how important affection in family relationships , as well as the appreciation of this element as kinship training and still having a family . The evolution of the family and its concept in the face of changes in society . Also expose some principles that are part of the Family Law and which greatly contribute to a new concept of family. It will be compared this issue with the film " Lilo & Stich " , because there is a presence of affection and new concepts familiar in the context of the film. This film seeks to show that the family is the

[41] Advogada. Bacharel em Direito Pelo UNIVEM – Marília/SP. E-mail: arrnoronha@hotmail.com

[42]Advogada. Bacharel em Direito Pelo UNIVEM – Marília/SP. Pós-Graduada Pela UEL/PR – Londrina/PR. E-mail: maiaraszsantana@gmail.com

greatest good , which is independent of the blood relationship , affection is part of the family concept . In this sense , we have to focus more affection, its social consequences and its integration in the concept of family, pointing to the consequences of their absence and a new concept of kinship in the face of jurisprudence.

Keywords: Parental affection. Family. Falta mais uma palavra.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o sentimento de afeto tem se tornado objeto de inúmeras discussões no âmbito do Direito de Família. Recentes decisões têm trazido à tona questões polêmicas que envolvem o dever dos pais em acompanhar os filhos no seu desenvolvimento e vida psicológica.

A família consiste no conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, estendendo sua eficácia de forma ampla ou restrita, de acordo com as legislações, possuindo importância em razão de regular as relações existentes dos diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens. Trata-se de uma relevância que não se deve questionar, possuindo importância social, ética e histórica.

Comparado ao próprio Direito de Família, o filme a ser analisado"Lilo&Stich" , traz um conceito memorável de família, revelando que alguém totalmente desconhecido e sem qualquer vínculo sanguíneo, pode integrar uma família, demonstrando-se assim, um novo conceito de família baseada, principalmente, no afeto.

Há que se considerar que o afeto relaciona-se às questões que envolvem os sentimentos reproduzidos de carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida. Trata-se de um estado psicológico, onde por meio dele contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa, onde a afetividade se aproxima da ideia de contato humano, sendo importante no desenvolvimento humano, razão pela qual se mostra como sendo um direito tanto dos filhos, como também dos pais.

Diante disso, a problemática central do trabalho baseia-se nos seguintes questionamentos: qual o papel do *afeto* nas relações familiares? E como o afeto pode influenciar novos conceitos de família? É certo que o objetivo central do presente estudo é tratar do entendimento conceitual do que é o *afeto no direito de família* e seu impacto e importância nas

relações familiares, a fim de apontar para a nova realidade do direito de família. O método de investigação adotado é o dedutivo, valendo-se o trabalho de comparações bibliográficas e análises de artigos e jurisprudências.

1 CONCEITO DE DIREITO DEFAMÍLIA

O conceito de família foi se amoldando conforme a evolução ocorrida em toda a sociedade. Primeiramente, necessário se faz apontar o conceito de família. Em sentido lato, a hermenêutica jurídica tem se posicionado no sentido de que a família é todos aqueles que descenderem de um ancestral comum e em sentido estrito consideram apenas pais e filhos.

> Fa.mí.li:a sf. 1. Pessoas aparentadas que vivem, ger., na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Pessoas do mesmo sangue. 3. Origem, ascendência. 4. Art. Gráf. O conjunto de caracteres ou dos tipos com o mesmo desenho básico. 5. Biol. Reunião de gêneros [v. gênero (5)]. Família elementar ou família nuclear. Antrop. A que é constituiída pelo casal e seus filhos (FERREIRA, 2004, p.396).

Na antiguidade, e com base nas leis vigentes na época, como o Código Civil de 1916, nota-se que as famílias se iniciavam por meio de casamento religioso, que se parecia com contratos particulares entre as famílias dos cônjuges, já que os próprios cônjuges não possuíam qualquer autonomia diante da escolha, sendo o homem "chefe de família" e o casamento o único meio de formação de uma família.

Esclarece-se que as uniões que não eram formadas pelo casamento, não eram aparadas pela lei vigente. E ainda, não existia o divórcio, vez que o casamento era considerado indissolúvel, por força da Constituição. Neste sentido, explica o professor Silvio Rodrigues (2002, p.10):

> O primeiro desses fatores era o recurso ao casamento religioso, com exclusão do civil. A despeito dos esforços do legislador, numerosíssimos eram os casais, principalmente nos centros mais atrasados deste país, que de boa-fé uniam somente pelo casamento religioso, sem o fazerem civilmente. Tais uniões, aos olhos da lei, eram meros concubinatos. É verdade que o legislador constitucional, ao depois, os qualificou de entidades familiares.
> O segundo fator, esse felizmente ultrapassado, era a inexistência do divórcio a vínculo, no Brasil. Até 1977 o casamento, neste país, era indissolúvel, por força de um dispositivo constitucional. Assim sendo, parece inegável que a indissolubilidade do casamento constituía elemento que contribuía para a difusão do concubinato, pois pessoas separadas de corpos, ou desquitadas,

> ainda no esplendor da juventude, não raro procuravam outra união duradoura. Como a lei lhes barrava o caminho do novo casamento, essa ligação se cimentava fora da lei.

Com o decorrer do tempo e a necessidade de adaptação e modernização, tornou-se necessário uma independência jurídica, para que o Direito brasileiro se adaptasse ao seu povo, entrando, portanto, em vigência o Código Civil de 1916.

Mesmo com a vigência do referido Código, não ocorreram mudanças relevantes sobre o conceito de família, vez que ainda continuavam regidas pelo pátrio poder, ou seja, o homem era considerado o "chefe da família", estando a mulher e seus filhos em grau de inferioridade e submissos a este. As relações extraconjugais também não foram ali consideradas, nem tão pouco os filhos havidos fora do casamento, mesmo que tais relações, embora socialmente, ocorressem de fato.

Em relação ao Código Civil de 1916, VENOSA (VENOSA, 2011,p.6)diz:

> Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontra-se nessa situação. Era um código tecnicamente muito bem feito, mas nascera socialmente defasado.

Em razão dessa necessidade de adequação da lei para com a sociedade, surge em 1988 a promulgação da Constituição Federal, a qual apresentou uma nova ordem de valores.

Segundo VENOSA (2011, p.7) "A Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas do direito de família".

Entendeu o ser humano em sua essência, em sua dignidade, liberdade e respeito, não existindo distinção entre homem e mulher, trazendo assim, a igualdade entre os indivíduos independente da identidade de gênero; liberdades e proteção às mulheres; reconhecimento de união estável; igualdade entre os filhos.

Definição do ilustre Clóvis Beviláqua (1976, p. 16):

> No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênise.

É notório que o conceito de família evoluiu de forma natural em relação aos costumes

de toda a sociedade, sendo certo que família não mais se constitui apenas através do casamento, como também faz-se presente a união estável e a família monoparental, por exemplo.

Nesse sentido, a ideia central de família se baseia no entendimento de reunião de pessoas que se ligam mediante uma particularidade, seja por uma linha de ascendência ou até mesmo por afetividade.

O Estado protege a família, uma vez que esta desenvolve papel fundamental para a formação de uma sociedade organizada.

Neste sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias (2009, p. 141):

> [...] Exime-se o poder público de seus deveres sociais, delegando-os à família, sem garantir ou repassar recursos para o desempenho desses misteres. Inconscientemente, o constituinte vale-se da ideologia da família para, assim, desonerar o Estado – ou pelo menos compartir o ônus – de certas funções públicas e deveres sociais, para cujo desempenho e adimplemento a grande maioria das famílias brasileiras não tem recursos econômicos, nem outras condições.

Uma das principais características do Direito de Família é o seu caráter personalíssimo, esses direitos são irrenunciáveis, intransferíveis e intransmissíveis por herança.

O Direito de Família possui um caráter relevante no ordenamento jurídico vigente, vez que se interliga com outros ramos do direito e regulamenta relações, sendo certo que a importância do seu estudo reside na necessidade de regular as relações existentes de diversos membros e as influências que exercem sobre pessoas e também bens, sua relevância inquestionável social, ética e histórica diferencial o direito de família dos demais ramos do direito. (LEITE, 2012).

Já em relação a importância da família, é nítido que trata-se de parte fundamental da sociedade, devendo ser protegida pelo Estado, uma vez que existe grandes interferências nos fatos sociais, econômicos e culturais de toda a sociedade.

> (...) a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto é considerada, aparece a família como instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2011, p.17).

A família não é uma entidade estática, as relações sociais se transformam com o decorrer do tempo e das mudanças individuais. O antigo conceito de família, como sendo pessoas unidas por laços sanguíneos, que estão subordinadas ao poder patriarcal, formada por

um pai, uma mãe e seus filhos, já não exaure o modelo familiar das relações atuais.

> O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. (GONÇALVES, 2011, p.16).

O texto constitucional de 1988 e consequentemente o código civil de 2002, trouxe como base das relações o afeto, elemento fundamental entre os laços familiares nos dias de hoje.

A ideia de que o afeto tem caráter indispensável entre as relações, evidenciou-se como modelo de família o reconhecimento da união estável, onde os integrantes se unem por laços de afetividade, o principal fundamental para a caracterização de união estável. Nesse contexto, apontavam os primeiros passos a mudança das bases de fundamentação dos princípios que regem a família, culminando por remodelar seu conceito.

Assim, Maria Helena Diniz destaca:

> Família no sentido amplo são todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (DINIZ, 2007, p.09).

Resta claro que o afeto possui valor jurídico, sendo considerado, atualmente, fundamental nas relações familiares e um dos pilares para conceituar família. Os conceitos foram modificados, uma família tradicional (composta por pai, mãe e vários filhos), evoluindo para uma família nuclear (composta de pai, mãe e poucos filhos), pós-moderna ou monoparental (formada por um os pais e seus filhos), sendo que nesta última, o que importa é a relação de afinidade e afeto entre os membros da família.

Assim, é nítido que o conceito de família deve ser analisado de forma ampla e não de forma singular e restrita, englobando os seres como um todo, respeitando a sua igualdade, dignidade e sua liberdade de escolha, a família ultrapassa os laços biológicos e se encontra inserida no intimo do próprio individuo.

Desta feita, pode-se concluir que, o Direito de Família tem o papel de regulamentaras relação entre as pessoas, sejam elas, cônjuges, ascendentes, descendentes, parentes e etc. Cabe a ele regulamentar as relações entre eles, disciplinar os interesses familiares e direcionar as

relações ocorridas em suas residências.

2 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA E OS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES

É de grande importância ressaltar que a família, em qualquer sentido e formada por qualquer pessoa, sejam elas parentes consanguíneos ou não, tem função de oferecer valores morais, éticos, sociais, educacionais aos seus membros, fazendo com que, diante de toda a sociedade, se revele uma estrutura sólida e organizada, gerando, portanto, um todo organizado.

Ademais, conforme se mencionou, a família constitui a base estruturar de uma pessoa, sendo importante dentro das bases do Estado, sendo considerado para alguns autores, como o núcleo essencial para a organização da sociedade, bem como uma instituição sagrada e que merece proteção.

> No entanto, a família, segundo estudos da FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, passou a assumir outras funções, para além da reprodução da espécie, a criação e socialização dos filhos e a transmissão do patrimônio cultural, tais como a função econômica, a de conferir status e classificação social de seus membros, a função recreativa, a de assistência e a função de solidariedade. Também, em relação à família extensa de outrora, passou a ser afirmada a família nuclear como a grande responsável da socialização dos filhos e da estabilidade emocional e mental das personalidades adultas, muito em virtude da livre escolha dos parceiros, do maior número de divórcios, da maior mobilidade residencial, do enfraquecimento dos laços de parentesco, da emancipação da mulher, entre outros. A família nuclear, continuam, constitui uma adaptação especializada que acentua valores de desempenho, mobilidade social e solidariedade, em contraposição aos valores da família tradicional extensa que acentuava a permanência, a estabilidade e a continuidade através do nome, da profissão e da herança. A tendência, porém, segundo esses estudos, é considerar essa família nuclear não como uma mera relação de indivíduos, mas como um sistema de papéis (ALBERNAZ; MARQUES, 2009, p. 10403).

Já em relação aos princípios, necessário se faz citar, alguns de extrema relevância para todo o ordenamento jurídico, bem como para a sociedade, e claro, para as famílias. O primeiro princípio que merece destaque é:

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O principio da dignidade da pessoa humana, está proclamado no texto constitucional, em seu artigo 1º, inciso III, tem importância indiscutível, é considerado como principio matriz, base dos direitos 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:
> **[...] III** - a dignidade da pessoa humana.

O principio da dignidade da pessoa humana é encontrado em todas as relações jurídicas. Não se pode delimitar em palavras a extensão desse princípio, difícil é dar-lhe um conceito absoluto. Assim, como aponta Dias, Maria Berenice (citação da citação) "Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão". (Manual de Direito de Família, 2009, p. 61).

O direito de família está diretamente ligado ao ser humano, pois, este compõe o conjunto familiar. Gonçalves diz que, "o direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito" (2011, p. 22). Ao falar do individuo e seus relações, tem-se por base em qualquer esfera do direito e, principalmente no direito de família o principio da dignidade da pessoa humana, que apesar de previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, é sempre reafirmado em diversos pontos do Ordenamento Jurídico, conforme segue alguns abaixo:

A Constituição Federal disciplina:

> Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...] omissis [...] §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento.
>
> 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, de2010).

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como a base que compõe todos os demais princípios e normas, a dignidade é algo que cada individuo carrega

consigo, é ser digno ao direito à vida, liberdade, igualdade, ser respeitado em sua essência, ter direito ao mínimo existencial, sendo sujeito de direitos e deveres.

Esse princípio quando aplicado no Direito de Família regulamenta todo o desenvolvimento do âmbito familiar e de seus indivíduos, representa o núcleo para o desenvolvimento da personalidade. Maria Helena aponta o principio da dignidade da pessoa humana como sendo "a garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar". (2002, p. 25).

Nessa mesma linha de raciocínio:

> A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (GONÇALVES, 2011, p. 22)

Assim, o principio da dignidade da pessoa humana tem como principal objetivo garantir o pleno desenvolvimento do conjunto familiar de forma digna, observando sempre o respeito, a igualdade, a união, confiança, a intenção de constituição de família, o afeto, o cumprimento dos deveres de cada individuo e o exercício de seus direitos, formando assim, indivíduos aptos à convivência não só em âmbito familiar mas, prontos para a vida em sociedade. Há que se ressaltar que o princípio em destaque se aplica em todas as áreas do Direito.

2.2 Princípio da afetividade

O afeto é importante instrumento que contribui para que haja ligação nos vínculos familiares. Nesse sentido, o afeto exerce papel fundamental para a manutenção da instituição familiar, bem como para amparar todo o conceito de família trazido diante da evolução da sociedade.

Não existe na Constituição Federal vigente regulamentação jurídica sobre o afeto, contudo, trata-se de um direito intimamente ligado a personalidade do homem e que compõe aparato social às relações interpessoais, sendo considerado um elemento fundamental na busca da felicidade e desconsiderá-lo, ou pior, não conferir-lhe a devida tutela jurídica é por via direta ou indireta, violar a dignidade humana (RODRIGUES,2013).

Dentro desse contexto, tem-se que as relações familiares devem ser pautadas de afeto

e respeito, sendo este um elemento indispensável para o desenvolvimento dos filhos e até mesmo para se alcançar a plena felicidade. Trata-se de um direito personalíssimo e que deve ser protegido.

É certo que o Estado pode entender que o afeto é o instrumento basilar nas relações familiares, mas não pode impô-lo e nem colocar condições que interfira nessa relação. Trata-se de um elemento indispensável, mas que não há meio de obrigar a exercê-lo.

> Decerto o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil (SOUZA, 2008).

Nesse sentido, tem-se que o princípio da afetividade esta ligado aos sentimentos de ternura que se espera consagrar nas relações familiares, tuteladas pelo Direito de Família.

Assim, resumidamente, é possível notar que através do afeto é possível garantir aos indivíduos a proteção de sua dignidade humana, tratando-se portanto, de um fundamental conceito em nosso ordenamento jurídico vigente.

2.3 Princípio do pluralismo das entidades familiares

O princípio do pluralismo das entidades familiares expõe os tipos de formação de família, entre elas, as famílias constituídas por união matrimonial ou extramatrimonial; por famílias formadas por um dos genitores e seus filhos, conhecidas como monoparental ou entre as diversas combinações que possam existir. A importância está no sentimento de afeto, confiança, solidariedade e respeito inseridos no individuo, está na intenção de constituir uma família.

Este princípio chama-se pluralismo familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental), ressaltando que o novo Código Civil nada fala sobre a família monoparental, formada por um dos genitores e a prole, esquecendo-se que 26% de brasileiros, aproximadamente, vivem nessa modalidade de entidade familiar (DINIZ,2005).

De forma implícita, esse princípio revela a ideia que, em se tratando de ser humano não existem resultados exatos e fórmulas estáticas e certeiras, já que o ser humano muda

constantemente, seus conceitos, suas opiniões, influenciando a sociedade e em especial o âmbito familiar e os conceitos de família.

As modificações das famílias podem ser inúmeras, combinações entre si podem ocorrer de diversas maneiras, levando-se em consideração a influência das culturas, crenças, estilos de vida, entendimento social e também o tempo. Cabe ao ser humano, diante de todas as mudanças, ter sua dignidade, liberdade preservada. E ainda, tanto o legislador, como também o judiciário, possuem o dever de evoluir e adaptar-se a sociedade e o individuo.

ALUQUERQUE FILHO, diz que "o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares". (2001, p.59).

Assim, o reconhecimento de diversas formas de entidade familiar pelo Estado e Judiciário é de extrema importância, já que o direito precisa evoluir conforme as mudanças na sociedade, para que não ocorra qualquer omissão e violação de direitos, podendo, todo e qualquer indivíduo recorrerem ao judiciário quando entender necessário. A evolução deve ocorrer paralelamente, ou seja, ao passo que a entidade familiar se modifica, o direito, normas e aplicações também devem evoluir, para que haja a consagração de todos os direitos inerentes ao indivíduo.

2.4 Princípio da consagração do poder familiar

Antigamente, o poder familiar era estendido apenas ao chefe de família, chamado de *pater* poder. Esse papel era desenvolvido pelo marido, o qual decidia sobre todos os assuntos relacionados à mulher e aos filhos (NOGUEIRA, 2013).

Nos tempos atuais, a partir do advento da atual Constituição, esse poder é exercido por ambos os cônjuges ou companheiros e sempre visando pelo melhor desenvolvimento da criança ou do adolescente. Esse entendimento está descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, em seu artigo 21, que diz:

> Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

A responsabilidade necessita do melhor desenvolvimento do individuo em formação,

ou seja, cabe ao pai e mãe ou responsáveis que se encontram em posse do poder familiar, a responsabilidade dos cuidados, do amparo, da dedicação aos filhos, para que estes cresçam com dignidade e assim, formem seu caráter e personalidade, prontos para exercer a vida adulta.

O poder familiar é revestido de responsabilidade, não sendo uma faculdade do ser humano, mas sim, um dever, podendo ser definido como "poder-dever", conforme leciona Maria Helena Diniz (2002, p. 21).

Outro ponto importante que merece ser destacado é que o poder familiar não se perderá em razão do divórcio, pois ele é constituído por meio de filiação e paternidade, sendo consagrado no artigo 1.636 do Código Civil brasileiro.

> Art 1.636 O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Aos filhos, caberá o dever de respeitar seus pais, prestar obediência, e os serviços inerentes a sua idade e condição, artigo 1.634do Código Civil.

Por fim, o poder familiar somente será extinto pelos meios descritos no artigo 1.635 C.C., sendo eles, morte dos pais ou do filho, pela emancipação, maior idade, adoção e por decisão judicial. Portanto, nota-se que o poder familiar possui um caráter indisponível, imprescritível e indispensável nas entidades familiares.

2.5 Princípio da entidade familiar

O princípio da entidade familiar ou da "*ratio*" do matrimônio e da união estável traz definitivamente a ideia de que a afetividade é pressuposto das relações humanas e hoje integra o sistema normativo como um valor juridicamente tutelado.

O afeto sem dúvidas é a principal característica em um relacionamento, seja no casamento ou união estável. Todos os indivíduos são livres para que exerçam suas vontades e assim, cada qual irá se relacionar tendo como base o afeto e a afinidade encontrada em outro ser semelhante (SOBRAL, 2010).

É através do afeto que o casal desenvolverá o companheirismo, confiança, solidariedade, carinho, atenção e vida plena em comunhão. O afeto influencia diretamente no relacionamento, e o rompimento deste, enseja diretamente em um possível rompimento de laços

conjugais ou união estável, ou seja, basta a falta de afeto para resultar em uma separação judicial ou divórico.

Ainda, o referido princípio traz como determinante a comunhão plena de vida, elencada o artigo 1.511 do Código Civil, que se dá por meio da convivência, dedicação, a própria comunhão, e ao sentido da palavra, que se refere a desenvolver algo de forma conjunta. É a dedicação do casal um para com o outro (BRASIL, 2002).

A dissolução ocorrerá de acordo com os dispositivos que regulamentam a dissolução do casamento e união estável, que se encontram elencados nos artigos 1.511 e 1.571 a 1.582 do Código Civil (BRASIL, 2011).

Por fim, entende-se que já no relacionamento conjugal o afeto se apresenta em caráter de suma importância. O princípio da "ratio" do matrimônio e união estável, traz de forma clara, colocando o afeto e a comunhão plena de vida como base e edificação para um relacionamento.

3 O AFETO E A FUNÇÃOPARENTAL

O conceito de afeto é considerado um dos traços distintivos entre a família tradicional moderna e a família antiga. A palavra afeto tem como sinônimos, afeição, amizade, simpatia, sentimento, amor, paixão. Ou seja, intimamente ligada ao íntimo do indivíduo.

O afeto está intimamente ligado às questões de relação que reproduzem o carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida.

Trata-se de um estado psicológico, onde por meio dele contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa. Os laços de amizade também podem ser considerados como afetividade, visto que neste caso há a ausência de características e desejos sexuais/ carnais.

Dentre as inúmeras definições de afeto, percebe-se que se refere ao conhecimento advindo da vivência, e não se limita apenas aos contatos físicos, e sim diante da interação e interligação que ocorre entre as partes envolvidas.

A afetividade pode ocorrer também, com o conhecimento construído através da vivência, não se restringindo ao contato físico, mas à interação que se estabelece entre as partes envolvidas, em que todos os atos comunicativos, como comportamentos, intenções, crenças,

valores, sentimentos e desejos, afetam as relações e consequentemente o processo de aprendizagem (UFMS, 2014).

Assim, é possível de perceber que o conceito de afetividade está diretamente ligado a interação humana. O relacionamento é o causador expresso de qualquer forma de criação de afeto que possa existir.

Mesmo não objetivando referida discussão, tendo em vista não se tratar do objeto central do estudo, aponta-se que correntes de estudos entendem que o afeto é também diferente do amor, já que o primeiro é uma interação entre as pessoas, e o amor envolve outros tipos de cargas e sentimentos.

> De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares (TARTUCE,2014).

A aplicação do Direito de Família nos mostra que ela é um espaço regido de inúmeras formas de sentimentos, em especial no que se refere ao afeto.

A Constituição Federal em vigor entende que o afeto se refere a um valor jurídico que esta atrelada a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Assim, não se restam dúvidas que o afeto é um valor fundamental e essencial.

> A Constituição Federal brasileira não regula a família dentro de moldes petrificados por antigas práticas, numa reprodução secular de estruturas familiares impostas pela tradição (família patriarcal e matrimonializada). O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo. Ao reconhecer a união estável como entidade familiar edotar-lhedeproteçãojurídicanosmesmosmoldesdocasamento,porexemplo,deixa claro para os seus intérpretes que o afeto, e não apenas a vontade estampada num contrato solene, é o elemento constitutivo da instituição (ou entidade) família. Da mesma forma, vemos que a parentalidade sócio afetiva, baseada na posse de estado de filho, é uma nova forma de parentesco civil refletindo uma desbiologização da família (RODRIGUES,2013).

Conforme bem denotado, a Constituição Brasileira busca tutelar as relações familiares, a partir dos novos modelos familiares existentes. Ou seja, não se pode engessar as normas de direito de família, ora que elas devem se adaptar de acordo com as transformações que acontecem na sociedade. Assim, o afeto deve prevalecer em face das normas jurídicas, que não

devem ser engessadas.

Nota-se, portanto, que o Direito de Família não pode se manter estagnado, vez que deve evoluir em razão das modificações ocorridas na sociedade, já que afinal, atualmente o afeto tem sido um grande marco para a existência de uma família. No filme "Lilo&Stich é possível observar que, trata-se de um novo modelo e família, em que alguém, sem qualquer relação consanguínea pode integrar a família e ser considerado como tal, em razão do afeto e carinho ligados entre eles.

A partir daí, todos os meios de proteção, cuidado, atenção, carinho, amor, são dados como se "parentes" fossem, sem que haja qualquer distinção de alguém criado e nascido pelo mesmo pai e mesma mãe..

Aliás, o artigo 226 da CF, na sua integra, traz o entendimento de que a afetividade é o principal elemento para a constituição de uma família, e consequentemente se garante a dignidade da pessoa humana.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1998).

Percebe-se que as normas de direito de família são pautadas de regras que visam efetivar o afeto. Porém, o Estado não poderá criar condições para manter uma família, e sim interferir na realidade social e no novo contexto histórico existente.

Assim, entende-se que o conceito de família, atualmente, está intimamente ligado ao afeto. Onde, famílias se formam sem que haja qualquer relação de parentesco, apenas baseando-se no amor e afeto.

4 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO COMPARADO AO FILME“LILO&STICH”

No direito, fala-se de afeto apenas no sentido positivo, sendo um laço que envolve os integrantes e uma família, unindo pessoas para garantir a felicidade coletiva, o que de fato, ocasiona a realização pessoal de cada integrante.

Atualmente, é possível notar que o afeto é um elemento formador e estruturador das entidades familiares e deve ser utilizada e valorizada nas ações do nosso cotidiano, ou seja, cada ser humano ser capaz de agir com razão e emoção, buscando a consciência completa em nossas ações (SANTOS, 2012).

Deve ser considerado como valor jurídico, visto que integra parte fundante na entidade familiar, ou seja, o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento. Trata-se de um sentimento inerente à constituição das relações familiares, sejam elas como for. É na família, que o indivíduo, nasce, se desenvolve, e molda sua personalidade, sendo certo que uma criança irá criar uma dependência e se apegar naquela pessoa que o criou desde pequeno, tendo ela, ligação sanguínea ou não. (LOPES, 2014)

A maior semelhança entre os conceitos aqui trazidos e o filme, é de que em ambos, o afeto é a base da entidade familiar, o filme relata a história de um ser alienígena que é acolhido por uma família, como se fosse parte dela há muito tempo. Em primeira impressão, apesar das diferenças que ele possui, ele se torna alguém extremamente importante para a família que o acolhe.

A família, que não é tradicional, pois, composta apenas e duas irmãs, é considerada uma entidade familiar, com muito afeto, amor, carinho. Ou seja, não trata-se de uma família clássica, mas que diante de todas as circunstâncias, os laços criados se baseiam muito no conceito de afeto.

Em relação ao afeto dentro da família, é necessário mencionar que, o tempo é o maior motivador de seu crescimento. As relações são desenvolvidas e crescem a medida queos sentimentos são demonstrados, ou seja, o conceito de afetividade vem também com o tempo.

Inclusive, no filme, altos e baixos acontecem dentro daquela família, porém, tudo é resolvido com base nos sentimentos que ali estão ligados. Assim como toda família, os problemas e dificuldades existem, mas levando em consideração a razão e também o emocional,

o mais importante é a proteção que um pratica com o outro.

Percebe-se, portanto, que o afeto está interligado com todos os outros sentimentos, e a valorização jurídica dele em uma sociedade desenvolvida é de uma relevância imponderável, vez que, toda família, seja ela como for, precisa de afeto entre os entes familiares.

A constituição da família, sua organização, estrutura, são formados com base nesse relacionamento afetivo entre as pessoas, e independente da origem dessa família (consanguínea ou não), o que mais importa é que, apesar de qualquer coisa, a família é um bem indispensável para todos os seres humanos.

O filme valoriza o conceito de família, impõe conceitos que muitas vezes são esquecidos por muitos, expõe uma realidade que se vive dia após dias em vários lares. Mas o mais importante: garante que a família jamais deixará o outro desamparado, não se ausentará nos momentos difíceis. Em um dos trechos do filme, menciona: “Ohana quer dizer família, família quer dizer nunca mais abandonar ou esquecer”.

Ora, é nítida a importância da família na vida de todos os indivíduos, independentemente de como a família se formou e se estruturou, a presença um do outro, ligados pelo afeto demonstrado entre si, é inerente a todos os seres humanos.

> Na realidade, é o afeto que auxilia na formação do caráter da pessoa e é a família a estrutura que deve oferecer tal valor. É na falta de estrutura, de apoio e afeto que os homens são conduzidos aos desatinos criminosos, ao desequilíbrio social. Não que seja extremamente importante manter os pais dentro de casa, obrigá-los a amar ou de ter envolvimento afetivo contra a sua própria natureza para satisfazer as necessidades do filho, mas é de grande relação. (LOPES, p.97).

Vê-se, claramente, que o principal assunto no presente trabalho é o afeto intimamente ligado na formação de relacionamentos e constituição de família. E revela-se sua importância, diante da presença marcante do afeto na maioria das relações atuais.

E com o filme, mesmo que direcionado à um público infantil, por tratar-se de desenho animado, os valores apresentados são de grande importância para toda a sociedade, pois, enfatiza-seanecessidadedeformar-seumafamíliacombasenoamor,nocarinho, respeito, sentimentos estes, que surgem por meio do afeto, conforme visto.

Há uma espécie de “adoção” no filme, pois, alguém que não proveio da própria família e não possui relação sanguínea, integra a família e recebe o cuidado e atenção dos membros daquela entidade familiar, como se parente fossem. E a partir daí, consideram-se uma família,

em que cada um deve proteger o outro, como função principal e jamais abandonar.

Assim, nota-se a presença relevante do afeto conquistado pelos membros da família, e claro, uma família baseada e construída através do afeto, que se dispôs a pensar na necessidade do outro, nos sentimentos do outro, tendo apenas como "retribuição" o amor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O afeto, presente nas disposições normativas e princípio constitucional inerente as relações familiares, enfatiza a ideia de valorização da dignidade da pessoa humana, bem como a constituição de entidade familiar diante de novos conceitos presentes na sociedade.

O conceito de família foi se modificando de acordo com o tempo, sendo certo que é através dessa evolução que novas formas foram surgindo, abrindo espaço para uma relação construída com base no afeto.

O princípio da afetividade está intimamente ligado com o sentimento protetor de dedicação, cuidado, respeito e é através dele que outros sentimentos, como o amor, passam a ser considerados e integrados nos laços familiares e conjugais.

É nítida a nova visão dada ao Direito de Família e a evolução dos relacionamentos, uma vez que passam a ser embasados em interesses afetivos, estabelecendo o valor do amor nas relações familiares, sejam elas como for. Considera-se, portanto, o afeto como um laço que une as pessoas com a finalidade de garantir a felicidade nas relações familiares.

A afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio. Desse modo, o afeto passa a se tornar o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição.

No direito de família, o afeto é um elemento essencial de constituição da família, previsto inclusive na redação do artigo 226 da CF/88, sendo um "membro" essencial nas relações familiares, porque organiza a estrutura familiar, ou seja, dá uma base sólida para os integrantes da família, pois, podem se alicerçar através do afeto.

O reconhecimento no Direito do princípio da afetividade é de tamanha relevância, pois reconhece a proteção do núcleo familiar, havendo a proteção a dignidade de cada pessoa, independentemente do meio como foi constituída a família.

E a grande comparação trazida com o filme "Lilo&Stich" é esclarecedora, vez que o

filme, concretiza toda a ideia apresentada no presente trabalho, pois, a família ali trazida é inteiramente baseada no afeto.

O filme traz conceitos importantes para toda a sociedade e apesar de ser um desenho animado, na maioria das vezes assistido apenas por crianças, a ideia central apresentada no mesmo é de uma relevância para toda a sociedade, independente da idade.

O enredo resume-se na ideia de constituição de família através do vínculo afetivo e por meio deste vínculo todos os demais sentimentos surgem e capacitam os membros da família a cuidarem um do outro de forma que, não importa a relação sanguínea entre eles, mas sim o amor e o respeito construído através do afeto.

Portanto, é possível concluir, que o afeto já é considerado parte indispensável nas relações familiares e que se encontra amparado juridicamente, fato este, que denota grande importância para o Direito, uma vez que o conceito de família evolui de maneira positiva e trouxe para os indivíduos um conceito baseado no afeto.

Os poderes familiares foram deixados para trás, os conceitos da antiguidade evoluíram e atualmente o ordenamento jurídico possui normas que garantes a proteção da entidade familiar e ainda, o princípio da afetividade como elemento das relações familiares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgadaem 5 de outubro de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 set .2014.

_____. *Lein. 10.406, de 10 de janeiro de 2002***.** CódigoCivil. Disponívelem:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. V. V, Direito de Família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. *Apontamentos sobre o nexo causal. In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2353>. Acesso em:

01 set. 2014.

LOPES, SaraHaliKloster. *A dignidade concretizada por meio do afeto nas relações familiares.*In Coleção Conpedi/UniCuritiba, Direito de Família. Organizadores: Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladmir Oliveira da Silveira / Viviane CoêlhoSéllos-Knoerr. Coordenadores : Mariana Ribeiro Santiago/ Marcos Alves da Silva / Valéria Silva Galdino Gardin. Título independente - Curitiba - PR . : vol.7 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. Disponívelem: <http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo /Direito%20de%20Familia.pdf>.Acesso em 11 de março de 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil.* São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Fabiani Santos; RUBIO, Juliana de Alcantara Silveira. *Afetividade: Abordagem no Desenvolvimento da Aprendizagem no Ensino Fundamental – Uma construção teórica*. Revista Eletrônica Sabores da Educação. Volume 3, no. 1, 2012. Disponível em: <http://www.facsaoroque.br/novo/publicacoes/pdf/v3-n1-2012/Fabiani.pdf>. Acesso em: 09 de março de 2016.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina*. In: Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 11, n. 58, 2010.

TARTUCE, Flávio. *O princípio daafetividade no direito de família.* Disponívelem: <atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/11/14/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>. Acesso em: 18 ago. 2014

UNIVERSIDADEFEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL (UFMS). *Afetividade.* Disponível em: <coral.ufsm.br/tielletcab/objetoap/txt/txthtml1.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil.*São Paulo: Editora Atlas, 2009.

NÃO ME KAHLO: A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA O EMPODERAMENTO DAS FRIDAS ATUAIS

Brunna Rabelo Santiago[43]

Ana Paula Meda[44]

RESUMO

Este trabalho estuda a construção de um direito fraternal dentro da sistemática jurídica como rompimento à dogmática tradicional, capaz de possibilitar, através da relação humanizada entre os indivíduos, o alcance do empoderamento feminino, a fim de que as mulheres não vejam suas liberdades limitadas por desigualdades em razão do gênero. Dessa forma, o problema posto consiste justamente em como realizar o empoderamento das mulheres através da fraternidade enquanto categoria jurídica. Objetiva-se, neste limiar, entender o conceito do direito fraterno, bem como a condição da mulher na sociedade a partir das discriminações e da luta pela igualdade de gênero, acrescentando-se o direito fraternal como instrumento de transformação social com vertente emancipatória. Considera-se, com isso, que o direito fraterno é um caminho viável para o empoderamento feminino, de maneira que a figura de Frida Kahlo, analisada diante do filme Frida, torna evidente sua postura feminista e o conservadorismo da época, a demonstrar a pintora como dona da própria história, ainda que diante dos percalços vividos. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo como método de abordagem, bem como as técnicas de pesquisa indireta documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito fratenal. Gênero. Feminismo. Empoderamento.

ABSTRACT

This paper studies the construction of a fraternal law within the legal systematic as disruption

[43] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: brunnarsantiago@hotmail.com

[44] Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: anapaula.meda@yahoo.com.br

to traditional dogmatic, able to allow, through humanized relationship between individuals, the reachof female's empowerment, so that women do not see their freedoms limited by inequalities of gender. In that way, the problem posed consists precisely in how to empower women through the fraternity as a legal category. Objective, in this threshold, understand the concept of fraternal law, and the condition of women in society from discrimination and the struggle for gender equality, adding fraternal law as instrument of social transformation with emancipatory component. It is considered, by this, that the fraternal law is a viable way to Women's Empowerment, so that the figure of Frida Kahlo, analyzed before the Frida film, makes clear her feminist stance and the conservatism of the time, to show the painter as the owner of their own history, even before the lived mishaps. For the development of the research, used the deductive method as a method of approach, and the techniques of indirect documental and bibliographic research.

Keywords: Fraternal Law. Gender. Feminism. Women's Empowerment.

INTRODUÇÃO

O estudo ora apresentado tratou da construção de um direito fraterno enquanto categoria jurídica que rompe com a dogmática tradicional e proporciona um consentimento social mínimo perscrutado como interesse comum entre os indivíduos, sem qualquer critério discriminatório, a observar, a partir de então, a possibilidade do empoderamento feminino em correlação com a figura feminista da pintora mexicana Frida Kahlo, posta em análise por meio do filme Frida.

A justificativa e a relevância social de se pesquisar este objeto de estudo estão fundamentadas no fato de que a Constituição Federal de 1988 prevê a não discriminação entre as pessoas, todavia, a realidade material mostra que as mulheres, mesmo dentre tantos direitos conquistados, ainda continuam a sofrer discriminações e violências pelo fato de serem mulheres o que, em consequência, limita a liberdade e torna diminuta a participação feminina em sociedade.

Nesse viés, a problemática central reside na seguinte indagação: como concretizar o empoderamento feminino com o emprego de mecanismos jurídicos – peculiarmente no que

tange ao direito fraterno – para que as mulheres adquiram cada vez mais condições de igualdade em relação ao homem e possam se enxergar como Fridas atuais que lutam pela própria liberdade?

No seguimento de tal pensar, objetivou-se apontar que o direito fraternopode ser utilizado como instrumento de transformação social na medida em que existe uma relação humanizada entre iguais a resultar no empoderamento feminino que permite às mulheres a contemplação das suas liberdades sem a presença de estigmas sociais propagadores de exclusão, como ocorre com a figura de Frida Kahlo.

De modo que fosse possível o entendimento acerca do problema exibido fez-se indispensável a delimitação de seu estudo que teve início na abordagem conceitual do que é o direito fraterno, seguido pelo debate sobre o papel da mulher na sociedade e a importância de se lutar pela igualdade de gênero com término na análise da fraternidade como instrumento jurídico para o empoderamento feminino.

Assim, o referencial teórico seguido principiou com a análise de artigos focados na explicação do direito fraterno, passando essencialmente pelo estudo da mulher na sociedade e da questão da desigualdade de sexos sob a ótica de expoentes como Zuleika Alambert, bem como da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação e dos Objetivos do Milênio (ODM) e, por fim, tratou do empoderamento feminino através da fraternidade como categoria jurídica, utilizando-se de ensinamentos específicos sobre o tema, como, por exemplo, deMirla Cisne e Judith P. Butler.

Com o fito de solucionar a problemática trazida empregou-se como método de abordagem o método dedutivo, ao passo que se iniciou de uma premissa geral acerca da construção do direito fraternal para que então o tema fosse afunilado no sentido de tratar do papel da mulher e da busca pela igualdade de gênero até inteirar o ponto específico que trata da fraternidade em prol do empoderamento feminino.

Por fim, foram adotadas como técnicas de pesquisa, a pesquisa indireta documental (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, Objetivos do Milênio e a Constituição Federal de 1988) e a pesquisa indireta bibliográfica voltada para estudos especificamente relacionados ao assunto (doutrinas, artigos científicos, revistas jurídicas, teses e dissertações).

1 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO FRATERNAL

Por vezes, o Direito enquanto ciência social, não lida com situações fáticas restritamente vinculadas à técnica jurídica, pelo contrário, a complexidade das relações humanas traz à tona um emaranhado de vivências nas interações em sociedade que torna o plano normativo um dos aspectos a ser observado, mas não o único, o que coaduna para o entendimento de que o Direito, no intuito de acompanhar as mudanças do meio no qual está inserido, não pode inobservar a profundidade das problemáticas humanas.

Para Veronese in Pierre *et al.*(2013, p.38-39) "Entre o mundo da norma – do dever ser – e o mundo dos fatos – do ser – há tamanho abismo que ficamos a nos questionar se é válido continuarmos operando com a dinâmica societária como até então vínhamos fazendo", isso por sua vez faz insurgir novas formas de compreender, trabalhar e aplicar o Direito a não contento da sistemática utilizada quiçá concentrada somente sob a ótica regulamentadora.

Neste limiar é possível considerar que não basta a forma, exige-se além dela mudança social na licença de se pensar a construção de um direito fraternal como categoria jurídica a ponto de ser factível na realidade dos indivíduos. Pode o direito à fraternidade, com isso, corroborar uma quebra de paradigmas dogmáticos quase imudáveis que não adquiriram sentido social dado o distanciamento entre normas, vicissitudes humanas e pessoas.

No tocante a tais ideias tem-se que:

> Na abordagem deste *como* repensar a dogmática, uma forma que se apresenta como construtora de uma nova visão é a de nos dirigirmos para o caminho do questionamento desse suposto *dogma*, no sentido de não nos submetermos cegamente ao que nos é instituído, o "pronto", o "certo", o "inacabado"; somente assim poderemos ter uma noção mais ampla acerca do Direito. Isso significa quebrar, romper com o dogmatismo vigente, fazendo com que o Direito se insira dialeticamente no contexto social, do qual faz parte, a partir daí seja visto como uma disciplina científica que constrói passo a passo, de modo crítico, o seu objeto, inserido numa realidade histórica, ou seja, o Direito que se presta ao homem/mulher/adulto/idoso/jovem/criança num contexto real e mutável (VERONESE in PIERRE *et al*., 2013, p. 43, grifo do autor).

Diante de tal contorno é viável refletir a fraternidade como categoria jurídica que pode ser aplicada em diversificados episódios, como, por exemplo, nas situações relacionadas a questões de gênero, no caso, o vislumbre do empoderamento feminino a partir da construção de um direito fraternal empregado para transformação social em correlação com o filme "Frida" que conta a história da pintora mexicana Frida Kahlo que, mesmo vivendo em uma época mais

conservadora para o universo feminino mostra-se além de seu tempo tanto por meio de atitudes feministas quanto pela forma de olhar o ser humano como um ser igual.

Todavia, antes de qualquer apontamento específico, torna-se necessário saber no que consiste o direito fraterno para que então seja alcançado seu entendimento em relação ao filme citado. A princípio pode-se dizer que o termo fraternidade tem contato próximo com a palavra humanidade, pois que algo fraterno condiz com uma racionalidade de aproximação com o outro, no sentido de percebê-lo como sujeito humano digno de respeito.

Cabe mencionar que há alguns autores que crêem no aparecimento positivado da fraternidade na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, mas há outros pesquisadores que entendem que apesar do lema da Revolução Francesa se apoiar na tríade liberdade, igualdade e fraternidade, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão datada de 1789 só observou a liberdade e a igualdade, de maneira que "A fraternidade só veio a ser incorporada com a Constituição Francesa de 1791 e a tríade só veio a ser proclamada com a Constituição Republicana de 1848", sendo que com o término da Primeira Guerra Mundial a fraternidade passou a ser positivada em diversas constituições, bem como na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948[45] (MESQUITA; BRANDÃO NETO, 2015, p.175-176).

Em termos etimológicos "a categoria da fraternidade (do latim fraternitate) confere a ideia da irmandade, do amor ao próximo, da harmonia, paz, concórdia" (VERONESE in PIERRE *et al*., 2013, p.50). Afere-se então que a ideia da fraternidade busca uma consolidação social para a resolução de problemas sem uma imposição, mas com a percepção de cada pessoa (irmão) como ser humano em interação mútua.

Neste caminhar, a construção de um direito fraternal exige a apreciação de algumas premissas adiante apresentadas a partir da leitura do artigo "Direito fraterno na sociedade cosmopolita" de autoria de Sandra Regina Martini Vial que aponta oito pressupostos a serem considerados com base nos ensinamentos de Eligio Resta, importante teórico desbravador acerca do tema.

O primeiro deles é que se trata de um direito entre irmãos, de modo que não deriva da decisão de um soberano, mas de um acordo realizado "a partir de regras mínimas de convivência" ao inverso do direito paterno determinado por um senhor (2006, p. 122). Acrescenta-se como segundo pressuposto que "o direito fraterno encontra-se em um espaço

[45]Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

político mais aberto, independentemente das delimitações políticas e ou geográficas", ou seja, não se limita a uma identidade para ser válido (2006, p. 123).

Ao invés de se considerar a ideia de cidadania que tende a excluir, a humanidade é vista como "lugar comum" com atenção voltada para os direitos humanos, a configurar o terceiro pressuposto ligado ao direito fraterno (2006, p. 123), o que significa dizer que "vislumbra a dimensão ecológica dos Direitos Humanos e compreende que esses podem ser, sempre e somente, tutelados, como, também, ameaçados pela própria humanidade" (SILVA, 2009, p. 211).

Em seguida, como o direito fraterno encontra-se em um lugar político mais aberto ele não é rompido por divisas, pois que abrangido em sentido cosmopolita a sugerir uma ideia de responsabilidade e não de delegação (SILVA, 2009, p. 211).Neste tom é interessante perceber que o quinto fundamento persevera o esquecimento de uma dualidade tangida entre o bem e o mal, o amigo e o inimigo, característica adversarial ainda muito incorporada no processo judicial clássico:

> ...este fundamento é seguramente um dos aspectos mais fascinantes do direito fraterno: ele é um direito não violento, destitui o binômio amigo/inimigo. [...] Assim, a minimização da violência leva também a uma jurisdição mínima, a um conciliar conjunto, a um mediar com pressupostos de igualdade na diferença; (VIAL, 2006, p. 123).

Vale aqui um paralelo com a possibilidade de aplicação do direito fraterno na mediação familiar, isto porque se trata de um exemplo que torna passível enxergar a aplicação do direito fraternal na realidade dos fatos:

> A fraternidade na família poderá proporcionar à sociedade uma igualdade efetiva entre as pessoas, considerando a diversidade intrínseca presente no meio social, eliminando o direito à igualdade baseado em um poder soberano, ao qual todos estão subordinados. Pois assim o direito à igualdade deixa de ser efetivo em decorrência das igualdades que ele mesmo impõe, a começar pela subordinação dos povos a um poder soberano, um poder desigual. A defesa e a aplicação da fraternidade como princípio jurídico reafirma os princípios que o norteiam, com vistas às mudanças no paradigma dominante, impondo-se tais mudanças e conceitos como um novo paradigma emergente a ser solidificado (POZZOLI in PIERRE *et al*., 2013, p. 110).

Observe-se que a fraternidade enquanto categoria jurídica importa-se com mudanças no paradigma dominante, objetivando que tais mudanças sejam formadas a partir de um todo

igual não considerando a interferência de um soberano, contudo, isso requer a ausência de um poder, "pois elimina algumas 'seguranças', alguns dogmas, algumas verdades" (VIAL, 2006, p.124) o que coaduna para o sexto pressuposto do direito fraternal.

Como sétimo fundamento, diz-se que é um direito que busca a inclusão sem a colocação de delimitações, de modo a ser ressaltado por Vial que Resta reflete nesse ponto sobre a propriedade privada (2006, p. 124). Por fim, o oitavo pressuposto diz respeito à superação de dogmas que o direito fraterno impõe com a ruptura das figuras do amigo/inimigo (VIAL, 2006, p. 124).

Em síntese a todas as premissas até então elencadas pode-se compreender que o direito fraternal visa à consolidação de uma mentalidade semelhante entre os indivíduos que não se prenda a interesses e relações particulares, mas que seja utilizada em meio a todas as pessoas, com todas as pessoas e para todas:

> A vivência da fraternidade no contexto das relações humanas gera compromissos, capazes de promover a solução para as necessidades que resultam no bem-estar dos outros e que, direta e indiretamente, preservam o próprio bem, em um movimento circular, propiciando o surgimento de uma mentalidade fraterna. Busca-se um modelo comum de relações éticas que não se reduzam a tendências pessoais individualistas e interesseiras ou que dependam da ação do Estado para solução das misérias humanas (SILVA, 2009, p. 205-206).

Assim, imagina-se que o direito fraterno não possa conviver com a sistemática jurídica já que objetiva uma forma de empoderamento comum na vida das pessoas. Entretanto, não há uma exclusão entre as práticas, tanto é que o instituto da fraternidade resta positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no preâmbulo da própria Constituição Federal de 1988[46].

Diante de referida ótica, falar do direito fraterno equivale a pensar o Direito sob novas perspectivas que exigem a própria evolução do ser humano na lida com suas relações interpessoais e sociais por meio do comprometimento com um conjunto ético de regras mínimas que devem reger o tratamento em sociedade.

[46]Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Veja-se, nesse sentido, que a consagração dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil envereda para o direito fraterno ao dispor sobre a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a eliminação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção de todos, independente de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação, como também em razão do gênero. Destarte:

> Pretendemos indicar o Direito Fraterno como uma nova maneira de se analisar o Direito, numa perspectiva cosmopolita, imbuída pela busca da justiça, incorporada pela forma altera de comportamento em perceber o ser humano, ampliada pelo respeito à liberdade e dignidade do outro, com a finalidade do bem comum da humanidade, inspirada na paz e não-violência (MAIA, 2010, p.62).

Igualmente aos objetivos brasileiros o direito fraternal enquanto categoria jurídica e sua aplicação fática no significado mais simples da palavra ainda são anseios futuros e, até mesmo por isso diz-se que o direito fraterno liga-se ao futuro do Direito em si, tendo em conta que persista nas relações humanas o respeito ao outro como a si mesmo, a formar uma lógica harmônica de respeito contínuo que visa não só, mas também, a não discriminação em razão do gênero, pois homens e mulheres possuem somente diferenças biológicas e físicas no mais todos são seres humanos.

2 O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A IMPORTÂNCIA DE SE LUTAR CONTRA A DESIGUALDADE DE GÊNERO

O papel da mulher na sociedade brasileira evoluiu consideravelmente após anos de luta por igualdade de gênero. Entretanto, ainda nos dias atuais, o preconceito e o tratamento desigual entre os sexos permanecem impregnados no Brasil, país de cultura claramente patriarcal. O estudo do papel da mulher na sociedade contemporânea mostra-se essencial para a compreensão do quanto ainda se precisa evoluir em relação à igualdade de gênero e à concretização dos direitos da mulher.

Durante o passar dos anos, com a aquisição de alguns direitos, houve uma transformação nas formas de discriminação da mulher. Atualmente, o direito ao voto é garantido, mas a participação política feminina continua sendo um desafio; o direito ao trabalho foi conquistado, mas a desigualdade salarial entre homens e mulheres faz-se presente; não

existe obrigatoriedade de vestimenta para mulher, porém esta continua sendo julgada de acordo com a sua roupa; a vida social não se restringe mais aos afazeres domésticos, entretanto, como consequência, a mulher submete-se à tripla jornada, devido a não participação da grande maioria dos homens na administração do lar e no cuidado com os filhos.

Percebe-se, assim, a necessidade de se combater à desigualdade de gênero, como forma de se empoderar a mulher do século XXI, garantindo seu lugar na sociedade brasileira. O desafio atual demonstra-se ainda maior, em razão da violência de gênero não se mostrar sempre de forma explícita. Prova do exposto são as violências simbólicas mascaradas de elogios (por exemplo, assobios e gestos obscenos utilizados com o intuito de se "conquistar" a mulher). O rebaixamento feminino à mera sexualidade, presente em campanhas de publicidade; e a "coisificação" da esposa como propriedade do marido, são exemplos de misoginia (preconceito contra a mulher) comumente aceitos pela sociedade, tendo em vista a normalidade a partir da qual esses atos são encarados.

A consciência feminista, "que em nossos dias cresce, se desenvolve e adquire enorme importância na arena mundial" (ALAMBERT, 1986, p. 57), constitui elemento indispensável para o combate à desigualdade de gênero e, consequentemente, para o alcance de um maior número de garantias para as mulheres.

Muitas têm dificuldade de se auto intitularem feministas, devido à ideia equivocada, cultivada pelo senso comum, de que o feminismo é uma ideologia de superioridade da mulher sobre o homem (femismo) [47]. O verdadeiro significado de feminismo, porém, refere-se a um movimento que busca por fim à hierarquização dos sexos, pauta-se, portanto, no Princípio da Igualdade preconizado na Constituição Federal[48].

Como produto do referido pensar feminista, surge na sociedade um novo conceito do "ser mulher", nas palavras da feminista Zuleika Alambert:

[47] [...] o femismo, um neologismo (palavra que não existia anteriormente no português, mas já aceita como nova palavra, geralmente nascida e adaptada a partir de um estrangeirismo) criado para que não houvesse confusão com o feminismo, pois são completamente diferentes. Para o femismo, a libertação da mulher só virá quando a mulher inverter a lógica do patriarcado, construindo uma espécie de sociedade matriarcal, onde as mulheres detenham o poder, para com isso pagar a dívida histórica que a sociedade patriarcal deixou, criando condições para as mulheres manifestarem sua identidade. Resumindo, [...] o femismo é uma reparação mais radical contra a sociedade patriarcal". (ROSSI, 2011, s/p)

[48] 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).

> Afinal, o que são essas novas mulheres? [...] Não são as puras e encantadoras jovens cujo romance desemboca num feliz casamento; não são as esposas que sofrem por causa das infidelidades do marido nem as que cometeram adultério. Nem são as velhas donzelas que se lamentam do amor frustrado da juventude, nem as sacerdotisas do amor, as vítimas de singulares condições de vida ou da própria natureza depravada. Não. Trata-se de um quinto tipo de heroína totalmente novo, até agora desconhecido; são as heroínas que têm exigências de independência, que afirmam a sua personalidade, que protestam contra submissão da mulher ao Estado, à família, à sociedade, que lutam pelos seus direitos, enquanto representantes de seu sexo. (ALAMBERT, 1986, p. 70)

A mudança no comportamento social da mulher contribuiu e continua a contribuir com o enfrentamento à desigualdade de gênero. No filme Frida Kahlo, por exemplo, mesmo vivendo na sociedade do início do século XX, Frida apresenta um comportamento claramente feminista. Infelizmente, em pleno século XXI, muitas mulheres ainda se encontram presas às amarras de uma sociedade conservadora e machista, não conseguindo levantar a bandeira da independência e empoderamento, tal qual Frida Kahlo o fez.

A luta pela autonomia feminina, portanto, busca garantir o exercício pleno de liberdade da mulher, com o intuito de se criar um ambiente propício para o surgimento de novas Fridas, as Fridas da atualidade.

A importância da luta feminista aqui defendida representa proteção à vida da mulher. Afinal, "a desigualdade entre homens e mulheres afeta – e às vezes encerra prematuramente – a vida de milhões de mulheres e, de modos diferentes, restringe em altíssimo grau as liberdades substantivas[49] para o sexo feminino" (SEN, 2000, p. 29).

O enfrentamento à desigualdade de gênero possui a prerrogativa de garantir a felicidade geral. Nas palavras de Fernando de Brito Alves:

> A felicidade geral, nessa perspectiva liberal, seria obtida por meio do cálculo utilitário, que equacionasse o maior índice das felicidades particulares. [...] para que haja a maior felicidade possível, cada um em particular deve estar desempenhando sua função social de forma adequada. (2013, p. 56).

Assim, conclui-se que, enquanto forem vedados à mulher direitos fundamentais básicos, indispensáveis para que esta exerça sua função social de cidadã com igualdade, a felicidade geral e o bem-estar de toda sociedade jamais poderão ser atingidos.

[49] As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. (SEN, 2000, p. 52).

De acordo com a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra mulher:

> [...] A discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade (ONU, Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979).

Dessa forma, constata-se que a eliminação da desigualdade de gênero não representa um benefício apenas para as mulheres, mas sim para toda a sociedade. O respeito à diversidade e garantia das liberdades individuais de todos os cidadãos, inclusive das mulheres, constitui elemento fundamental para o desenvolvimento pleno do país.

Cumpre destacar que essas restrições de liberdades femininas não atingem apenas às mulheres, mas principalmente à sociedade como um todo. Afinal, um país onde não há a participação de todos, jamais será considerado como plenamente desenvolvido.

Comprova-se o exposto a partir da referência às desigualdades de gêneros nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) instituídos a partir da Declaração do Milênio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 08 de setembro de 2000. No referido documento, a promoção da igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres ocupava o terceiro dos oito objetivos do milênio estipulados (ONU, 2000). Portanto, resta clara a importância da igualdade de direitos entre homens e mulheres para toda a comunidade internacional, tendo em vista que "a essência dos Objetivos do Milênio implica em se repensar os instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres" (LAZAR; ALVES; PESSOA, 2013, p. 163).

Em 2015, com o intuito de dar continuidade às propostas dos Objetivos do Milênio, instituíram-se os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, figurando a igualdade de gênero no quinto Objetivo[50]. Conclui-se, assim, que, apesar das conquistas adquiridas nos quinze anos

[50] Constituem metas do quinto Objetivo de Desenvolvimento Sustentável: **5.1** Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda partes. **5.2** Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos. **5.3** Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas. **5.4** Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais. **5.5** Garantir a

que se passaram, muito ainda precisa ser realizado, razão pela qual a luta pela garantia dos direitos humanos universais das mulheres continua.

Na busca pela concretização dos direitos humanos das mulheres, há de se destacar o papel da ciência jurídica para promover a igualdade de gêneros. Nesse sentido, aduz a pesquisadora feminista Cook (2012):

> O direito tem sido usado para alcançar a justiça de gênero; ele transforma as estruturas econômicas em alguns países, garantindo que as mulheres sejam remuneradas igualmente aos homens, por exemplo, ou que tenham acesso a cuidados específicos às suas necessidades de saúde. A justiça de gênero aborda os diferentes tipos de dano que as mulheres sofrem. (COOK, 2012, p. 21).

Assim sendo, mostra-se o campo do direito importante aliado no combate à desigualdade de gênero. Por essa razão, no âmbito jurídico, como também no cenário acadêmico e científico como um todo, devem ser discutidas e estudadas as questões concernentes ao papel da mulher na sociedade e ao enfrentamento à desigualdade de gênero.

3 A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA O ALCANCE DO EMPODERAMENTO FEMININO

No filme Frida Kahlo, a protagonista mostra-se, a todo o momento, como uma mulher a frente de seu tempo. Desde as primeiras cenas, Frida não esconde a fidelidade em relação às suas próprias vontades e sua sede por independência. Por exemplo, quando sua irmã conta para ela que vai se casar, Kahlo imediatamente responde que não pensa em tal futuro, mas sim almeja tornar-se uma grande artista.

Ao decorrer do filme, a personagem mantem esse padrão de mulher segura e engajada com as causas sociais. Mesmo quando começa a se relacionar com Diego Rivera, nunca se coloca na posição de esposa do artista, permanecendo sempre como a artista em si própria.

---

participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública. **5.6** Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão. **5.a** Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais. **5.b** Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres **5.c**Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis (ONU, 2015).

Resta claro, portanto, o empoderamento feminino simbolizado nas lutas de Frida.

Faz-se importante ressaltar que o mesmo empoderamento retratado no filme ainda não retrata a realidade da mulher do século XXI. Sabe-se que houve muitos avanços na luta por direitos da mulher. Entretanto, o empoderamento feminino precisa ser estimulado como forma de conscientizar a sociedade de que a mulher precisa ocupar o seu lugar de direito, qual seja, de ser humano em igualdade com qualquer outro, não podendo, assim, submeter-se a padrões machistas conservadores.

Em relação ao feminismo militante, movimento materializador do referido empoderamento feminino, discorre Mirla Cisne:

> O feminismo, portanto, para chegar a uma consciência militante, necessita primeiro possibilitar o encontro das mulheres consigo. Por isso, há a valorização no feminismo à dimensão subjetiva, individual. Sem a valoração das experiências de cada uma das mulheres, o feminismo não consegue constituir-se como sujeito político, tampouco contribuir para a formação da consciência militante. (CISNE, 2014, p. 256).

Conforme o trecho transcrito, é necessário que a mulher seja considerada em sua individualidade, para que surja a consciência militante feminista. Dessa forma, lutar-se-á pelo direito de todas, negras, brancas, mães, trabalhadoras, mulheres em situação de prisão, meninas, índias, lésbicas, heterossexuais, enfim, todo e qualquer tipo de mulher. O feminismo busca, assim, a igualdade de gênero e o respeito a toda mulher e à mulher como um todo.

Nesse contexto da individualidade feminina, cumpre ressaltar que o filme não retrata a vida de uma simples mexicana, mas sim de uma mulher que escreveu a própria história, em desacordo com qualquer padrão sexista e patriarcal presente na sociedade. A mesma mulher que sofreu um acidente, passou meses imobilizada na cama, sentiu dores por toda sua vida e, pouco antes de morrer, perdeu definitivamente seus movimentos, nunca deixou de pintar, de viver, de amar.

Frida assume a posição de mulher e guerreira, por nunca se contentar com o papel de vítima dos infortúnios da vida. Apesar de todo o sofrimento enfrentado, escolheu fazer da sua arte, da sua ânsia por liberdade, uma chama que a motivava a continuar seguindo sempre em frente.

A força demonstrada pela protagonista do filme deve ser utilizada como exemplo para que as mulheres do século XXI venham a se tornar as Fridas da contemporaneidade. Justifica-se a busca por esse empoderamento pelo fato dessa atitude representar elemento imprescindível

para a construção de uma sociedade digna, pautada na justiça social. Nesse sentido, aduz Veronese: "queremos assumir o empenho de construir uma justiça que seja realmente uma justiça social, entendida como a concretização de condições dignas de vida para toda a sociedade e garantia de participação nos destinos dessa mesma sociedade" (VERONESE in PIERRE *et al.*, 2013, p. 37).

Conclui-se, então, que para a concretização de uma justiça social faz-se necessária a participação de todos como seres sociais. Portanto, a vedação ao desempenho social da mulher, impõe um obstáculo à efetivação da citada justiça.

Para melhor compreensão do contexto em que se busca uma justiça, traz-se o pensamento do filósofo Emmanuel Lévinas:

> É a hora da justiça. O amor do próximo e seu direito original de único e incomparável pelos quais tenho que responder vêm eles mesmos fazer apelo à Razão capaz de comparar os incomparáveis a uma sabedoria do amor. Uma medida se sobrepõe à "extravagante" generosidade do "para o outro", a seu infinito. Aqui, o direito de único, o direito original do homem postula o julgamento e, consequentemente, a objetividade, a objetivação, a tematização, a síntese. Há necessidade de instituições que arbitrem e uma autoridade política que a sustente. A justiça exige e funda o Estado. Há ali, certamente, a redução indispensável da unicidade humana à particularidade de um indivíduo do gênero humano, à condição de cidadão. Derivação. Embora sua motivação imperativa esteja inscrita no próprio direito do outro homem, único e incomparável (2010, p.222).

Ao relacionar a justiça[51] com o amor, Lévinas exalta a necessidade de se enxergar o outro como a si próprio, como o ser humano, cidadão, que realmente é. Nesse ínterim, nota-se que a visualização da mulher como o outro, dotado da mesma humanidade que o homem que a vê, faz-se necessária para se atingir a justiça. Além do exposto, ressalta-se que "o amor do próximo" citado pelo filósofo remete à ideia de fraternidade. Em relação ao princípio fraternal, expõe Alcântara Machado:

> Considerando a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, adotando-se a necessária postura fraterna/solidária assecuratória do *mínimo existencial* a cada homem e a todos os homens, compreensões jurídicas pautadas pelo postulado darwiniano de seleção natural (darwinismo econômico ou sócia), da lei do mais forte ou do mais apto, deverão ser coibidas pelo Estado, pois são incompatíveis com o direcionamento constante do preâmbulo da Constituição Federal. [...] Logo, apesar de na natureza ser

[51] "... justiça é um dos valores supremos da sociedade fraterna. [...] Contudo, sem solidariedade ética não há justiça" (MACHADO in PIERRE et al., 2013, p. 75). O trecho citado relaciona o termo 'justiça', tratado neste trabalho, com o princípio da fraternidade.

> natural o peixe grande comer o peixe pequeno, pois dela recebeu poder para tanto, no campo da humanidade, tal inclinação natural não pode ser aplicada, em razão da necessidade de se assegurar, sem medidas, a dignidade do homem todo e de todos os homens. (MACHADO in PIERRE *et al*., 2013, p. 75, grifo do autor).

De acordo com o entendimento pautado em uma doutrina fraternal, apesar de haver na sociedade sempre o mais forte e o mais fraco, ou, como explicita o autor, o peixe grande e o peixe pequeno, quando se trata de ser humano, todos devem ser respeitados e dignificados na mesma proporção. Da mesma forma, a mulher, apesar de estar inserida em uma sociedade de dominação[52] e poderio patriarcal, deve usufruir os mesmos direitos e garantias que o homem.

A partir da correlação aqui elaborada, quer-se demonstrar a fraternidade jurídica como instrumento apto a possibilitar o alcance do empoderamento feminino. Afinal, "O princípio da fraternidade é semente de transformação social, não esgota a fecundidade nas relações interpessoais de proximidade, estende-se às relações mais amplas, às relações entre grupo sociais, às relações políticas e internacionais." (PATTO in PIERRE, *et al*., 2013, p. 35)

Portanto, vê-se na fraternidade um meio eficaz de se estabelecer uma relação humanizada entre todos, homens e mulheres, sem hierarquia de sexos na sociedade. O princípio fraternal, somado a todos os valores que este carrega, pode assumir o papel de ponte para encurtar o caminho até a concretização de uma efetiva igualdade de gêneros.

CONCLUSÃO

Por intermédio dos argumentos apresentados verifica-se que a construção do direito fraterno é um processo em formação que demanda o rompimento de conhecimentos e condutas já arraigados tanto no meio social quanto na esfera jurídica, a fim de que possa ser constituído um conjunto mínimo de regras comuns que não se atenham a anseios individualistas e de mera particularidade, mas que conjuguem uma representação básica de ações em prol da coletividade, o que permite a inclusão sem qualquer vertente discriminatória, mas apenas consolidação fundada no aspecto de ser humano.

[52]Segundo o pensamento da filósofa Judith Butler, assim se define a dominação: "Devemos entender a dominação como a negação da unidade anterior e primária de todas as pessoas num ser pré-linguístico. A dominação ocorre por meio de uma linguagem que, em sua ação social plástica, cria uma ontologia artificial de segunda ordem, uma ilusão de diferença e disparidade e, consequentemente, uma hierarquia que se transforma em realidade social" (2015, p. 205).

Nesta razão torna-se viável considerar que a construção de um direito fraternal mostra-se como uma conjuntura favorável de aplicação para mudanças sociais, como no caso específico da discriminação em função do gênero feminino, pois ainda que direitos tenham sido conquistados pelas mulheres, existem formas de discriminação e violência veladas que não respeitam a mulher ainda que ela seja, antes de tudo, uma pessoa.

A partir disso depreende-se que a limitação da liberdade feminina em via reflexa enseja participação diminuída na vida social, política e econômica de qualquer país, por isso a busca pela igualdade de gêneros é um objetivo que compreende a comunidade internacional como um todo, pois que o alcance de referida igualdade também corrobora para uma efetiva democracia.

Em correlação à obra cinematográfica que apresenta a história de Frida Kahlo nota-se que a mesma, adiantada nas suas ideias em comparação com o pensamento conservador de seu tempo, é a personagem principal da sua existência mesmo diante dos percalços da vida, de modo que lutou pelos ideais que defendia e fez o que acreditava devido sem perder a característica de dona da própria história, ou seja, Frida não se mostrou uma figura acessória aquém de suas decisões.

Com isso, o empoderamento feminino claramente visualizado na imagem da pintora mexicana é uma conquista que pode ser atingida através da constituição de um direito fraterno arquitetado sob a perspectiva humana de indivíduos como irmãos que auferem respeito em reciprocidade, livre de qualquer marca de exclusão.

É preciso que as Fridas atuais, nesse sentido, sejam empoderadas e encontrem suas personagens principais diante de suas histórias, no sentido que não se calem ao ímpeto da discriminação e não sejam vítimas e algozes próprios em decorrência de incoerências alheias segregatórias, mais do que isso as mulheres são seres humanos que consagram os mesmos direitos que qualquer pessoa, sem qualquer hierarquia e imposição que a queiram obrigar pelo fato de ser mulher.

REFERÊNCIAS

ALAMBERT, Zuleika. *Feminismo: O Ponto de Vista Marxista*. São Paulo: Nobel, 1986.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba:

Juruá, 2013.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 8ª ed. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:* de 8 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

CISNE, Mirla. *Feminismo e consciência de classe no Brasil.* São Paulo: Cortez, 2014.

COOK, Rebecca J. Rebecca Cook: entrevistada por Debora Diniz – Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

LAZAR, Verônica de Oliveira; ALVES, Miriam Coutinho de Faria; PESSOA, Adélia Moreira. *Os Objetivos do Milênio e Equidade de Gênero: Mulheres em situação de prisão e entorno familia*r. In: SERGIPE. Associação Sergipana do Ministério Público. O Ministério Público e os Objetivos do Milênio. Série Estudos da Associação Sergipana do Ministério Público de Sergipe, nº 3. Adélia Moreira Pessoa e Arnaldo Figueiredo Sobral (org.) – Aracaju: Associação Sergipana do Ministério Público/ Evocati, 2013.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade.* Tradução de PergentinoPivatto... [et al.], (coord.). – 5ª edição – Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade e o Direito Constitucional brasileiro: anotações sobre a incidência e a aplicabilidade do princípio/valor fraternidade no Direito Constitucional brasileiro a partir da sua referência no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.* In: PIERRE, Luiz A.A. [et al.] (orgs.). Fraternidade como categoria jurídica. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Editora Cidade Nova, 2013.

MAIA, Marieta Izabel Martins. *Direito fraterno: em busca de um novo paradigma jurídico*. 88 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas) – Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 10 de setembro de 2010. Disponível em <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=35214>. Acesso em: 27 abr. 2016.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva; BRANDÃO NETO, Florenço Alves. *O princípio da fraternidade sob a perspectiva do denominado constitucionalismo fraternal e a sua influência*

na jurisprudência do supremo tribunal federal. In: Anais XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de;MARTINS, Rui Decio;DECAT, Thiago Lopes (coordenadores). Florianópolis: CONPEDI, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDADAS. ONU. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Genebra, 1979.

_____. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Nova York, 2000. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/odm.aspx>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.*Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20. Set. 2015. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>. Acesso em: 04 abr. 2016.

PATTO, Pedro Maia Godinho Vaz. *O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social.* In: PIERRE, Luiz A.A. [et al.] (orgs.). Fraternidade como categoria jurídica. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Editora Cidade Nova, 2013.

POZZOLI, Lafayette. *Direito de família: a fraternidade humanista na mediação familiar*. In: PIERRE, Luiz A.A. [et al.] (orgs.). *Fraternidade como categoria jurídica.* Vargem Grande Paulista, São Paulo: Editora Cidade Nova, 2013.

ROSSI, Celina Fraga. *Feminismo ou Femismo? São coisas completamente diferentes.*Disponível em:< http://feminismosempre.wordpress.com/2011/07/10/feminismo-ou-femismo-sao-coisas-completamente-diferentes>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, IIdete Regina Vale da. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito.* Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: <www. univali.br/direitoepolítica>. ISSN 1980-7791. Acesso em: 28 abr. 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito e fraternidade: a necessária construção de um novo paradigma na academia.* In: PIERRE, Luiz A.A. [et al.] (orgs.). Fraternidade como categoria jurídica. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Editora Cidade Nova, 2013.

VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos, Bauru, v.1, n.46, p.119-134, jul./dez. 2006. Disponível em

<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18207/Direito_Fraterno_na_Sociedade_Cosmopolita.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES ACERCA DO FILME 12 ANOS DE ESCRAVIDÃO

Danieli Aparecida Cristina Leite Faquim[53]

RESUMO

O presente artigo faz uma análise do trabalho escravo contemporâneo a partir do conteúdo jurídico cinematográfico do filme "12 anos de escravidão". As reflexões da prática da escravidão de trabalhadores no passado correlaciona-se à existência de uma prática contemporânea de trabalho escravo resultante dos desígnios da acumulação de capital. O tema objetiva demonstrar as condições degradantes e humilhantes de trabalho dos escravos, assim como a supressão dos seus direitos fundamentais básicos, como a liberdade, a dignidade, e o direito de viver, promover o debate jurídico à luz dos direitos fundamentais dos trabalhadores e sensibilizar a sociedade no combate à erradicação do trabalho escravo contemporâneo. Considerando a busca da real liberdade do trabalhador e a garantia de seus direitos fundamentais, afirma-se a importância da repressão do trabalho em condições análogas às de escravo e esclarece sobre a necessidade da promoção de ações preventivas e inclusivas das vítimas e das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Dignidade. Liberdade. Trabalho Escravo.

ABSTRACT

Thisarticleisananalysisofthecontemporaryslavelaborfromthemovielegalcontentofthe film "12 years of slavery." The reflections of the practice of slavery of workers in the past correlates to the existence of a contemporary practice of forced labor resulting from capital accumulation plans. The objective theme demonstrate the degrading and humiliating conditions of labor of slaves, and the removal of their basic fundamental rights, such as freedom, dignity, and the right to live, to promote the legal debate in the light of the fundamental rights of workers and raising awareness society in the fight to eradicate modern-

[53] Especialização em especialização em direito do trabalho pela Universidade Norte do Paraná, Brasil(2016). Professora Universitária da Universidade Norte do Paraná. Mestranda em direito pela UENP.

day slavery. Considering the pursuit of real freedom of the workers and the guarantee of their fundamental rights, states the importance of repression of labor in conditions analogous to slavery and shed slight on the need to promote preventive and inclusive action soft he victims and the people in situation vulnerability.

Keywords: Dignity. Freedom. Slave work.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à baila o tema o trabalho escravo contemporâneo sob a perspectiva dos direitos fundamentais: Reflexões acerca do filme "12 anos de Escravidão[54]".

O enfoque está na retratação da realidade de muitos trabalhadores da atualidade.Apreferênciapelotemasedápelofatodeconsiderarqueemboraaescravidãoseja um meio antigo de supressão de direitos, sua essência se perpetuou, e ainda é corriqueira na atualidade, inclusive, com requintes de crueldades morais, pois, constata-se que a escravidão contemporânea se trata de uma forma "perfeita" de exclusão social, visto que os escravos modernos são agredidos em todas as esferas de sobrevivência, desde os seus direitos até a sua moral.

Em que pese o trabalho escravo ter deixado de existir teoricamente a partir da Lei Áurea assinada em 13 de maio de 1888, o trabalho em condições análogas às de escravo perduram até os dias de hoje, de forma muitas vezes velada ou com uma "roupagem" diferente dos tempos antigos, mas ainda existem, e não apenas nas regiões mais pobres e oprimidas, mas também nas regiões abastadas economicamente.

A discussão acerca do tema da escravidão contemporânea é de suma importância, visto que tal condição laboral atinge intensamente a sociedade, logo, impacta a economia do país, fere os direitos fundamentais do ser humano e a legislação trabalhista. Por esse motivo, a prática do trabalho escravo é um dos assuntos em evidência na mídia e umdos graves problemas que o governo federal tem procurado solucionar através de políticas que visam à sua erradicação.

[54]"12 anos de escravidão". Direção: Steve McQueen. Sony Pictures, 2013. Duração: 135 minutos. Elenco: Brad Pitt, Michael Fassbender, ChiwetelEjiofor, Benedict Cumberbatch, Garret Dillahunt, Michael Kenneth, Paul Dano, Paul Giamatti, Ruth Negga, Sarah Paulson, Scoot McNairy.

Sendo assim, o presente artigo fará uma abordagem histórica do trabalho escravo no Brasil, além da abordagem contemporânea de tal mazela, evidenciando a condição degradante e humilhante dos trabalhadores, além de correlacionar a escravidão antiga evidenciada no filme "12 anos de escravidão" com a escravidão contemporânea.

Também abordará os impactos socioeconômicos e ambientais promovidos pela escravidão contemporânea, os aspectos legais que permeiam essa realidade, as reflexões acerca dos direitos fundamentais dos trabalhadores, a aplicação do art. 149 do Código Penal Brasileiro, e as ações que vêm sendo realizadas através do MPT - Ministério Público do Trabalho e MTE - Ministério do Trabalho e Emprego a fim de promover a conscientização acerca dos direitos trabalhistas e da erradicação do trabalho escravo.

Nesta perspectiva, a compreensão da economia nacional e o entendimento da dinâmica do agronegócio é imprescindível para se depreender a lógica entre o acúmulo de capital no mundo contemporâneo e a manutenção do trabalho escravo, assim como, a estreita relação entre o trabalho escravo no Brasil e a crescente desigualdade social. No entanto, as práticas que realmente farão a diferença nesse cenário de escravidão moderna, serão a conscientização por parte dos empregadores, a efetiva fiscalização e a essencial punição dos modernos "coronéis"[55] promoventes da escravidão em pleno século XXI.

Por fim, considerando que a escravidão é uma mazela nas relações de trabalho e motivo de sofrimento aos acometidos por ela, será feito um contraponto com os filmes "Uma mente brilhante"[56] e "Teoria de Tudo"[4], que evidenciam o ideal, representado pelo trabalho exercido de forma digna e prazerosa, estimulante para a manutenção da vida.

Dessa forma, ainda que seja relatada uma realidade escravista e exploratória do ser humano, que deve ser banida da sociedade, contempla-se o exercício do trabalho em condições dignas como fato gerador de vida, revelando que o trabalho é algo benéfico ao ser humano, contrário ao sofrimento, e por fim, que os dois último filmes reafirmam a antiga máxima que diz: "O trabalho dignifica o homem".

1 ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES DA ESCRAVIDÃOBRASILEIRA

[55]Empregadores partidários da escravatura. Escravocratas contemporâneos. Que mantém a escravatura ou trabalhadores em condições análoga à de escravos.

[56]"Uma mente brilhante". Direção: Ron Howard. EUA: 2002. Universal Pictures. Duração: 135 minutos. Elenco: Russell Crowe, Jennifer Connelly, Ed Harris, Paul Bettany, Adam Goldberg, Vivien Cardone, Judd Hirsch, Josh Lucas, Anthony Rapp, Christopher Plummer, David B. Allen.

Estas reflexões decorrem da necessidade de busca de entendimentos acerca da dura realidade escravista em pleno século XXI, para ao final observar como ocorre a escravidão contemporânea, seus reflexos sociais, econômicos, financeiros, ambientais e psicológicos, bem como as violações de leis atuais, visto que o trabalho em condições análogas às de escravo exprime uma mazela social enrustida pela modernidade, que "suga" e explora o trabalhador pobre e necessitado, como se homem não fosse.

Para evidenciar a importância do tema, é importante recordar que a Lei Áurea, assinada em 13 de maio de 1888, decretou o fim do direito de propriedade de uma pessoas obre outra, ou seja, a escravidão não poderia existir nos tempos atuais. Para corroborar tal afirmativa, temos o Código Penal em seu artigo 149, que deixa bem claro a condição de crime a seguinte conduta:

> "Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, a vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho, a posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho."

Neste ínterim, relata-se o histórico da escravidão no Brasil até o seu fim através da Lei Áurea de 1888, para tal, contaremos com o auxílio de MIRAGLIA, 2011, que relata que:

> "Coma consolidação do sistema capitalista, ao longo do século XIX, os ideais escravagistas brasileiros mostraram-se incompatíveis com a realidade mundial emergente. Isso porque o trabalho livre era elemento indispensável à consolidação e expansão dos mercados dos países de orientação capitalista. [...]Sendo assim, tendo em vista o novo cenário mundial e a pressão exercida pelos países capitalistas–especialmente a Inglaterra-, a princesa Isabel aboliu, em 1988, o regime escravocrata brasileiro, com a promulgação da Lei Áurea." (MIRAGLIA, 2011, p. 129)

No mesmo sentido, MACHADO (2012), coloca que somente com as três sucessivas leis de locação de serviços de 1830, 1837 e 1879, que o Estado proporcionou uma intervenção específica acerca do tema:

> "A extinção do uso da mão-de obra escrava no Brasil se deu por um processo lento e gradual, com vistas à transição para a formação de um mercado de trabalho livre. Por isso, a segunda metade do século XIX é um período

> marcado pela preocupação de constituição e regulamentação legal do uso do trabalho livre no Brasil. A regulação dessas novas modalidades de uso da mão-de-obra contou com a mediação do Estado (Império) disciplinando os contornos do trabalho livre. Conquanto haja uma inexplicável lacuna na bibliografia do direito do trabalho, as leis de locação de serviços de 1830,1837 e 1879, representam o principal marco de intervenção estatal na contratação do trabalho livre no Brasil." (MACHADO, 2015)

Deste modo, a história do trabalho anterior ao trabalho livre tem poucas referências na historiografia do direito do trabalho, e ignora-se a vasta historiografia nas ciências sociais fundamentada no modo de produção baseado no trabalho escravo. Nesse contexto, houve a transição conturbada para o trabalho livre, no entanto, veremos a seguir que a escravidão mudou a sua roupagem, mas nunca deixou de existir.

2 O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: DEFINIÇÃO E CONCEITUAÇÃO

Em que pese na teoria tenha ocorrido a abolição da escravatura, o trabalho escravo e degradantes e manteve de outra maneira no sistema, visto que ainda existem trabalhadores em condições análogas às de escravo e empregadores com mentalidade e comportamento escravocratas, configurando a escravidão contemporânea caracterizada por trabalhadores oprimidos, vítimas das humilhações constantes, do abismo da desigualdade social, econômica, racial e cultural e da coisificação do homem.

De acordo com CASSAR, 2008, atualmente configura-se uma falsa liberdade, eis que embora libertos, não houve por parte dos governos a implementação de políticas públicas de integração do ex-escravo ao meio social. Somados a isto, com a grande oferta de mão-de-obra e a escassez de postos de trabalho, os trabalhadores voltaram a se submeter a condições indignas:

> "Cabe salientar que, embora tenha libertado os negros das senzalas, o governo brasileiro não se preocupou em criar normas e/ou condições para que o antigo escravo se integrasse, efetivamente, ao meio social como verdadeiro cidadão. Desse modo, foi enxotado para as margens da sociedade, sem qualquer direito ou proteção estatal, o que levou muitos deles ao retorno às condições precárias de trabalho, posto que se viram obrigados a laborar em troca de um prato de comida." (CASSAR, 2008, P. 97)

Já Monteiro, 2011, entende que a forma análoga de escravidão, vista atualmente, é

bem mais vantajosa tanto no ponto de vista financeiro, quanto no operacional:

> "Percebe-se que o trabalho similar ao do antigo escravo se manteve, mas agora com uma nova roupagem, apresentando-se com uma maior freqüência sob a forma de servidão, ou "peonagem" por dívida. Nela, o trabalhador empenha sua própria capacidade de trabalho ou a de pessoas sob sua responsabilidade a fim de que suas dívidas sejam saldadas. E isso acontece sem que o valor do serviço executado seja abatido da conta de forma razoável ou que a duração e a natureza do serviço estejam claramente definidas. A nova escravidão é mais vantajosa para os empresários que a da época do Brasil Colônia, pelo menos do ponto de vista financeiro e operacional, já que as diferenças étnicas não são mais levadas em conta durante a escolha da mão-de-obra e a seleção desta, agora, dá-se apenas quanto à capacidade produtiva." (MONTEIRO, 2015)

A forma análoga à escravidão, e atual, é bem diferente de todos os patamares mencionados no item acima, eis que embora motivada pelos ideais do capitalismo, o homem é colocado na sua forma de liberdade, ainda que seja uma liberdade irreal, por vezes sem amarras físicas, mas preso por sua própria condição de dependência/hipossuficiência em relação ao seu empregador. Neste sentido, têm-se as palavras de SENTO-SÉ (2000, p. 12):

> "[...] poderíamos conceituar o trabalho escravo contemporâneo na zona rural, como sendo aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradante, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimentos físico e moral, que vai desde a de formação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar o lucro às custas da exploração do trabalhador."

Pois bem, quanto ao contexto de trabalho do escravo moderno, sabemos que as situações são as mais degradantes e humilhantes possíveis. Nos casos da usinas de cana-de-açúcar e das confecções que ainda encontram-se às margens com a legislação trabalhista (frisando que nem todas as usinas de cana-de-açúcar e nem todas as confecções possuem trabalhadores escravos ou em condições análogas às de escravo), presencia-se a seguinte realidade:

- precária;
trabalhadore - ausência de água potável para o consumo dos trabalhadores;
s sem- local mal-cheiroso;
banheiros - local de trabalho contendo muita poeira;
nos locais-ausência de ventilação adequada ao ambiente laboral;
de trabalho,ausência de local adequado para a realização das refeições e descanso;
ou a sua- limitação no uso de EPI`s (Equipamento de Proteção Individual), quando eles existência ésão fornecidos.

Lembrando que o trabalho escravo contemporâneo geralmente é caracterizado pelo trabalho forçado ou obrigatório, para o pagamento de dívidas e mediante tortura, e muitas vezes fruto do tráfico de seres humanos. Nestes casos, os trabalhadores não estão trabalhando por livre e espontânea vontade, mas de forma coagida.

Segundo a OIT[10] (Organização Internacional do Trabalho), a escravidão no Brasil contemporâneo existe, apresentando-se de maneira mais sutil do que no período colonial e, por isso mesmo, com características perversas. A mais visível delas é a falta de liberdade de locomoção, manifestando-se através da servidão por dívida, da retenção de documentos, da dificuldade de acesso ao local de trabalho e ainda pela presença de guardas armados. Essas características são frequentemente acompanhadas de condições subumanas de vida e de trabalho além do absoluto desrespeito à dignidade da pessoa humana (ILO, 2015).

BRASIL	ANTIGA ESCRAVIDÃO	NOVA ESCRAVIDÃO
Propriedade legal	Permitida	Proibida
Custo na aquisição da mão-de-obra.	Alto. A riqueza de uma pessoa podia ser medida pela quantidade de escravos.	Muito baixo. Não há compra e, muitas vezes, gasta-se apenas com o transporte.
Lucros	Altos.	Baixos.

Mão-de-obra	Escassa. Dependência do tráfico negreiro, prisão de índios ou reprodução.Em1850,umescravo era vendido por uma quantia equivalente a R$120 milreais.	Descartável. Um grande contingente de trabalhadores desempregados.
Relacionamento	Longo período. A vida inteira do escravo e até de seus descendentes.	Curto período. Terminado o serviço não é mais necessário prover o sustento.
Diferençasétnicas	Relevantesparaaescravização.	Pouco relevantes. Qualquer pessoa pobre e miserável se torna escrava, independente da cor da pele.
Manutenção da ordem	Ameaças, violência psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos.	Ameaças, violência psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos.

O sociólogo norte-americano Kevin Bales, considerado um dos maiores especialistas no tema, traça em seu livro “Disposable People: New Slavery in the Global Economy” (Gente Descartável: A Nova Escravidão na Economia Mundial) paralelos entre esses dois sistemas que foram aqui adaptados pela Repórter Brasil para a realidade brasileira, vejamos (REPORTER BRASIL, 2015):

Por conseguinte, nota-se que o trabalho similar ao do antigo escravo se manteve, mas agora com uma nova roupagem, sob a forma de servidão por dívida, ou em condiçõesforçadasoudegradantes.Todavia,deacordocomosdoutrinadoresreferenciados,a nova escravidão é mais vantajosa para os empresários que a antiga, pelo menos do ponto de vista financeiro e operacional, já que as diferenças étnicas não são mais levadas em conta durante a escolha da mão-de-obra e a seleção desta, agora, dá-se apenas quanto à capacidade produtiva.

Diante do exposto, discorrer sobre o tema tem a finalidade de sensibilizar a sociedade quanto ao combate e erradicação do trabalho escravo contemporâneo e esclarecer sobre os direitos trabalhistas do cidadão, reforçando a importância de construir uma rede de informações e relações para enfrentar esse tipo de exploração.

3 ATUAÇÕES CONCERNENTES À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕESANÁLOGASÀSDEESCRAVO

São diversas as medidas já tomadas, e as que ainda devem ser tomadas para a erradicação do trabalho escravo, vejamos:

- Atuação intensa do MPT – Ministério Público do Trabalho, através das fiscalizações, Ações Civis Públicas e trabalhos de conscientização acerca da erradicação do trabalho escravo, como a publicação da Cartilha do Trabalho Escravo no site http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt;

- Atuação do MTE – Ministério do Trabalho e Emprego, disponibilizandoseusAuditoresFiscaisdoTrabalhoparaaefetivafiscalizaçãonoslocaismais remotos e para as devidas autuações dos infratores. Por esse motivo há a necessidade de aumentar o quadro de Auditores efetivos, assim existiria uma fiscalização maisabrangente;

- Atuação dos TRTs – Tribunais Regionais do Trabalho, através da celeridade processual especial nos processos que apresentem indícios de trabalho escravo e julgamentos exímios no que tange à punibilidade dos infratores, além do trabalho de conscientização realizado nasociedade;

- Atuação da OIT–Organização Internacional do Trabalho, através do seu Projeto de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil BRA/01/50/USA edassuas

Convenções. Este projeto busca promover a atuação integrada e fortalecer as ações de todas as instituições nacionais parceiras que defendemos direitos humanos, principalmente no âmbito da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. O Projeto prevê também a reabilitação de trabalhadores resgatados para evitar seu retorno ao trabalho escravo.

Quanto às medidas que devem ser tomadas para o trabalho análogo ao de escravo ser erradicado, temos as medidas legislativas, atacando as práticas criminosas do trabalho forçado na sua origem, eliminando outros aspectos de exploração laboral e promovendo oportunidades de trabalho digno, a conscientização da sociedade em retaliar os empregadores escravocratas modernos.

4 IMPACTOS SOCIOECÔNOMICOS E AMBIENTAIS GERADOS PELO TRABALHO ESCRAVO

Vale considerar que a mazela deixada pelo trabalho escravo não impacta apenas empregado e empregador, mas "contamina" toda a sociedade com os seus reflexos, pois, conforme se depreende das diversas matérias sobre trabalho escravo do site Repórter Brasil (REPORTER BRASIL, 2015), todas as propriedades ou estabelecimentos que mantêm trabalhadores em condições análogas às de escravo, também não respeitam a legislação ambiental, fiscal e trabalhista. Então, é costumeiro as empresas escravocratas contemporâneas manterem irregularidades fiscais, trabalhistas e ambientais. Além da situação psíquica do empregado, que geralmente resta abalada pelas condições degradantes às quais é exposto.

Através dos dados informados pelo MTE – Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 2015), normalmente o trabalhador explorado labora em ambientes de pouca higiene, correndo o risco de se adquirir doenças, assim como, é frequente a infração às normas ambientais, sejam relacionadas ao meio ambiente ecológico, sejam ao meio ambiente de trabalho.

5 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como um dos princípios norteadores de todo ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana bem como a valorização do trabalho.

Neste sentido preceitua o art. 1º da CR/88:

> Art.1ºA 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:
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa(…)

A dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho estão diretamente relacionadas ao direito do homem, sendo considerados direitos fundamentais tutelados pelo Estado brasileiro através de tratados internacionais de direitos humanos.

Neste ínterim, torna-se relevante distinguir a dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil, da dignidade como princípio, como será exposto adiante.

Segundo Kant (KANT *apud* COMPARATO, 2001, p. 20), dignidade é uma coisa que está acima de todo preço, não permitindo ser substituída por algo equivalente, que constitui uma condição para algo que seja um fim em si mesmo e que possui um valor interno. Está relacionada a uma construção de ordem moral.

Este conceito é comungado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 2015), que reconhece que a razão é a causa justificadora da dignidade e de direitos.

Percebe-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado um dever de abstenção, que se exprime na obrigação dos órgãos estatais de não praticar atos contrários à dignidade pessoal, e também uma obrigação positiva, no sentido de impor aos agentes públicos o dever de adotar condutas e estratégias, com vistas a tornar efetiva e resguardar a dignidade pessoal dos indivíduos.

Logo, cabe ao Estado não apenas conferir ao homem a oportunidade de acesso ao trabalho, mas também cuidar para que o trabalho seja executado em condições dignas, considerando que o trabalho ocupa posição de destaque, assegurando a sobrevivência do indivíduo e garantindo a própria dignidade. A partir desse raciocínio, entende-se que a dignidade garante o trabalho, e o trabalho garante a própria dignidade.

A dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil se assenta na existência digna (art. 170, *caput*, CR), ao passo que a dignidade como princípio preconiza o direito á dignidade (art. 227, *caput*, CR).

A dignidade da pessoa humana como fundamento destaca que o Estado existe em

função da pessoa humana e não o oposto, e que o ser humano constitui o objetivo máximo da atividade estatal (SARLET, 2012, p. 67-68). Enquanto o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente vinculado a direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física e psíquica, à intimidade, à honra, à imagem, ao trabalho, à saúde, à moradia, dentre outros.

Desse modo, conforme entendimento de Alexy (ALEXY, 2008, p. 107), a dignidade da pessoa humana se distingue entre regras e princípios. Sendo assim, a dignidade como fundamento se trata de uma regra jurídica absoluta, é uma norma que sempre é satisfeita ou não satisfeita. Se a regra vale, deve-se, então, agir exatamente como ela determina.

Nesse contexto, a dignidade como princípio se trata de um "mandamento de otimização", que pode ser realizada em graus variados, prescrevendo algo relacionado à proteção e à promoção da dignidade da pessoa, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto que as regras expressam prescrições imperativas de conduta.

De acordo com Silva (SILVA, 2010, p. 68-79), conclui-se, portanto, que na qualidade de princípio normativo fundamental (CF, art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, exigindo o reconhecimento e a realização dos direitos fundamentais de todas as dimensões, de sorte que não há dignidade sem que se reconheçam ao indivíduo os direitos fundamentais que lhe são inerentes pela simples condição de ser humano.

Diante deste entendimento, resta-nos evidente que o principal fundamento para a vedação de todas as espécies de trabalho análogo ao de escravo é a dignidade da pessoa humana. Tanto é verdade, que o STF – Supremo Tribunal Federal entendeu que o crime de redução a condição análoga à de escravo, definido pelo art. 149 do Código Penal, viola o conjunto normativo constitucional que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano, caracterizando-se como crime contra a organização do trabalho, atingindo, não só o sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os trabalhadores, mas os próprios obreiros, nas esferas em que a Constituição Federal lhes confere proteção máxima,de sorte a atrair a competência da Justiça Federal para seu julgamento (STF, 2015).

No que tange à valorização do trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu capítulo II, assim titulado como "Dos Direitos Sociais", também tutela como um dos direitos fundamentais no art. 6º (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2015):

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Em seu artigo 7º a Carta Magna traz um rol de direitos e garantias fundamentais especialmente destinados aos trabalhadores urbanos e rurais, visando à melhoria de suas condições sociais, elencando assim, uma série de direitos invioláveis designados a todos os trabalhadores.

No cenário do trabalho escravo contemporâneo é nítida a violação dos direitos sociais destinados aos trabalhadores, além do princípio da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, a lei trabalhista.

Desse modo, pelo disposto alhures, vários são os abusos sofridos por estas vítimas, como o direito à moradia, à saúde, direito de liberdade e ao direito de um trabalho digno, que está tutelado pela Constituição e pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT, 2015).

Neste sentido, viver uma situação de trabalho escravo, é ter uma experiência oposta ao exercício da cidadania[57], além de ser mais que um problema trabalhista e social, se trata de uma ofensa à honra e à moral do trabalhador, além de configurar uma grave ofensa aos direitos humanos, por conseguinte, a existência do trabalho escravo no Brasil configura um retrocesso econômico e social[58].

Diante o exposto, nota-se que o trabalho exprime a dignidade da pessoa humana, por essa razão, nas rotinas trabalhistas deve-se observar os princípios constitucionais, a fim de manter uma relação empregatícia saudável e protegida no âmbito jurídico no que se refere a regras e princípios constitucionais.

6 TRABALHO SOFRIDO X TRABALHO FONTE DEVIDA

O trabalho é atividade que dignifica e edifica o ser humano, por esse motivo, é muito mais que mero labor e fonte de renda. Partindo dessas premissas, podemos confrontar a realidade do filme “12 anos de escravidão” com os filmes “Uma mente brilhante” e “Teoria de tudo”, pois, o primeiro, impõe o exercício do trabalho como algo penoso ao trabalhador,

[57]Cidadania no sentido de exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais estabelecidos na Constituição.
[58]Sinônimo de recessão e instabilidade econômica, social e jurídica. Guarda íntima relação com a noção de insegurança jurídica

como algo que reduz o indivíduo a nada, como verdadeiro castigo, enquanto nos demais, o trabalho é evidenciado como razão de viver, objetivo de vida, simbolizando de fato que a dignidade do ser humano pode ser revelada através do seu trabalho, além de garantida por ele.

Em “12 anos de escravidão”, filme que narra a escravidão de um homem que já era livre, mas foi surpreendido como escravo, e nesta situação permaneceu por 12 anos, verificamos as seguintes afirmações escravocratas:

- “Não existe justiça e integridade na escravidão.”

- “Verdades universais nunca mudam.”

- “Escravidão é um mau que ninguém merece.”

Através da análise dessas afirmativas expressadas no filme, percebemos as nuances de sofrimento dos escravos, a desigualdade declarada entre negros e brancos e a supressão de direitos de liberdade e de expressão.

No entanto, a sociedade livre e justa prega que brancos e negros são iguais e que o certo e o justo não mudam, razão do repúdio à escravidão, em que pese a realidade cruel de exploração e crueldade ainda na atualidade.

Em contrapartida, o filme “Uma mente brilhante”, que tem um matemático como personagem, que sofre de esquizofrenia, deixa claro que apesar das limitações, o indivíduo exerce seu trabalho de forma magnífica, e assevera:

- “Existem soluções diversas para o mesmo problema.”
- “Além do trabalho, existem outras coisas.”
- “É preciso acreditar que o que é extraordinário, é possível.”

Dessa forma, resta evidente que o trabalho é o impulso que mantém o personagem vivo. Assim como em “Teoria de tudo”, estrelado por um físico, portador de uma doença degenerativa chamada doença do neurônio motor, que lança além das diversas sementes de entusiasmo e perseverança que têm como ponto de partida o exercício do trabalho, a seguinte lição: “Não deve ter limites a atividade humana. Enquanto há vida, há esperança!”

Deste modo, o cerne da análise dos filmes anseia em deixar muito claro que a escravidão é uma mazela existente no âmbito das relações de trabalho e que deve ser abolida de fato. Em contrapartida, o trabalho digno deve ser garantido a todo ser humano, vez que resta-nos claro sua função não apenas social, mas também vital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, resta-nos evidente que o mal maior na existência do trabalho escravo é a dura realidade da existência de empregadores com comportamentos escravocratas.

A ideia central da relação de emprego é que o principal capital de uma empresa é composto por seus colaboradores. Mas, se estes são escravos, o núcleo dessa empresa é representado pelas mazelas de uma sociedade capitalista, que corriqueira mente visa simplesmente o lucro em detrimento da qualidade devida da sociedade e de sua riqueza moral.

Cabe ressaltar que em pleno século XXI a relação de trabalho escravo configura verdadeiro retrocesso social, portanto, carrega consigo violação de direitos intrínsecos aos seres humanos.

Quanto à erradicação do trabalho escravo, se faz necessária a conscientização da sociedade e a punição daqueles que promovem o trabalho escravo em suas propriedades, sejam elas urbanas ou rurais.

Através da realidade concreta, constata-se que a manutenção do trabalho escravo atualmente vislumbra a carência de valores éticos, morais e sociais de alguns empregadores, e da necessidade econômico-financeira de muitos empregados.

Nesse ínterim, vale ressaltar que o trabalho é algo que deve ser benéfico para o ser humano, que deve proporcionar o seu desenvolvimento, e não motivo desofrimento. Sendo assim, talvez a chave para se trancar a escravidão na escuridão do passado seja a humanização do próprio ser humano enquanto empregador, e a geração de empregos dignos, condizentes com a legislação e com a qualidade de vida, aos trabalhadores vítimas da escravidão moderna.

REFERÊNCIAS

12 ANOS DE ESCRAVIDÃO. Direção: Steve McQueen. Sony Pictures, 2013. Duração: 135 minutos. Elenco: Brad Pitt, Michael Fassbender, ChiwetelEjiofor, Benedict Cumberbatch, Garret Dillahunt, Michael Kenneth, Paul Dano,Paul Giamatti, Ruth Negga, Sarah Paulson, ScootMcNairy.

A TEORIA DE TUDO. Direção: James Marsh. Reino Unido: 2014. Universal Pictures.

Duração: 123 minutos. Elenco: Eddie Redmayne, Felicity Jones, Tom Prior, Sophie Perry, Finlay Wright-Stephens, Harry Lloyd, David Thewlis, Thomas Morrison, Michael Marcus, Gruffudd Glyn.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. De1988*. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 02 out. 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.p.20.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS. Disponível em<http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 15/10/2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVADO BRASIL. Disponívelem<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em 05/10/2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*.-4.ed.- São Paulo: LTr,2013.

MACHADO, Sidnei. *Trabalho escravo e trabalho livre no Brasil: alguns paradoxos históricos do direito do trabalho*, 2012. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1766/1463>. Acesso em 08 out. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente do trabalho, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ltr, 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO.Disponívelem<http://www.mte.gov.br/ index.php/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo>. Acesso em 02 out. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Disponível em: <http://portal.mpt. mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/area-atuacao/trabalho escravo/lut>. Acesso em 03 out. 2015.

MONTEIRO, Mariah. *A escravidão contemporânea do setor sucro-alcooleiro*. Disponível em: <http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-17/a-escravidao-

contemporanea-do-setor-sucro-alcooleiro>. Acesso em 05 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/>. Acesso em 04 out. 2015.

_____.<http://www.ilo.org/brasilia/centro-de-informacoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em 03/10/2015.

PIOVESAN, Flávia. *Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos*. Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação, NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coord.) 2.ed.São Paulo: LTr,2011.

REPORTER BRASIL. Disponível em: <www.reporterbrasil.com.br>. Acesso em 03/10/2015.

_____. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/trabalho-escravo/comparacao-entre-a-nova-escravidao-e-o-antigo-sistema/>. Acesso em 18/12/2015.

SAKAMOTO, Leonardo. *A economia do trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. In: Cerqueira,G.C.etal(orgs.).*Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SENTO-SÉ. Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA,MarcelloRibeiro.*Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*. Goiânia, 2010. P.68-79.

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 398041/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 30.11.2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=398041&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 05/10/2015.

TRIBUNAL REGIONAL DOTRABALHODA9ªREGIÃO. Disponível em<http://www.trt9.jus.br>. Acesso em 30 set. 2015.

UMA MENTE BRILHANTE. Direção:RonHoward.EUA:2002.UniversalPictures.Duração: 135 minutos. Elenco: Russell Crowe, Jennifer Connelly, Ed Harris, Paul Bettany, Adam Goldberg, Vivien Cardone, Judd Hirsch, Josh Lucas, Anthony Rapp, Christopher Plummer, David B.Allen.

VIANA, Márcio Túlio. *Trabalho escravo e "lista suja": um modo original de se remover uma*

mancha / Márcio Túlio Viana. RevistaLTr: legislação do trabalho, v.71, n.8, p.925-938, ago., 2007.

RESSIGNIFICAÇÃO DA MORTE: UMA REFLEXÃO SOBRE O FILME “A PARTIDA” E AS ATIVIDADES PROFISSIONAIS FUNERÁRIAS CONTEMPORÂNEAS

Árife Amaral Melo[59]

RESUMO

O presente artigo propõe-se a apresentar uma análise qualitativa a respeito da relação entre o processo de ressignificação da morte e os mecanismos envolvendo as atividades profissionais funerárias, nas quais se percebem hoje muito mais o seu caráter utilitário do que sacral, tendo como parâmetro a mercantilização desses serviços e a valorização dos aspectos técnicos realizados por terceiros. Nesse sentido, é importante analisar os processos sociais e ideológicos envolvidos para compreender tal fenômeno, procurando identificar que tais variações no cenário fúnebre refletem também uma relação com o processo de mudanças significativas de conduta, particularmente no que se refere à morte, que diante do oferecimento de facilidades "modernas", poupa os enlutados de manter contato direto com os cadáveres de seus entes recém falecidos, proporcionando um contexto ideológico no qual se alimenta um mercado, que através da racionalização de suas atividades contribui para uma nova significação da morte, na qual sua dimensão religiosa passa a coexistir com processos racionalizados. Para exemplificar, serão utilizadas algumas passagens do filme japonês A Partida, vencedor do Oscar de melhor filme estrangeiro de 2009, que conta a trajetória do personagem Daigo, que desenvolve a atividade de *nokanshi*, uma profissão muito semelhante à tanatopraxia no Brasil.

Palavras-Chave: Morte, tanatopraxia, ressignificação.

ABSTRACT

This article proposes to present a qualitative analysis about the relationship between the re-signification process of death and its relationship with the mechanisms involving the funeral professional activities in which to perceive today more your character utilitary than sacral,

[59]*Doutorando em Ciências Sociais, UNESP/Marília*

having as parameter the mercantilization of these services and the valorization of the technical aspects realized by third parties. Therefore, it is important to analyze the social and ideological processes involved to understand this phenomenon, trying to identify such variations in the funeral scene also reflect a relationship with the process of significatives changes in behavior, particularly in relation to death, before offering of "modern" facilities save the bereaved to maintain direct contact with the bodies of their loved recently deceased, providing an ideological context in which it feeds a market that by racionalization its activities contributes to a new meaning of death, in which religious dimension goes to coexist with racionalized processes in dealing with it. As an example, will be used some passages of the Japanese film The Passing, Oscar winner for best foreign film in 2009, which tells the story of Daigo character who develops nokanshi activity, a profession very similar to thanatopraxy in Brazil.

Keywords: Death, thanatopraxy, re-signification.

INTRODUÇÃO

A morte e o cadáver são elementos da vida cotidiana. Em maior ou menor grau, implicam examinar de que maneira a finitude da vida causa impacto na sociedade dos viventes, bem como suas repercussões na atitude perante esses dois aspectos. Nesse sentido, deve-se considerar alguns exemplos no que se refere a esse evento (a morte), bem como compreender que ocorre um processo de ressignificação da morte. Tal processo atinge práticas que demonstram uma possível mercantilização da morte como fenômeno, evidenciando algumas perspectivas ideológicas, principalmente no que se refere aos mecanismos racionais e afetivos que influenciam não somente nos aspectos religiosos mas também socioeconômicos relativos à morte e ao corpo.

Compreendendo *a priori* que os agentes sociais na trajetória de suas vidas transmitem uma herança social, essa mesma herança, via de regra, impõe aos seus sucessores perpetuação, mesmo que esta se desenvolva com novas características, nesse caso ressignificadas, quer seja materialmente ou abstratamente. A vida social, dotada de sentido, se faz não somente quando o indivíduo em sociedade expressa seus valores, mas sobretudo quando outros o realizam. O mesmo pode-se dizer com relação à morte: a mentalidade ou a ideologia pode ser analisada não só após o momento derradeiro e/ou ao tratamento dado ao morto, mas principalmente na

mensagem dada pelos vivos, conforme nota-se na constituição dos cemitérios e outras formas de expressão funerária, como no caso aqui analisado, a atividade profissional que envolve as atividades profissionais em torno da morte e do morto.

Para delimitar o campo dessa reflexão, é importante localizar sociologicamente os aspectos que envolvem a ação em torno do que se fazer com os corpos. As atividades que implicam destinos a ser dados ao corpo (enterrar, sepultar, cremar, embalsamar, etc.) compõem elementos imanentes no processo de socialização. Considerando essas atividades como maneiras *macabras* de socialização, entende-se que o rito funerário possui uma carga simbólica importante para que o vivo possa suportar a perda: homenagear aqueles que se foram para assim eternizá-los, desenvolvendo uma memória afetiva que projete para os vivos as virtudes ou grandezas dos que se foram, é também uma motivação de caráter valorativo sobre a história de si e daqueles que possuem algum grau de proximidade com seus mortos. O *locus* de lamentação e saudade está intimamente vinculado às nuances religiosas do ato de lidar com o cadáver e lhe prestar homenagem, mas de certa forma, implica a prática de um ritual reflexivo que remete ao momento histórico e social dos grupos envolvidos, deixando como legado uma preponderância de visão de mundo que pode ficar cristalizada em um túmulo, mausoléu, urna para cinzas ou obra picto-crematória[60]. Isso ocorre porque a forma como esses elementos são dispostos e dotados de algum simbolismo é dinâmica, e a influência de uma sociedade que expressa seus valores é refletida até mesmo na maneira como os vivos tratam seus mortos, ou seja, o cadáver é desintegrado e não mais visível, mas seus valores em vida, bem como os de seus familiares e/ou do grupo ao qual pertenceu poderão ser eternizados pelo tipo de atividade empregada na construção de seu memorial mortuário.

Considerando que as formas de preservação da memória do morto é um elemento marcante de expressão cultural, existe então uma perspectiva de reconhecimento social projetado ao futuro, numa dimensão íntima, mas que visa notoriedade e admiração de outros (os vivos). Dado esse cenário, cria-se uma situação na qual os mortos permanecem vivos na memória, porém num espaço determinado e significado pelos viventes. O aspecto intangível do corpo daquele que se foi permanece, mas deveria *a priori* deixar sinais tangíveis no ato deser honrado e purificado, bem como conduzido a um local e instalações apropriadas.

[60] A arte picto-crematória é um processo no qual um artista plástico mistura as cinzas do corpo cremado ao material utilizado para sua obra, de acordo com a encomenda feita pelo morto ainda em vida ou pelos seus entes após a cremação.

Ideologicamente reproduzida pelo senso comum, a morte é vista como o mais "democrático" dos eventos da vida humana, pois comumente acredita-se que ela não faz nenhuma distinção (social, econômica, política, etc.) para tirar os vivos do convívio com os seus pares. Contudo, apesar da eloquência da afirmação, essa ideia se limita somente ao aspecto biológico do fim da vida, pois ao lidar com a morte os vivos deixam, quer seja intencional ou desinteressadamente, evidentes as diferenças sociais. Ter acesso a determinados *bens mortuários ou funerários* denota que as mesmas discrepâncias encontradas na vida são também encontradas na morte. Por essa razão, o enterro ou a cremação, bem como o túmulo, a obra picto-crematória ou a urna para cinzas não se configuram tão somente como um cultivo da memória dos antepassados, mas também uma forma de expressão dos que vivem e projetam suas aspirações e concepções de mundo através da composição desses diversos tipos de memorial.

Apesar de serem elementos sacralizados, os aspectos extrarreligiosos, de certa maneira, até lhe conferem uma razão de ser, pois, apesar do sofrimento da perda e a busca pelo descanso dos entes que se foram ser uma questão típica de um *ethos* religioso, os fatores materiais também exercem influência sobre as ações feretrais. Segundo Weber (1974, p. 310), "*É claro que o modo de vida determinado religiosamente é, em si, profundamente influenciado pelos fatores econômicos e políticos que operam dentro de determinados limites geográficos, políticos, sociais e nacionais*". Destarte, esses memoriais não são meros catalisadores religiosos de contemplação e luto, mas ali se localizam expressões identitárias e culturais que denotam a influência das transformações da sociedade *ad extra* luto e da morfologia mortuária, no qual o processo de secularização, racionalização e de apropriação dos mecanismos econômicos ressignificam a morte e o luto.

Partindo da apropriação e da reprodução de um sistema vigente em torno da morte e da constituição da morfologia, gera-se uma mudança naquele sentido sacral para uma situação na qual o luto e a memória são cada vez mais passíveis de movimentar uma logística e um mercado. Nesse sentido, o trato dado aos mortos possibilita o surgimento de profissionais especializados na tarefa de proporcionar aos cadáveres os devidos cuidados, tanto no que se refere à sua composição durante o velório quanto ao fim que será dado ao corpo. A saída do necrotério até a inscrição do epitáfio envolve uma gama de indivíduos que fazem da atividade voltada aos mortos uma profissão, e da morte um meio de vida, pois estes profissionais isentam amigos e parentes, antes responsáveis por todo esse trabalho, para se dedicar exclusivamente à

dor da perda e às homenagens devidas aos que partiram. Para que isso ocorra, processos são desenvolvidos a tal ponto que sua influência pode ser percebida tanto nas técnicas empregadas na lide com os mortos, bem como no local onde estes serão depositados, numa significação que permite observar criticamente a constituição dos espaços fúnebres.

1 "A PARTIDA": REFLEXÕES SOBRE VIDA E MORTE

Para exemplificar as questões em torno da ressignificação da morte, pode-se tomar como reflexão a obra cinematográfica *Okuribito*, intitulado como "A partida" no Brasil, que foi premiado com o Oscar de melhor filme estrangeiro em 2009. O filme conta a trajetória dom personagem Daigo, que de músico violoncelista passa a exercer a atividade de *nokanshi*, que na sociedade ocidental seria o equivalente à atividade profissional do tanatopraxista.

O personagem, desempregado por ter sua orquestra dissolvida, decide voltar com sua esposa para o interior do Japão para morar na casa que recebeu de herança de sua mãe já falecida. Procurando por emprego em classificados de jornais, encontra um anúncio de uma agência cujo lema seria "ajudamos a partir". Daigo vai em busca do emprego e se depara com uma agência funerária, que presta os serviços de *nokanshi*. A princípio, se vê relutante em aceitar o emprego. No entanto, já recebe uma boa quantidade de dinheiro só por aceitar trabalhar. No início, sofre muito com os aspectos práticos da profissão, mas aos poucos se habitua e começa a perceber na atividade que o trato com a morte é necessário e torná-lo digno é uma forma de suavizar o impacto traumatizante que a morte exerce sobre os vivos. Em suma: existe um processo de ressignificação da morte não somente para os que de despedem, mas também para quem exerce a profissão de *nokanshi*.

É importante ressaltar nesse ponto que as atividades de *nokanshi* e tanatopraxia são semelhantes em caráter geral, mas possuem algumas diferenças fundamentais do ponto de vista sociológico: o *nokanshi* prepara o corpo assim como um tanatopraxista, porém existe um aspecto ritual na sua execução extremamente relevante: o processo de tratamento e embelezamento do cadáver é feito às vistas da família, como sinal de trazer aos entes do falecido uma dignidade no trato com a morte e no processo de luto. Não é o caso da atividade de tanatopraxia: o processo de tratamento do cadáver é realizado completamente alheio aos olhares

dos entes do morto, realizado em ambiente destinado a esse fim e só após todo o trabalho realizado, já no velório, a família tem contato com o cadáver preparado. Enquanto a atividade do personagem envolve aspectos simbólicos que incidem sobre a profissão, o tanatopraxista enfoca seu trabalho nos aspectos técnicos.

A "tecnicidade" em torno da maneira como se lida com o cadáver carrega em seu bojo um processo no qual os aspectos racionais estão presentes e amalgamados com aspectos afetivos da morte, pois o serviço oferecido não se resume à mera atividade profissional daquele que pretende fazer do cadáver algo apresentável; é poupar os familiares e amigos de terem que, no momento da dor, lidar com o cadáver diretamente, delegando assim, essa tarefa a terceiros, consolidando assim, um aspecto da mercantilização da morte.

Mercantilizada, pois, essa atividade, inevitavelmente se desenvolve nesse processo pelas diversas maneiras de demonstração de *status* e diferenciação social de viés simbólico, haja vista que esse tipo de serviço não é (ainda) popularizado, ficando restrito a quem possa arcar financeiramente com essas despesas- quer sejam previamente estabelecidas pelo morto ainda em vida, ou pelos familiares e amigos que se dispuserem a custear tal homenagem, movimentando um mercado específico e ascendente. Isso pode ser observado no filme, pois a atividade de *nokanshi* de Daigo é muito bem remunerada, tendo em vista o público que atende, capaz de pagar pelos serviços da empresa na qual trabalha.

Também vale salientar que as atividades voltadas para esse fim dão um caráter "personalizado" ao luto, não somente pela tanatopraxia, mas também pelos serviços que rodeiam o velório e seu cotidiano, individualmente preparados e voltados a um público específico. Segundo ARAÚJO (2012, p.347), uma morte personalizada e luxuosa tem por princípio algo de ostentação:

> Personalizar significa representar a pessoa de alguém. No mercado da morte significa tornar pessoal e dar caráter pessoal ao serviço fúnebre oferecido. A justificativa do setor funerário é que diante de um mercado tão competitivo, houve a necessidade de um novo "conceito de atendimento humanizado", voltado ao cliente. As funerárias procuram oferecer cerimônias cada vez mais luxuosas, com música, coquetel e tiram da família a responsabilidade organizativa de um cerimonial. Poderíamos chamar de "mercado da morte da classe A". A ideia é tratar o morto como se vivo ele estivesse.

Demonstrar aos vivos determinada mensagem a partir das práticas relacionadas ao trato com o morto é uma atitude valorativa, simbólica e legitimante. A ordem social estabelecida interfere diretamente na maneira como os vivos tratam os seus mortos e isso ocorre fortemente

no âmbito religioso: a relação entre a religião e a legitimação se dá no que se refere à utilização dos preceitos religiosos como forma ampla de delimitar os aspectos sacrais dos não sacrais. Dessa maneira é estruturado o túmulo ou qualquer outro tipo de memorial, no qual o rito fúnebre seria o fator demonstrativo da morte do ponto de vista religioso. Porém, a relação entre o sacro e o profano é mais intima do que aparenta, pois, concomitante a isso também há a construção de um aparato material que reflete os valores sociais, morais e simbólicos daqueles que ali cultuam sua memória. Um memorial encomendado pelos seus não exibe somente a superação da morte, mas também, a capacidade de demonstrar sua presença no decorrer dos tempos. Segundo Berger (1985, p. 48-49)

> [...]A legitimação religiosa pretende relacionar a realidade humanamente definida como a realidade última, universal e sagrada. As construções da atividade humana, intrinsecamente precárias e contraditórias, recebem assim, a aparência de definitiva segurança e permanência.

O trabalho de Daigo está inserido numa sociedade culturalmente distinta da brasileira, mas ainda assim apresenta algumas verossimilhanças. Até a segunda metade do século XX, particularmente no Brasil, a morte ainda se apresentava como um evento intimista, dada a relação de proximidade entre vivos e mortos num espaço muito próximo, haja vista que não raro o velório e o enterro eram realizados em locais hoje considerados impróprios, como o velório realizado no interior da própria casa ou o enterro realizado nos fundos da sede de uma fazenda. Vale salientar que a prática da cremação apesar de já existir ainda não era popular nesse período, devido à forte influência católica que destina especial atenção à inumação como destino a ser dado aos mortos. No entanto, a inumação comumente era realizada sem nenhum rigor técnico. No caso brasileiro, Gilberto Freyre (2005, p. 526), observa os questionamentos sobre a viabilidade da inumação próxima à casa dos grandes fazendeiros, pois eram

> (...) capelas que eram verdadeiras puxadas da habitação patriarcal. Os mortos ficavam na companhia dos vivos: até que os higienistas já no segundo Império, começaram perguntar: “até quando persistirá a triste prerrogativa dos mortos envenenarem a vida dos vivos?

A tese higienista pode ser considerada um dos pontos iniciais do processo de ressignificação da morte, haja vista que a preocupação não se dá mais referente ao aspecto místico do corpo, mas sim ao seu aspecto físico: corpos mal depositados podem ser prejudiciais à saúde. Nesse ponto, pode-se utilizar o mesmo raciocínio para a atividade profissional da

tanatopraxia, já que esses profissionais possuem formação e equipamento apropriado para exercer sua atividade, incluindo, nesse processo, uma outra perspectiva interessante sobre o cadáver que é o da sua objetificação, que será tratado posteriormente neste artigo. No filme analisado, isso fica evidenciado no momento final do filme, no qual Daigo realizará todo o procedimento *nokanshi* no cadáver de seu próprio pai, com quem não tinha relações desde criança. Naquele momento, não era apenas mais um cadáver, mas sim o de um ente querido, que exigiu do personagem toda uma carga emocional durante a execução da atividade.

2A MORTE E SEU SIGNIFICADO NUMA SOCIEDADE RACIONALIZADA

Os procedimentos sociais envolvendo a morte (luto, inumação, cremação, constituição de memorial) perpassam por fatores *a priori* na questão da religiosidade. Desde o momento do morrer até o respeito para com o cadáver implicam circunstâncias determinadas por uma religião e no caso brasileiro em particular, na sua maioria, denominações cristãs. A simbologia da cruz e do crucifixo no caso católico remete à esperança da salvação das almas e do culto a elas. No entanto, estes elementos não deixam, concomitantemente, de serem afetados por elementos sociais racionalizados historicamente. A secularização do Estado, a burocracia, bem como a forte influência do capitalismo na vida cotidiana (e isso inclui o luto e a morte) foram importantes para as transformações que se observa nessa temática. Weber (1974, p. 247)aponta a influência do Estado na determinação burocrática que nesse caso interfere na maneira de lidar com os mortos:

> Tanto nas administrações de notáveis como nas burocráticas, a estrutura do poder estatal teve uma poderosa influência na cultura. As exigências formuladas à cultura estão condicionadas, ainda que em grau variável, pela crescente riqueza dos grupos mais influentes do Estado. Deste modo, a progressiva burocratização torna-se dependente da crescente posse de bens de consumo e de uma técnica de conformação da vida externa cada vez mais sofisticada – e esta técnica corresponde às oportunidades oferecidas pela referida riqueza. Isto reage sobre o nível de vida e causa uma crescente exigência subjetiva de satisfação organizada, coletiva e, consequentemente, burocrática das necessidades mais diversas, que antes não eram conhecidas ou eram satisfeitas em nível local ou por meio de uma economia privada.

Pode-se observar, portanto, que a atuação do Estado no que se refere aos mortos não é, sem dúvida, relacionada aos aspectos sacrais de manipulação dos corpos, mas sobretudo

à*forma* como os mortos serão manipulados quaisquer que sejam seus destinos. Tomando como pressuposto burocrático a tese higienista, a lide com os cadáveres passa para o campo sanitarista, que no Brasil está regulamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através da Referência Técnica para o Funcionamento de Estabelecimentos Funerários e Congêneres, de 2009, na qual estão dispostas diversas normatizações para o bom desempenho dessas atividades. No caso aqui apresentado, se dará especial atenção à regulamentação sobre as atividades de tanatopraxia. No capítulo II, item *e*, estão definidas as atividades de tanatopraxia como: *emprego de técnicas que visam à conservação de restos mortais humanos, reconstrução de partes do corpo e embelezamento por necromaquiagem*. Além disso, a profissão está prevista na Classificação Brasileira de Ocupações, CBO, com o código 516505, em conjunto com a atividade de agente funerário, ou seja, legalmente o tanatopraxista é uma especialização dos serviços de agente funerário. Dadas essas disposições, pode-se tomar como exemplo algumas prescrições dadas pela ANVISA sobre o local de execução das atividades, como no subcapítulo 4 do capítulo V, que trata da estrutura física apropriada:

> **4. HIGIENIZAÇÃO, TAMPONAMENTO, CONSERVAÇÃO DE RESTOS MORTAIS HUMANOS E TANATOPRAXIA**
> Os estabelecimentos que realizam procedimentos de higienização, tamponamento e ou conservação de restos mortais humanos, além do disposto nos itens 1 e 2 deste capítulo, deverão possuir as seguintes áreas:
> a) área para embarque e desembarque de carro funerário: área exclusiva, com acesso privativo, distinto do acesso público ao estabelecimento funerário, com área mínima de 21 m²;
> b) sala para higienização, tamponamento e procedimentos de conservação de restos mortais humanos: sala com acesso restrito aos funcionários do setor, devendo possuir área mínima de 9,00 m² para uma mesa tanatológica, acrescentando-se 5,00 m² por mesa tanatológica adicional. Devem atender ainda às seguintes especificações:
> • Sistema mecânico de exaustão;
> • Recursos para lavagem das mãos: pia ou lavatório com torneira ou comando que dispensa o contato das mãos para o fechamento da água, provisão de sabão líquido, além de recursos para secagem das mãos;
> • Mesa ou bancada tanatológica para higienização de restos mortais humanos, com formato que facilita o escoamento de líquidos, feita em material liso e impermeável e que possibilite processos repetidos e sucessivos de limpeza, descontaminação e desinfecção.
> • Vestiários para funcionários diferenciados por sexo, com área para escaninhos e boxes individualizados para chuveiros e bacias sanitárias;
> c) sala ou área para higienização e esterilização de materiais e equipamentos: esse ambiente deve possuir:
> • acesso restrito aos funcionários do setor;
> • recursos para lavagem das mãos: pia ou lavatório com torneira ou comando que dispensa o contato das mãos para o fechamento da água, provisão de sabão líquido, além de recursos para secagem das mãos;
> • bancada com pia em material liso, impermeável para higienização de equipamentos

> e materiais;
> • Equipamento para compatível com a demanda do estabelecimento e com os equipamentos e materiais que se pretende esterilizar.
> **Observação:** A atividade de preparo e esterilização de materiais pode ser executada na sala para preparo e higienização de restos mortais humanos ,desde que haja barreira técnica e as condições descritas no item C sejam observadas. Os recursos para higienização das mãos podem ser apenas um para os dois ambientes.

Como se pode observar, o caráter *racional* do procedimento é colocado em evidência, no qual fica evidente mais um elemento do processo de ressignificação da morte: o da objetificação. Não se trata de *quem* está ali morto, mas sim do *que* está ali para ser manipulado, tratado, dirigido. Nessa perspectiva, o cadáver é desprovido de qualquer humanidade que possa ter tido em vida, é apenas objeto de trabalho e de atividade profissional.

Dessa maneira é possível perceber que os corpos já não são apenas responsabilidade dos parentes do morto ou da Igreja. Reside sobre o evento da morte uma necessidade de controle e quantificação no qual há a existência de um *necropoder* (se comparado ao conceito foucaultiano de *biopoder* que será abordado a seguir), no qual o corpo passa a ser objeto de análise, de controle e distribuição sob o argumento da segurança, da saúde pública. Foucault(FOUCAULT, 1999, P. 295-296) em sua construção da ideia de biopoder mostra que essa complexa relação entre o Estado e os corpos dos indivíduos afeta diretamente os ritos funerários, haja vista que os mesmos deixam de ser espetáculos e passam ser de foro íntimo, reservado:

> Ora, agora que o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, (...) do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, (...) daí por diante a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, limite, a extremidade do poder. Ela está do lado de fora, em relação ao poder: é o que cai fora de seu domínio, e sobre oque o poder só terá domínio de modo geral, global, estatístico. Isso sobre o que o poder tem domínio não é a morte, é a mortalidade. E, nessa medida, é normal que a morte, agora, passe para o âmbito do privado e do que há de mais privado.

A análise foucaultiana contribui para considerar que essa passagem implica na constituição dos destinos dados aos cadáveres, no qual os mortos serão lembrados pelos vivos. Assim, essa situação possibilita analisar que um memorial mortuário é um potencial local de exibição de uma história social, que inclui a ostentação impressa nos mausoléus e túmulos cravejados de rochas nobres, estátuas de bronze, urnas para cinzas adornadas de materiais luxuosos e de outro lado, ritos simples, marcados por materiais baratos tanto no velório quanto

na construção dos túmulos. Observa-se nesse contexto intimista indicado por Foucault que ao se tornar coisa particular, esse processo envolvente do luto alcança, no desenvolvimento da modernidade, um distanciamento do evento da morte e da religião como representante do alento que deve ser dado aos enlutados. A religião permanece, mas de maneira opaca frente ao peso racional que a logística mercadológica funérea exerce sobre a sociedade.

Ressalte-se porém, que não se pretende tratar aqui da elevação da ostentação mortuária em detrimento da fé cristã ou qualquer fé, mas observar que, do ponto de vista jurídico-político em contraste com o religioso, pode-se constatar que existem fatores *ad extra* que impulsionam o trato com a morte de maneira significativa e significante.

Convém ressaltar que essas transformações sociais que mostram um enfraquecimento da religião perante a morte não se devem somente a aspectos exógenos, mas também endógenos da conduta: partindo do pressuposto de que há uma expressão de valores no trato com os cadáveres e com os túmulos, bem como no lidar com a dor da perda, pode existir, por parte dos grupos enlutados, particularmente os menos favorecidos, certa resistência às respostas religiosas para a consternação perante a morte, colocando a religião sob pressão. Ou seja, se por um lado o desenvolvimento racional, tecnológico e científico acaba sendo mais incisivo nas camadas sociais mais elevadas, os mais pobres também são afetados, pois tanto a ciência quanto a religião não suprem a necessidade de respostas para a dor do luto, pois, numa sociedade cada vez mais secularizada, como suportar o sofrimento de maneira resignada em um mundo no qual os menos merecedores podem sofrer mais do que os merecedores? A ética católica antiga, voltada para as recompensas no reino dos céus não é mais suficiente. Weber (1982, p. 318) aponta para esses aspectos, destacando a influência da racionalidade e do enfraquecimento da magia como referências ao problema:

> A necessidade de uma interpretação ética do "significado" da distribuição das fortunas entre os homens aumentou com a crescente racionalidade das concepções de mundo. À medida que os reflexos religiosos e éticos se foram tornando cada vez mais racionalizados e primitivos e as noções mágicas foram eliminadas, a teodiceia do sofrimento encontrou dificuldades crescentes. Era demasiado frequente o sofrimento individualmente "imerecido"; não eram os homens "bons", mas os "maus" que venciam – mesmo quando a vitória era medida pelos padrões da camada dominante, e não pela "moral dos escravos".

Desse modo, convém ressaltar que apesar dessa resistência ser latente no que se refere a um *ethos* sobre a morte, a prática religiosa dedicada ao culto aos mortos não perde sua

essência: a espiritualidade sobre tal atividade permanece e tem suas origens psicológicas preservadas, pois ainda é um mecanismo de superação, constituindo uma situação dicotômica. Considerando essa dicotomia entre o racional (a tanatopraxia, a inumação, a cremação) e o religioso (o significado de estar ali), cabe buscar na constituição do cenário mortuário as formas encontradas pelas famílias para sublimar o sentimento de frustração gerado pela morte. Isso ilustra um momento histórico e sociológico que não foi exaurido, mas que se renova, no qual a significação da morte, apesar de ainda ter como pano de fundo o questionamento e a inconformidade com a finitude da vida, serve de exemplo de como a sociedade moderna ainda ressignifica o luto e as condutas em seu entorno, provocando mudanças no *establishment* religioso, que até então era a base da conduta e da mentalidade. Isso ocorre, por exemplo, quando se identifica na sociedade japonesa na qual o personagem Daigo está inserido, e também na sociedade ocidental, o *tabu* que existe sobre trabalhar com cadáveres. O personagem enfrenta momentos de preconceito e exclusão, pois é tratado como um trabalhador "sujo", tanto no sentido higiênico quanto moral.Mas isso ocorre somente entre aqueles que não passaram pelo crivo da experiência da morte, que, quando se deparam com o trabalho digno e nobre de Daigo, modificam sua opinião. Isso mostra que nas sociedades modernas atuais existe um o *afastamento* dos vivos em relação aos mortos, pelo menos no que se refere ao seu aspecto mais concreto, ou seja, o tratamento dado aos mortos desde o falecimento até a inumação. Esse contexto traz à tona mais um elemento vinculado a esse processo de ressignificação da morte: o mercado, que se apropria desse afastamento para desenvolver suas atividades lucrativas.

3 A MERCANTILIZAÇÃO DA MORTE COMO *STATUS*

Apesar da morte possuir um forte apelo religioso sobre os sentimentos dos vivos, o principal objeto envolvido no seu contexto – o cadáver – ficou relegado a um distanciamento cada vez maior conforme a sociedade moderna se aprimora e se relaciona com algumas funcionalidades da vida prática. Aos poucos, o recém-falecido passa de um extremo a outro no processo de socialização: de criatura amada e desejada a ficar entre os seus mesmo durante a passagem da vida para a morte, uma vez confirmada a passagem derradeira, o mesmo passa a ser objeto de asco, de incômodo. Tal afastamento dos vivos em relação aos mortos fica cada vez mais evidente quando se considera que a religião, antes monopolista no trato com a dor dos vivos e na motivação para estes lidarem com seus falecidos, divide hoje espaço com os serviços

especializados prestados pelas funerárias aos enlutados, como já desenvolvido nesse artigo e apontado diversas vezes no filme.

Um dos fatores que facilitam o crescimento do mercado especializado na morte é a lacuna deixada pelo próprio capitalismo: a dor da perda e sua carga afetiva permanecem, mas os aspectos práticos que a morte implica devem ser executados de maneira precisa, calculada, estética e profissional. Nesse ramo, o amadorismo não é bem visto e soa até ofensivo; surgem então especialistas no trato para com esse objeto indesejável no qual se tornou o cadáver. Em suma, o indivíduo é amado enquanto uma ideia que permanece na memória, mas quando seu corpo não mais possui vida, seu cadáver é tratado como um fardo, que mesmo digno de respeito e de um destino apropriado, não possui dignidade para ser manipulado pelos seus próximos. É necessária então a atuação de alguém que não possua nenhum envolvimento afetivo para que torne o cadáver apresentável e isso inclui: a maquiagem, o vestir, a disposição do corpo no caixão, o controle dos cheiros que podem ser exalados, o transporte, o enterro e a execução dessas tarefas de maneira mais eficaz possível. Segundo ARIÉS (1975, p. 163)

> De acordo com as análises precedentes, seríamos tentados a admitir que o interdito que hoje afeta a morte é uma característica estrutural da civilização contemporânea. O afastamento da morte do discurso e dos meios familiares de comunicação pertenceria, como a prioridade do bem estar e do consumo, ao modelo das sociedades industriais.

Ao encontro dessas atividades profissionais que envolvem a morte, amplia-se o leque de produtos e serviços oferecidos, tal qual qualquer outro empreendimento, cujo argumento baseia-se sempre no apelo à amenização do sofrimento já causado pela morte, cuja responsabilidade deve ser terceirizada. Observa-se nesse caso o surgimento e a consolidação de atividades profissionais como a tanatopraxia, o surgimento de cemitérios particulares, crematórios, planos funerários e a produção de caixões e urnas funerárias em escala industrial. Essa solução racional se expande na composição dos espaços fúnebres, na sua construção, mas sobretudo na modernização destes locais, refletindo uma *mise à jour* do processo de enlutamento, em que a modernidade oferece condições específicas que conduzem a morte a uma instância cada vez mais ressignificada, mas primando nesse caso pelos valores estéticos como forma de suavizar o aspecto macabro relacionado aos procedimentos fúnebres. Deve-se considerar que a atitude em relação à morte e a sua imagem em nossas sociedades não pode ser completamente entendida sem referência a uma segurança relativa e à previsibilidade da vida

individual que a ciência, a técnica e, com muita ênfase nesse caso o mercado, dedicam à expectativa de vida correspondentemente maior. A vida tornou-se mais longa e desejada, e a morte é execrável a tal ponto que o morrer deve ser procrastinado ao máximo. A finitude da vida não é mais corriqueira, mas dissimulada na forma de evento surpreendente. Tornou-se mais fácil esquecer a morte no curso normal da vida, pois até mesmo a atenuação desse evento "inesperado" e o seu entorno, pode ser calculada, preparada e enfim adquirida como forma de diferenciação social, elevando a um nível de menor sofrimento aqueles que podem, com seu poder econômico, evitar os dissabores cotidianos relacionados à morte, coisa que ficaria então, relegada às camadas sociais menos favorecidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É visível numa sociedade capitalista que a influência de elementos ideológicos interferem diretamente na composição de um imaginário religioso *a priori*, mas não necessariamente chegam a transformá-lo em outra instância que não seja religiosa. Conclui-se que a morte ainda significa para a sociedade ocidental um momento de dor, reflexão e questionamento sobre os aspectos imateriais do que há depois do momento derradeiro. Contudo, apesar de sua essência se manter, aparentemente tudo o que há de acessório em torno da morte foi assimilado pelas transformações da sociedade moderna e ressignificado por ela. Nesse contexto, há um fato novo talvez ainda não explorado suficientemente pelas ciências sociais: a memória coletiva antes cristalizada nas lápides dos túmulos torna-se cada vez mais diluída pela busca formal e pragmática de se dar destino aos corpos sem vida, repassando essa responsabilidade a estranhos, como o caso do personagem Daigo do filme A Partida. Essa lógica da frieza e do afastamento dos vivos em relação aos mortos poderia ser tão somente a reprodução do afastamento social entre dominantes e dominados, que não é característica oriunda da modernidade, mas apenas está sob nova representação. Os túmulos suntuosos, os cemitérios particulares, a cremação e a venda dos serviços de tanatopraxia evidenciam essa divisão social, prismada no afastamento dos entes mais próximos, que desejam cada vez mais apartar-se de seus cadáveres.

A racionalidade instrumental típica do capitalismo, como forma de controle da ordem social reforça tal situação, pois enfraquece as expressões mais autênticas da relação do homem com a vida e a morte, valorizando em seu lugar o cálculo e a relação custo/benefício em

detrimento do sentimento intimista que é o luto. Nisso, a racionalização do mundo material (Estado e/ou mercado) se move sobre o cotidiano, ofuscando valores antigos em prol do reforço de uma ideologia predominantemente individualista e superficial, fazendo com que os novos modelos e produtos vinculados à morte também o sejam. Daigo traz consigo pelo menos, o caráter afetivo do ritual de tratamento aos mortos diante da família enlutada. No entanto, em termos de sociedade ocidental, o resultado final do trabalho é mais importante que os meios empregados para esse fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÉS, Philippe. História da Morte no Ocidente. Ed. Teorema, Lisboa 1975.

_____. *O homem perante a morte.* Lisboa, Ed. Europa-américa, 2000.

BERGER, Peter. *O Dossel Sagrado*. São Paulo, Ed. Paulinas, 1985, p. 181-208.

BRASIL, *Referência técnica para o funcionamento de estabelecimentos funerários e congêneres*. ANVISA, Brasília, dezembro de 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Ed. Vozes, 1987.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.* São Paulo, Ed. Global, 2005.

WEBER, Max. *Conceitos básicos de Sociologia.* São Paulo, Centauro, 2002.

_____. Burocracia. In: *Ensaios de Sociologia*.Rio de Janeiro, Zahar Editores. 1974.

_____. Rejeições religiosas do mundo e suas direções. In: *Ensaios de Sociologia*.Rio de Janeiro, Zahar Editores. 1974.

_____. A psicologia social das religiões mundiais. In: *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974.

UMA REFLEXÃO DO FILME "O JOGO DA IMITAÇÃO"

SOB O PRISMA DA HOMOSSEXUALIDADE COMO EXCLUSÃO SOCIAL

Eliel Bitencourt Tressa [61]

RESUMO

O presente artigo é uma abordagem sobre a homossexualidade nos dias atuais, com base no filme *O jogo da imitação* e na vida de Alan Turing. O filme retrata Turing, um matemático brilhante, professor e cientista que foi convocado para ajudar os militares ingleses, na segunda guerra mundial, contra os alemães que tinham uma poderosa arma chamada Enigma, a qual criptografava as mensagens de guerra decisivas nas batalhas. O trabalho de Alan Turing consistia em decodificar as mensagens nazistas. Por iniciativa e criatividade própria, financiado pelo governo britânico, Turing cria uma máquina chamada pelo filme de *Christopher*, decifrando os códigos e, por consequência, salvando muitas vidas, haja vista o encurtamento estimado da guerra em dois anos. A obra cinematográfica, em diversos momentos e paralelamente aos trabalhos de Alan Turing, aborda sua vida, iniciando-se com um interrogatório a respeito da prática homossexual investigada e, no transcorrer das filmagens, relata as discriminações homofóbicas e por fim sua condenação a castração química, que causou efeito colateral gravíssimo para sua saúde mental e física. Nota-se que, apesar de todo o legado de Turing, pelo fato de declarar-se homossexual, fora excluído da sociedade a ponto de perder seu emprego e sua vida social. Uma violação dos direitos humanos e fundamentais do tamanho da segunda guerra mundial. Alan Turing salvou, aproximadamente, 14 milhões de pessoas, mas em razão da criminalização da homossexualidade perdeu a vida, fato este que viola direitos humanos fundamentais. Uma grave injustiça social.

Palavras-chave: Homossexualidade. Alan Turing. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Injustiça e exclusão social.

[61] Especialização em Direito Individual do Trabalho pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo

ABSTRACT

This article is a discussion of homosexuality today, based on the movie The game of imitation and life of Alan Turing. The film portrays Turing, a brilliant mathematician, teacher and scientist who was called to help the British military in World War II against the Germans who had a powerful weapon called Enigma, which encrypts the war messages decisive in battle. Alan Turing's work was to decode Nazi messages. On the initiative and own creativity, funded by the British government, Turing creates a machine called the Christopher film, deciphering codes and, consequently, saving many lives, given the estimated shortening the war by two years. The cinematographic work, at various times and in parallel to Alan Turing's work, discusses his life, starting with an interrogation about the investigated homosexual practice and in the course of the filming, reports homophobic discrimination and finally his conviction chemical castration which caused very serious side effects to their mental and physical health. Note that, despite all the legacy of Turing, because declare themselves homosexual, had been excluded from society to lose their jobs and their social life. A violation of human and fundamental rights of the size of the second world war. Alan Turing saved approximately 14 million people, but because of the criminalization of homosexuality was killed, a fact that violates fundamental human rights. A serious social injustice.

Keywords: Homosexuality. Alan Turing. Human rights. Fundamental rights. Injustice and social exclusion.

INTRODUÇÃO

O cinema é uma manifestação artística e cultural por meio da qual muitas ideologias são veiculadas, proporcionando não apenas o entretenimento, mas, sobretudo, a expansão do conhecimento e a formação de opiniões.

A afirmativa acima pode ser perfeitamente exemplificada pelo filme *The Imitation Game (O jogo da imitação*), o qual possui uma carga ideológica significativa, levando o espectador a questionar valores ainda prevalentes na sociedade contemporânea, embora nem sempre traduzidos como justiça social.

A obra cinematográfica mencionada retrata a comovente história real de Alan Turing, um matemático britânico que contribuiu decisivamente para o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, mas, apesar de seu trabalho e dedicação para salvar milhões de vidas, viu-se condenado pela prática de sodomia, criminalizada pela Inglaterra até 1967.

Tendo em vista a finalidade do presente trabalho em abordar a questão da discriminação e penalização da homossexualidade, levantada pelo filme, como forma de exclusão social, pertinente destacar uma fala significativa do personagem Alan Turing em *O jogo da imitação*.

Para tanto, importante ressaltar que o filme tem como referência, para o desenvolvimento do enredo, o interrogatório a que foi submetido Turing antes de sua condenação por sodomia. Na oitiva, o detetive Nock declara sua intenção em ajudar Turing e trava uma conversa paralela com o acusado sobre suas pesquisas científicas. As respostas de Turing são altamente carregadas de simbolismo, numa expressão metafórica relativa à ciência da computação, conduzindo sutilmente o espectador a uma reflexão sobre a condição das minorias homossexuais. Vejamos:

> Nock: as máquinas podem pensar como seres humanos?
> Turing: a maioria das pessoas diz que não.
> Nock: mas você não é a maioria.
> Turing: o problema é que sua pergunta é idiota.
> Nock: é?
> Turing: é claro que as máquinas não podem pensar como pessoas. Máquinas são diferentes de pessoas, então pensam diferente. A pergunta interessante é: só porque algo pensa diferente de você, significa que não está pensando? Aceitamos que existem divergências entre os humanos. Você gosta de morangos. Eu odeio esquiar. Você chora em dramas. Sou alérgico a pólen. Qual é a questão de tantas diferenças, tantas preferências, se não for por nossos cérebros funcionarem e pensarem de forma diferente? Se podemos dizer isso de nós mesmos, por que não sobre cérebros feitos de cobre, fio e aço? (THE IMITATION..., 2014)

O doutor Fernando de Brito Alves (ALVES, 2009, p. 30), em sua dissertação, discorrendo sobre minorias, afirma:

> Do ponto de vista fenomelógico é possível observar com Ortega y Gasset (1987, p. 37-41 *passim*) que a sociedade é sempre a unidade dinâmica de dois fatores: “minorias e massas”. Massa é todo aquele grupo que não atribui a si mesmo um valor por razões especiais, mas que se sente “como todo mundo”, não se angustia com isso, e sente-se bem por ser idêntico aos demais. Minoria é todo aquele (grupo) que se distingue pela atribuição (auto-referente ou extrínseca) de um valor. O problema contemporâneo da relação minoria/massa é o que Ortega y Gasset denominou de hiperdemocracia, na

> qual a massa atua diretamente sem lei, por meio de pressões materiais, impondo gostos e aspirações.

A questão das minorias é exposta no filme sob estudo de forma mais acentuada quanto à homossexualidade. Contudo, sob uma perspectiva interpretativa, trata de outras minorias, cujos direitos não eram protegidos pelo Estado naquela época: mulheres (discriminação em razão de sexo) e judeus (discriminação em razão de raça).

Neste artigo, será abordada especificamente e questão da minoria homossexual, com inspiração na vida e no trabalho de Alan Turing e sua contribuição para o bem de toda a humanidade.

Quanto à evolução histórica da discriminação contra homossexuais, ressalta Fernando Alves (ALVES, 2009, p. 98):

> Entre os gregos, na antiguidade clássica, não havia na prática da sexualidade distinções como entre os modernos. Inclusive, o amor na cultura grega era virtude que se concebia entre iguais, são inúmeras narrativas que remetem a essa leitura, por exemplo o famigerado diálogo *O Banquete* de Platão, entre outros. Até grandes construções teóricas sobre a sexualidade surgirem a partir da segunda metade do século XIX não existem as referidas distinções e toda manifestação da sexualidade que não tivesse finalidade procriativa era considerada desvio, inclusive a relação sexual hereterosexual; é por volta de 1870 que os psiquiatras começaram a constituir a homossexualidade como objeto de análise (FOUCAULT, 1986, p. 233).

Deve-se ter em mente a distinção necessária entre as questões morais/religiosas e as questões sociais e jurídicas relacionadas à personalidade e vida privada das pessoas. Nesse sentido, a vida privada e a personalidade englobam diversos aspectos, tais como idade, sexo, origem, cor, situação econômica e financeira, estado civil, etc.

A orientação sexual está incluída nesta última categoria, relacionada à personalidade e vida privada, devendo ser avaliada com isenção em relação aos aspectos morais e religiosos.

No presente trabalho será abordada a homossexualidade como orientação sexual, o diálogo entre direitos fundamentais e a homossexualidade e esta à luz da legislação e jurisprudência brasileira.

A abordagem aqui apresentada tem como referência o filme estudado e não comporta aprofundamentos teóricos que, embora importantes e pertinentes à investigação científica sobre minoria homossexual, importariam na extensão imprópria para este propósito.

1 UM BREVE RESUMO SOBRE O FILME

O filme "O jogo da imitação" (*The Imitation Game*) é um suspense histórico que retrata a vida do matemático inglês Alan Mathinson Turing (1912-1954). Baseado na obra *Alan Turing: The Enigma*, de Andrew Hodges, apresenta os trabalhos de Turing durante a Segunda Guerra Mundial, visando a decodificação da máquina Enigma, usada pela Alemanha Nazista na transmissão de mensagens de guerra (FOLHA …, 2015).

The Imitation Game recebeu oito indicações ao Oscar 2015, tendo vencido na categoria melhor roteiro adaptado. A obra cinematográfica aborda o trabalho de Turing em Bletchley Park, junto a outros agentes civis e militares, descrevendo suas dificuldades e genialidade na ciência da computação.

O filme tem o nítido propósito de abordar a questão da homossexualidade, demonstrando o sofrimento ao qual Turing foi submetido em razão de sua orientação sexual.

A narrativa tem início com o interrogatório feito pelo detetive Nock, como parte do procedimento que culminou com a condenação criminal de Turing à castração química, levando-o ao suicídio por ingestão de cianeto (UOL, 2015).

2 O LEGADO DE ALAN TURING

Alan Turing foi um dos pioneiros no desenvolvimento da ciência da computação. Criou um teste, que é conhecido com seu nome, essencial na pesquisa da inteligência artificial (ÉPOCA, 2015).

Solitário e socialmente discriminado, Turing tinha como prazer a corrida de maratonas.

O trabalho de Turing na decodificação das mensagens militares dos nazistas, colaborou com o fim da guerra aproximadamente dois anos antes do previsto, salvando milhares de vidas (ÉPOCA, 2015), aproximadamente 14 (quatorze) milhões de pessoas, segundo narrativa do filme (THE IMITATION..., 2014).

Em 1952, Turing foi preso e levado a julgamento pela prática de crime relacionado à homossexualidade, penalizada naquela época como *gross indecency* (*the catch-all*), semelhante ao atentado violento ao pudor, designando ato sexual consensual entre homens (THE GUARDIAN, 2013).

Condenado, Turing foi poupado da prisão em troca de se submeter a uma terapia hormonal experimental, conhecida como “castração química”, visando inibir seus impulsos sexuais. O tratamento causou alterações físicas em Turing, inclusive o desenvolvimento de seios e disfunção erétil. O próprio matemático descreveu a terapia como horrível e humilhante (Ibdem).

Menos de dois anos após a condenação, em 1954, Turing foi encontrado morto, morte esta causada por envenenamento por cianeto. Em 2009, o então primeiro-ministro britânico Gordon Brown pediu desculpas em nome do governo pelo modo como trataram Turing.

A rainha Elizabeth Segunda anunciou o perdão póstumo a Turing, em 2013, após um clamor popular, representado por uma petição subscrita por mais de 37.000 (trinta e sete mil) pessoas (Ibdem). No filme aqui abordado, uma fala traduz sinteticamente o valor da contribuição de Turing para o bem da humanidade.

> Joan Clarke: Ninguém normal poderia ter feito aquilo. Hoje, pela manhã, eu estava em um trem que passou por uma cidade que não existiria se não fosse graças a você. Comprei uma passagem de um homem que, possivelmente, estaria morto, se não fosse graças a você. Li em meu trabalho que todo um campo de investigação científica só existe graças a você. Agora, se você desejava ser normal… Eu prefiro o oposto. O mundo é, precisamente, um lugar infinitamente melhor por você não desejar ser normal. (THE IMITATION, 2014)

3 A HOMOSSEXUALIDADE COMO ORIENTAÇÃO SEXUAL

A noção de sexualidade antecede a definição de orientação sexual, e, nessa esteira, pertinente a exposição da Organização Mundial de Saúde, citada nos parâmetros curriculares nacionais sobre orientação sexual:

> A sexualidade forma parte integral da personalidade de cada um. É uma necessidade básica e um aspecto do ser humano que não pode ser separado de outros aspectos da vida. A sexualidade não é sinônimo de coito e não se limita à presença ou não do orgasmo. Sexualidade é muito mais do que isso, é a energia que motiva encontrar o amor, contato e intimidade, e se expressa na forma de sentir, na forma de as pessoas tocarem e serem tocadas. A sexualidade influencia pensamentos, sentimentos, ações e interações e tanto a saúde física como a mental. Se a saúde é um direito humano fundamental, a saúde sexual também deveria ser considerada como um direito humano básico. (BRASIL. Ministério, 2001, p. 295)

Portanto, sexualidade é um atributo inerente a todo ser humano, elemento vital, presente em cada indivíduo.

Quanto à orientação sexual, utilizando os ensinamentos expostos por Roger Raupp Rios (RIOS, 1998), citando WINTEMUTE:

> Orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

A orientação sexual, como visto, refere-se à conduta sexual da pessoa, considerado elemento constitutivo da personalidade e, por isso, devendo ser respeitado pelos demais cidadãos e pela sociedade.

Até o ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina considerou a homossexualidade como doença, classificada internacionalmente com o código 302, que rotulava a homossexualidade como "desvio e transtorno sexual".

Leonardo Sérvio Luz (LUZ, 2015), médico psiquiatra, mestre em bioética e conselheiro federal de medicina, em notícia publicada aos 29/05/2015 no endereço eletrônico do Conselho Federal de Medicina:

> Em 1985, portanto há 30 anos, o Conselho Federal de Medicina (CFM) retirava a Homossexualidade do rol de patologias, comunicando tal fato a todos os médicos do país. Em posição de vanguarda e em sintonia com a necessidade de corrigir tamanho "erro" da comunidade científica internacional, o Conselho se antecipou até mesmo em relação a Organização Mundial da Saúde e a Classificação Internacional das Doenças (CID) em sua décima versão, que retiraram a homossexualidade do rol de doenças em 1990 e 1992 respectivamente.

Logo, está cientificamente superada a questão do equivocado enquadramento da homossexualidade como doença.

Nesse ponto, temos na vida de Alan Turing um bom exemplo da ausência de distúrbios patológicos associados à pessoa homossexual. Turing foi submetido a terapia hormonal que transformou seu corpo, gerando alterações psíquicas que o levaram à morte.

Diante dessas considerações, importante frisar que a homossexualidade é uma orientação sexual, naturalmente instrínseca a cada ser humano, devendo, por isso, ser respeitada e protegida.

A diversidade religiosa, moral e cultural da sociedade impedem seja o respeito alcançado naturalmente pelos indíviduos, motivo pelo qual a temática aqui tratada merece especial atenção do Estado, como forma de promover o desenvolvimento dos cidadãos, visando

a harmonia na convivência entre as mais diversas orientações sexuais manifestadas pelos indivíduos.

4 UM DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A HOMOSSEXUALIDADE

O atual estágio de desenvolvimento social, expresso juridicamente com a vigência do Estado Democrático de Direito, não permite seja a homossexualidade objeto de criminalização, haja a vista a necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais, tal como será visto adiante. Contudo, a realidade ainda demonstra a existência de uma forte discriminação por orientação sexual, como decorrência do império do conservadorismo moral e fundamentalismo religioso, fato este que importa exclusão social dos homossexuais, exposta das mais variadas formas.

A discriminação por orientação sexual é aquela cometida contra homossexuais, bissexuais ou heterossexuais por motivo da homossexualidade. Já a discriminação por identidade de gênero é aquela cometida contra transexuais e não-transexuais unicamente por conta de serem ou não transexuais, respectivamente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas, prevê:

> Art. I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.
>
> Art. II, item 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948).

Segundo Nucci, direitos humanos "são os direitos válidos para todos os povos em todos os tempos decorrentes da própria natureza humana e, portanto, invioláveis e universais, considerados supraestatais". (NUCCI, 2008, p. 76)

Ainda, com apoio nos ensinamentos do mesmo autor, bem como em Casado Filho, é possível afirmar que direitos fundamentais são aqueles direitos também classificados como humanos, mas inseridos na Carta Constitucional ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que seja parte (CASADO FILHO, p. 19).

A doutrina tradicional destaca a evolução dos direitos fundamentais, classificando-os em dimensões de acordo com os interesses protegidos.

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos de primeira dimensão apresentam inspiração jusnaturalista, compreendendo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (igualdade formal) (SARLET, 2012, p. 32). Nesse caso, pode-se a afirmar que os direitos à personalidade, não discriminação, liberdade de expressão, liberdade individual, proteção da intimidade e proteção da vida privada, todos intimamente relacionados à proteção dos direitos dos homossexuais, estão inseridos nesse rol de direitos fundamentais.

Na Constituição brasileira vigente, está previsto como princípio fundamental em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana, o qual encerra uma gama de interesses protegidos constitucionalmente e pode ser definido, nas palavras de Lenza como "princípio-matriz de todos os direitos fundamentais" ou "núcleo essencial do constitucionalismo moderno" (LENZA, 2011, p. 868 e 1153) ou, ainda, "valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida" (SILVA, 1998, p. 109).

Como direito fundamental, o artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, estipula que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", garantindo-se o direito à liberdade e à igualdade, dentre outros.

A doutrina de Direito Constitucional reconhece, ainda, o princípio da não discriminação como um princípio relativo à prestação positiva do Estado (SILVA, 1998, p. 98), previsto no artigo 3º, inciso IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Hoje, o tipo penal de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, pode ser usado para combater a discriminação não violenta da homossexualidade. Contudo, a pena prevista para referido crime, em sua forma simples, é de detenção de três meses a um ano, ou multa, não servindo

de meio apto a coibir os atos discriminatórios. Dessa forma, pode-se dizer que "sai barato ser homofóbico", assim como era discriminar a mulher, antes do surgimento do Estatuto da Mulher, consubstanciado na Lei nº 11.340/2006, chamada Lei Maria da Penha.

Possível concluir que as bases jurídicas protecionistas acima expostas, embora não diretamente relacionadas à proteção dos direitos de homossexuais, demonstram a evolução social e jurídica do Estado contemporâneo, neste caso o brasileiro, que não permite punições por orientação sexual, tal como ocorreu com Turing.

5 HOMOSSEXUALIDADE À LUZ DO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO

Oportuna, ainda, a menção à proteção conferida, no Brasil, pela legislação dos estados da federação e alguns municípios, conforme exposto por Roger Raupp Rios (RIOS, 1998).

A Constituição do Estado do Mato Grosso, no seu artigo 10 que diz:

> O Estado de Mato Grosso e seus municipios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plana efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos seguintes termos:
> (...) III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição. (MATO GROSSO, 1989) (grifei)

No mesmo sentido, a Constituição do Estado de Sergipe, no seu artigo 3º estabelece:

> O Estado assegura, por suas leis e pelos atos de seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: (...) II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crenca em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei. (SERGIPE, 1989) (grifei)

A Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, no seu artigo 150 expõe:

> Sofrerão penalidades de multa, até a cassação do alvará de funcionamento, os estabelecimentos de pessoas físicas e jurídicas que, no território do Município, pratiquem ato de discriminação racial, de gênero, por orientação sexual, étnica ou religiosa, em razão de nascimento, de idade, de estado civil, de trabalho rural ou urbano, de filosofia ou convicção política, de deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, de cumprimento de pena, cor ou em razão de qualquer particularidade ou condição. (PORTO ALEGRE, 1990) (grifei)

No estado de São Paulo, há a Lei estadual nº 10.948/2001 que prevê punições administrativas para a prática da discriminação em razão da orientação sexual (SÃO PAULO, 2001).

O Projeto de Lei da Câmara (PLC) dos Deputados Federais nº 122/2006 visava criminalizar a discriminação pela orientação sexual e identidade de gênero, alterando a Lei de Racismo para incluir tais discriminações no conceito legal de racismo que abrange, atualmente, a discriminação por cor de pele, etnia, origem nacional ou religião.

Seguindo o entendimento de Roger Raupp Rios, a discriminação por orientação sexual está inserida na discriminação sexual, descrita na Carta constitucional (RIOS, 1998). Com base nesse princípio da não discriminação, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo. O STF reconheceu a união estável para os casais homossexuais.

> (...) PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a autoestima

no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "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". (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 DF, Relator Ministro AYRES BRITTO, 2011) (grifos nossos)

Referida decisão veio sinalizar uma tendência do Poder Judiciário em assegurar a observância dos direitos fundamentais em favor das minorias homossexuais, como demonstração dos anseios sociais pela harmonia e paz social.

Na mesma esteira, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) aprovou a Resolução nº 175, de 14/05/2013 que vedou a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Diante de todo esse arcabouço de Direitos Humanos, previsão constitucional e legislação no Brasil, pode-se afirmar que situações como aquelas impostas a Alan Turing não podem ser aceitas no âmbito do Estado Democrático de Direito, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os direitos dele decorrentes.

CONCLUSÃO

Assim como a heterossexualidade não é uma escolha, a homossexualidade também não é. A pessoa se descobre diferente por volta da pré-puberdade, quando não sabe ainda o que é homossexualidade. Na puberdade, os hormônios da sexualidade entram em ebulição com consequente aumento do desejo sexual, sonhos eróticos e masturbação. A pessoa percebe sua atração por pessoas de sexo oposto e, porque não, do mesmo sexo. Não se trata de opção sexual, mas sim de orientação sexual natural.

Ao explicar os movimentos atuais sobre os direitos homossexuais no Brasil, a professora Flávia Piovesan menciona que a sigla mais completa atualmente é LGBTTTI. E prossegue, utilizando os ensinamentos de Maria Rita de Holanda Silva Oliveira:

> A sigla LGBTTTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais) indica uma população formada por pessoas que apresentam orientação sexual diversa do padrão eleito de forma preconceituosa pela sociedade, não obstante serem orientações que sempre existiram na história da humanidade. Diante da identificação acima, as lésbicas e os gays estariam na categoria da homossexualidade feminina e masculina, respectivamente; os bissexuais apresentariam orientação ambivalente, ora pelo sexo masculino, ora pelo sexo feminino, sem prejuízo de que uma predomine sobre a outra; os transexuais são pessoas que apresentam identificação psicológica diversa da esperada pelo seu sexo

> biológico ou anatômico; os transgêneros são os indivíduos que, em sua forma particular de ser e/ou agir, ultrapassam as fronteiras de gêneros esperadas/construídas culturalmente para um e para o outro sexo; o travesti é a pessoa que deseja a aparência do sexo oposto, vestindo-se e comportando-se como tal, e essa aparência não está ligada necessariamente à sua orientação sexual; e intersexual é um termo utilizado para designar pessoas nascidas com genitália e/ou características sexuais secundárias que fogem dos padrões socialmente determinados para os sexos masculino ou feminino, tendo parcial ou completamente desenvolvidos ambos os órgãos sexuais, ou um predominado sobre o outro. (PIOVESAN, 2013, p. 96)

O doutor Fernando de Brito Alves (ALVES, 2009, p. 30), em sua dissertação, discorrendo sobre minorias, afirma:

> Do ponto de vista fenomelógico é possível observar com Ortega y Gasset (1987, p. 37-41 *passim*) que a sociedade é sempre a unidade dinâmica de dois fatores: "minorias e massas". Massa é todo aquele grupo que não atribui a si mesmo um valor por razões especiais, mas que se sente "como todo mundo", não se angustia com isso, e sente-se bem por ser idêntico aos demais. Minoria é todo aquele (grupo) que se distingue pela atribuição (auto-referente ou extrínseca) de um valor. O problema contemporâneo da relação minoria/massa é o que Ortega y Gasset denominou de hiperdemocracia, na qual a massa atua diretamente sem lei, por meio de pressões materiais, impondo gostos e aspirações.

É evidente e perceptível a discriminação sexual que sofre o grupo LGBTTTI. O escritor Alberto Carlos Almeida, em sua obra *A cabeça do brasileiro*, que trata da sexualidade: na teoria, a prática é outra, afirma que 80% dos brasileiros são contra ou não aceitam a orientação sexual do homossexual masculino e feminino (ALMEIDA, 2007, p. 153).

Ensina Fernando Alves (ALVES, 2009, p. 43) a respeita do fenômeno da exclusão social:

> O fenômeno da exclusão social é complexo e particularmente enraizado em países de modernidade tardia. Não se trata apenas de exclusão econômico-financeira, mas de exclusão sócio-política, cultural, e jurídica, inclusive com

> a negação da proteção devida aos direitos humanos (cf. PIOVESAN, 2002), que se vêem violados de forma diuturna e sistemática quando o sujeito desses direitos é um grupo minoritário.

Assim, a intervenção do Estado na vida privada do cidadão homossexual e demais do grupo LGBTTTI faz-se necessária para corrigir as injustiças sociais e a exclusão social.

Nessa esteira, há um projeto denominado Estatuto da Diversidade Sexual que é uma Lei a ser aprovada por iniciativa popular, proposta pela Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil. São mencionados alguns direitos ao grupo LGBT, neste Estatuto, como: a) licença-natalidade; b) casamento e união estável; c) direito à livre orientação sexual; d) direito à igualdade e a não discriminação; e) direito à convivência familiar; f) direito à identidade de gênero que é reconhecida a transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, assim a sigla da homossexualidade ficaria assim: LGBTTTTI; g) direito a saúde; h) direitos previdenciários; i) direito à educação; j) direito ao trabalho; l) direito à moradia; m) direito ao acesso à justiça; n) direito aos meios de comunicação; o) direitos nas relações de consumo; p) tratamento adequado quanto a criminalização da homofobia; e q) e ações afirmativas e políticas públicas (DIAS).

O que não se pode aceitar é a intervenção do Estado na vida privada do cidadão, supondo-se o caso da obrigação de parecer do Ministério Público, como condição para o reconhecimento de uniões homoafetivas. Qual o interesse do Estado em dizer que uma união homoafetiva não caracteriza uma família?

Quanto à decisão jurisprudencial na ADPF 132, mencionada, consolidou-se um dos direitos dos homossexuais abarcado pelo Constituinte de 1988, deixando claros seus direitos fundamentais, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade. O direito de formalização da convivência é garantido aos heterossexuais. Por que não pode ser reconhecido entre os casais homossexuais?

No entendimento do Ministro Ayres Britto, a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos, nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Reconhece a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.

É imperioso o reconhecimento da orientação sexual dos homossexuais como um direito que deve ser preservado face aos preconceitos existentes, uma vez que há amparo

constitucional à luz da Carta Magna vigente. Qualquer violação aos direitos homossexuais colide frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro.* Rio de Janeiro: Record, 3ª ed., 2007.

ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática.* 2009. Disponível em: <http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito-editais-documentos/cat_view/12-uenp-pro-reitorias/11-propg-documentos/35-pos-grad uacao-uenp/206-stricto-sensu-mestrado-e-doutorado/215-pos-graduacao-em-ciencia-juridica/4 33-teses-e-dissertacoes/216-dissertacoes-defendidas?limit=10&limitstart=0&order=name&di r=ASC>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BONFIM, Silvano Andrade do. *Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 18, ju./dez. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bomfim_(Homossexualidade_Direito_e_Religiao_da_Pena_de_Morte_a_Uniao_Estavel).pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 02 jan. 2016.

_____. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Fundamental. *Parâmetros Curriculares Nacionais.* 3 ed. Brasília, 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/orientacao.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos humanos e fundamentais***.** Coleção saberes do direito, 57. Coordenação: Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular***.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_uma_lei_por__iniciativa_popular.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

ÉPOCA. *Por que Alan Turing influenciou sua vida sem você sequer notar*. 30 jan. 2015. Disponível em:

<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bpor-que-alan-turing-influenciou-sua-vidab-sem-voce-sequer-notar.html>. Acesso em: 23 abr. 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. Ilustrada. 05 fev. 2015**.** *Filme conta história de matemático que decifrou códigos nazistas.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/02/ 1585083-filme-conta-historia-de-matemat ico-que-decifrou-codigos-nazistas.shtml>. Acesso em: 23 abr. 2016.

HODGES, Andrew. *Alan Turing – a short biography.* Disponível em: <www.turing.org.uk>. Acesso em: 22 abr. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Leonardo Sérvio. *Dia Internacional de combate à homofobia*. 29 mai. 2015. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article& id=25530:2015-05-26-14-20-52&catid=46:artigos&Itemid=18>. Acesso em: 24 abr. 2015.

MATO GROSSO. *Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989.* Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/busca_legislacao/anexos/constituicao_estadual.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Os direitos fundamentais e o direito homoafetivo: a invalidade dos questionamentos preconceituosos***.** Revista jurídica Cesumar - mestrado, v. 14, n. 1, p. 93-117, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index. php/revjuridica/article/view/3226>. Acesso em: 24 abr. 2016.

PORTO ALEGRE. *Lei Orgânica Municipal, de 03 de abril de 1990*. Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/biblioteca/lei_org/LEI%20ORG%C3%82NICA.html>. Acesso em: 24 abr. 2016.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: O direito brasileiro e a homossexualidade. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, v. 2 n. 6 set./dez. 1998. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/ article/viewArticle/160/248>. Acesso em: 21 abr. 2016.

SÃO PAULO. Lei estadual nº 10.948, de 05 nov. 2001. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>. Acesso

em: 24 abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SERGIPE. *Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70454>. Acesso em: 24 abr. 2016.

THE GUARDIAN. *Alan Turing's pardon is wrong*. 24 dez. 2013. Disponível em: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/dec/24/alan-turing-pardon-wrong-gay-men>. Acesso em: 23 abr. 2016.

THE IMITATION Game. Direção: Morten Tyldum. Produtores: Nora Grossman, Ido Ostrowsky, Teddy Schwarzman. Reino Unido. Studio Canal. Estados Unidos: The Weinstein Company, 2014. Disponível em: <http://www.netflix.com/br>. Acesso em: 25 abr. 2016.

UOL. *"O jogo da imitação" mostra cientista gay que ajudou a vencer 2ª Guerra".* Entretenimento. Cinema. 04 fev. 2015. Disponível em: <http://cinema.uol.com.br/noticias/reuters/2015/02/04/estreia-o-jogo-da-imitacao-conta-historia-do-matematico-que-ajudou-vitoria-aliada-na-2-guerra.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

REFLEXÕES ACERCA DA LEI DO DIREITO DE RESPOSTA: OPINIÕES PUBLICADAS VERSUS OPINIÃO PÚBLICA

Brenda Marjory Lopes Correa[62]

Rogério José da Silva[63]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar a lei nº. 13.188/2015, recentemente sancionada, que dispõe sobre o direito de resposta e refletir sobre sua importância, demonstrando que o referido direito não deve ser confundido com restrição à liberdade de expressão ou restrição à liberdade de imprensa, mas sim por representar um instrumento de defesa especialmente ao cidadão comum, que pode vir a ser injustamente acusado por veículos de comunicação irresponsáveis, movidos pela onda inquisitória que impera nas redes sociais e que ecoam na imprensa em geral. Ao usar como exemplo o filme *The Lost Honour Of Christopher Jefferies*, que é baseado em uma história real, torna-se nítido o quão valoroso é o direito de resposta, o quão necessário ele se demonstra para a proteção da honra dos cidadãos comuns, carentes de um país justo por natureza e não por apenas imposição de um Poder Judiciário cada vez mais moroso.

Palavras-Chave: Direito de resposta; Justiça; Opinião.

ABSTRACT

This article aims to address the law no. 13,188 / 2015, recently enacted, which provides for the right of reply and reflect on its importance, demonstrating that the right that should not be confused with restriction on freedom of expression or restriction on the freedom of the press, but it represents a defense instrument especially for ordinary citizens, who might be wrongly accused by irresponsible communication vehicles, powered by inquisitorial wave that reigns in

[62]Estudante do 1º termo de Direito, na Universidade do Oeste Paulista - Unoeste, em Presidente Prudente-SP.

[63] Professor incentivador na elaboração do artigo ora apresentado, também da Unoeste; bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas (hoje, Centro Universitário) Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP; mestre em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, em Jacarezinho/PR.

social networks and that echo in the press in general. When using as an example the film The Lost Honour Of Christopher Jefferies, which is based on a true story, it becomes clear how valuable is the right of reply, how necessary it is demonstrated to protect the honor of ordinary citizens, needy a country fair by nature and not just impose a judiciary increasingly lengthy.

Keywords: Right of reply; Justice; Opinion.

INTRODUÇÃO

A nova lei de Direito de Resposta, em vigência desde sua publicação em 11 de novembro de 2015, já está sendo questionada por dois órgãos de classe que propuseram Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn)[64]. Para além de se discutir a razão dos proponentes em suas respectivas ações ou a precisão da letra da lei, quer-se discutir a necessidade de se ter no ordenamento contemporâneo uma norma que pretenda garantir aos cidadãos comuns em geral a possibilidade de reclamarem o devido direito de resposta ante publicações da imprensa em geral, possibilidade esta, até o advento da nova norma, restrita àqueles que pudessem se valer do procedimento formal de pedido judicial para tentar obter o devido direito de resposta.

Entendemos que o Direito de Resposta ora legalmente garantido por norma infraconstitucional deva prevalecer, demonstrando-se coerente com o próprio anseio antes demonstrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em decisão proferida pelo ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário (RE) 683751, quando na ocasião o referido ministro declarou que "Esse direito de resposta/retificação não depende da existência de lei, **ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil, e até mesmo conveniente**"[65] (grifo nosso); anseio este que, a nosso ver, foi plenamente atendido e garante a proteção em casos similares ao ocorrido no filme que serve de base para reflexões neste artigo, *The Lost Honour of Christopher Jefferies.*

É necessário frisar que nosso país não conta, felizmente, com uma imprensa tão

[64] Duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade tramitam até o presente momento (30/4/2016) no STF, de números 5415 e 5418, respectivamente propostas pelo Conselho Federal da OAB e pela ABI - Associação Brasileira de Imprensa)

[65] Declaração coletada no *site* http://www.oab.org.br/noticia/28552/stf-reconhece-direito-de-resposta-com-base-na-constituicao, publicada em 29 de Junho de 2015, portanto anteriormente ao advento da lei que dispõe sobre o direito de resposta.

especulativa e inconsequente como a britânica, especialmente por meio de seus tabloides. Todavia, não podemos ignorar que, a despeito de não reconhecermos efetivamente tal característica em nossa imprensa nacional, é fato comum a destruição ou desconstrução da imagem de qualquer cidadão de forma cada vez mais rápida e impiedosa numa espécie de sistema retroalimentar entre redes sociais e mídia tradicional. Em outros termos, hoje em dia, qualquer cidadão inscrito em uma rede social pode arruinar a imagem de qualquer outra pessoa por meio desta ferramenta e, com isso, propiciar o eco de seu feito nos veículos de comunicação mais abrangentes e tradicionais. Ao dar eco a atos como estes, divulgando-os exaustivamente nas TVs e muitas vezes opinando sobre tais atos e — pasmemo-nos — concordando com estes, a imprensa faz com que a população que imagina estar recebendo opinião pública, quando na verdade recebe uma opinião publicada de acordo com a ideologia de jornalistas inconsequentes, passando esta população a entender que tais atos sejam a melhor solução para problemas recorrentes em nossa sociedade como a criminalidade, a corrupção, etc.

É necessária a regulamentação do direito de resposta e, mais que isso, urge também a necessidade de certo controle da imprensa — o que não se deve confundir com censura —, notadamente da TV, que substitui no contemporâneo o papel de orientação tradicionalmente exercido pelas famílias e pelas escolas.

A lei do direito de resposta surge não para criar um instrumento antidemocrático que limite a liberdade da imprensa, mas sim para que o verdadeira democracia no ato de informar, com pluralidade e pontual na distinção entre fatos e opiniões, prevaleça.

1 A FICÇÃO JUSTIFICANDO A NECESSIDADE DE UMA REALIDADE QUE REGULAMENTE O DIREITO DE RESPOSTA

A história apresentada no filme *The Lost Honour of Christopher Jefferies* é baseada num caso real. Quando Joanna Yeates (representada pela atriz Carla Turner), arquiteta paisagista, desaparece de seu apartamento, no dia 17 de dezembro de 2010, todas as suspeitas iniciais são voltadas ao seu senhorio, que lhe alugava um imóvel no mesmo residencial onde morava, Christopher Jefferies (Jason Watkins), um excêntrico professor aposentado de 65 anos. Vale destacar que Jefferies era uma pessoa bastante distinta em suas aparência e personalidade, motivos pelos quais apontavam-no como arrogante.

Por conta de seu desaparecimento, os pais de Joanna fazem um apelo amplamente divulgado pela mídia, no qual pediam informações sobre a localização da filha. Dias após, especificamente em 25 de dezembro seu corpo é encontrado. Uma autópsia determina a causa da morte por estrangulamento.

Depois da descoberta do corpo, o filme demonstra como Jefferies fica abalado com o fato. Alguns dias depois ele é preso e levado à delegacia por suspeita do assassinato de Joanna. O interrogatório é iniciado e o suspeito responde a todas as perguntas de forma objetiva e sucinta, no entanto o filme explicita a excentricidade do personagem, o que conota às suas respostas uma aparência de tentativa de desvincular-se dos fatos sem sucesso.

A excentricidade do acusado custaria caro a uma imprensa sem escrúpulos e especialmente a alguém que não nutria a maior afeição pela TV. Destaque-se: o acusado sequer possuía aparelho de TV. Enquanto o interrogatório é realizado, sabendo que a possibilidade de Jefferies ser acusado era grande, a mídia sensacionalista do Reino Unido, especialmente os tabloides, começa a publicar artigos nos quais apontam características incomuns de Jefferies, na explícita intenção de formar uma opinião pública de que o interrogado só poderia ser o verdadeiro culpado, mesmo antes de o inquérito terminar e alguém ser formalmente acusado.

Sem provas conclusivas, Jefferies é liberado. Ele deixa de ser suspeito na investigação quando outro suspeito surge. Mesmo assim, a comunidade de Clifton, em Bristol, continua a atacar Jefferies, especialmente pelas especulações de toda mídia sensacionalista que insiste em apontar o professor excêntrico e arrogante como culpado pelo crime. Vários conhecidos começam a se afastar, e a vida dele muda completamente, vindo inclusive a perder oportunidades de trabalhos eventuais que realizava, mesmo sendo professor aposentado ele dedicava-se a traduções e atividades literárias afins.

Por insistência dos poucos amigos que lhe restaram e por passar a conhecer um caso notório que havia vencido toda a imprensa de tabloides num caso de injustiça similar, o cidadão avesso a qualquer tipo de publicidade decide, especialmente por não querer que outros passem pelo dissabor vivido por ele, processar seis jornais por difamação. Os jornais processados num sistema de leis diverso do nosso admitem fato de culpa e em acordo judicial com base em um precedente jurídico recente ganho pela mesma banca de advogados, são condenados a pagar pelos danos causados ao professor injustamente criminalizado.

Após o fim do processo, Jefferies começa a aceitar participar de entrevistas, debates e até mesmo palestras que visem a mostrar como a mídia de tabloides e outras que a ela se

associam é perversa na pretensão de colaborar para a formação da opinião pública sem respeito a um princípio básico do jornalismo: a busca pelos fatos, sem a pretensão de expor uma única verdade.

Poderia o exercício de um direito de resposta ter impedido toda a manipulação do caso no caso real abordado pelo filme? Talvez sim, mas sem dúvida, ainda que houvesse, a necessidade punição aos veículos de comunicação irresponsáveis não poderia deixar de ocorrer.

Poderia o direito de resposta evitar situações similares em nosso país, ainda que o sensacionalismo impere nas redes sociais, apenas ecoando nas grandes mídias? Acreditamos que sim e demonstraremos o porquê.

2 O DIREITO DE RESPOSTA

Nossa Constituição Federal, assim dispõe acerca do direito de resposta:

> Art. 5° 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:
> (...)
> V -é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Disposição esta que é conforme ao que prevê a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto n° 678, de 06 denovembro de 1992, em seu artigo 14, na qual se reconhece também o direito de retificação ou de resposta da seguinte forma:

> Artigo 14. Direito de retificação ou resposta
>
> 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
> 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
> 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

Expostas as bases, podemos falar no que concerne o direito de resposta, conforme José Afonso da Silva define, trata-se de:

> uma garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurada no inciso X do art. 5°. É, portanto, um meio de defesa dessa inviolabilidade -e, pois, um meio de defesa da honra, da verdade e da identidade da pessoa.

Nota-se que o conceito de direito de resposta citado confirma não só a previsão constitucional, como também a legislação internacional por nós recepcionada e, em especial, confirma o teor da lei ora em vigência, sob o nº 13.188/2015.

O direito de resposta é uma necessidade a cidadãos como Jefferies, pessoas comuns. Apesar de ele ter se valido do procedimento judicial, justamente por ser uma pessoa instruída e provida de recursos, é fato que se o fato ocorresse em nosso país, reconhecendo a realidade financeira da ampla maioria dos professores brasileiros e dos procedimentos diversos de nossa justiça em comparação com os do sistema judiciário abordado no filme, estaríamos sem dúvida diante de uma situação de impossibilidade de defesa do injustamente acusado.

O direito de resposta seria a primeira manifestação que hoje um Jefferie brasileiro adotaria. Muito provavelmente, em obtendo êxito em seu pedido, a busca pela Defensoria Pública na defesa de seu interesse seria o passo seguinte. Mas mesmo que não obtivesse êxito em seu pedido de resposta, sendo a ele negado o direito de resposta, a busca pelo Judiciário seria a consequência natural e lamentável, pois num país onde o Poder Judiciário encontra-se abarrotado, eventual irresponsabilidade da mídia viria a ser objeto de mais uma demanda que, sem dúvida, se arrastaria por anos até chegar a uma tardia decisão. Sabemos todos que justiça tardia não é justiça.

O direito de resposta é um direito garantido na maioria dos países democráticos, sem configurar qualquer cerceamento à liberdade de imprensa. Revela-se como um direito fundamental que garante aos cidadãos se defenderem de eventuais abusos da imprensa e, por meio dele, buscar um mínimo de equilíbrio diante do grande poder dos meios de comunicação, efetivando o que é tão prezado pela justiça: o equilíbrio entre as partes, também necessário nas relações privadas sem a interferência do Poder Judiciário.

Não se pode deixar levar pela falácia de que o direito de resposta foi feito para beneficiar partidos políticos. O objetivo principal da lei é garantir um instrumento de defesa de

uma maioria de brasileiros que representam interesse minoritário no jogo de poderes: pessoas comuns, que não gozam de aparato estatal que lhes defenda naturalmente como sói com qualquer político ou partido político.

O direito de resposta também não é censura, é um meio válido para melhorar a qualidade da imprensa nacional, responsabilizando-a na medida exata de seus atos quando irresponsáveis forem. Trata-se, sem dúvida, de um instrumento que visa a garantir o direito de resposta sem a necessidade de se buscar amparo no Poder Judiciário.

A regulamentação do direito de resposta prevê trazer segurança, ainda que mínima e insuficiente para a reparação material ou moral dos danos sofridos pelo cidadão injustamente atacado pela imprensa em geral. Este cidadão que optar por fazer uso da nova lei de direito de resposta, certamente poderá fazer com que esta mesma imprensa generalista — muitas vezes avessa ao que o jornalismo tem de mais caro, que é a busca pelos fatos que possam efetivamente informar, sem querer impor o dever de opinar acima do de informar — amadureça e cumpra o que dela efetivamente se espera: ser o poder moderador em nossa democracia, fazendo jus à concessão que o Estado lhe outorga, fiscalizando os poderes que sustentam nossa nação.

3 O FILME E A VIDA REAL

No filme *The Lost Honour Of Christopher Jefferies* fica claro que a justiça foi feita, tanto no homicídio de Joanna Yeates, como no caso de Jefferies. Vários fatores contribuíram, nas duas situações para que a conclusão não fosse outra além dessa.

Tratando-se do homicídio pode-se dizer que a busca pela justiça começou a se estabelecer no começo da investigação, chamada “Operação Trança”, que contou com a ajuda de 80 detetives e civis, e acabou tornando-se uma das maiores operações policiais da história de Constabulary, unidade responsável pelo caso.

Depois de Jefferies, Vincent Tabak é acusado de homicídio com base em provas que mostraram vestígios do seu DNA no corpo da vítima. Inicialmente, Tabak alegava que não era responsável pela morte de Joanna Yeates, dizendo que as provas de DNA que o ligavam ao crime tinham sido fabricadas. Quase um mês depois ele declarou-se culpado pela morte involuntária de Yeates, mas negou tê-la assassinado. A sua declaração de culpado de homicídio involuntário foi rejeitada pelo Serviço de Acusação Pública.

O julgamento de Tabak aconteceu no tribunal de Bristol perante um juiz e um júri. O caso da acusação era que, em suma, Tabak tinha estrangulado Yeates no apartamento dela no dia 17 de Dezembro de 2010, usando "força suficiente" para mata-la. Os acusadores disseram que Tabak tinha usado a sua altura e peso para a dominar, e que os dois tiveram uma luta longa (foi quando Joanna sofreu vários traumas). Contudo, a acusação não deu explicação para a razão por trás do ataque inicial a Yeates. Por outro lado, em sua defesa, Tabak disse que a morte não tinha sido motivada sexualmente, e negou luta com a vítima. Disse ao tribunal que tinha matado Yeates enquanto a tentava silenciar depois dela ter gritado quando ele a tentou beijar. Declarou que colocou sua mão na boca dela e em volta do pescoço para a silenciar, dizendo que teria usado de força mínima, por apenas por 20 segundos. Alegou, também, que entrou em estado de pânico após ver o corpo sem vida de Joanna.

Por fim, aproximadamente 10 meses após o assassinato, Tabak é considerado culpado numa votação de 10 a 2, e o juiz atribui à morte uma causa por "elemento sexual". E desse modo é concretizada a justiça de Joanna Yeates.

Já no caso de Jefferies, os crimes ocorridos foram outros, mais ligados ao direito civil. Apareceram nos jornais um grande número de artigos negativos a respeito do senhorio de Joanna, então ele decidiu entrar com ações legais contra seis jornais pedindo indenização por difamação pela forma indevida como reportaram sua prisão e imagem, e acabou vencedor contra todos.

Em citação presente em uma página da *Wikipedia*, a respeito do caso real, pode-se ler que o juiz do caso teria declarado que no julgamento, “por uma questão de princípio, a difamação de um suspeito em prisão é um potencial impedimento no curso da justiça".

Jefferies, o verdadeiro, também declara, segundo a mesma fonte, que “Foi claro que a imprensa tinha decidido que eu era culpado do assassinato da menina Yeates e parecia determinada a persuadir o público da minha culpa. Eles embarcaram numa campanha frenética para manchar a minha pessoa publicando uma série de sérias alegações sobre mim que não eram verdadeiras de todo".

Greg Reardon, o namorado de Joanna, ainda segundo a página da *Wikipedia* que relata a realidade na qual o filme se baseia, também teria defendido Jefferies quando comentou sobre a cobertura da mídia em volta da sua prisão: "A vida de ‘Jo’ foi cortada tragicamente, mas ao apontar o dedo e acusar da forma que acusaram também é assassinato, mas dessa vez o personagem social de um homem inocente, morto pela mídia... foi vergonhoso".

Pelo exposto, pode-se concluir o quão bem o filme representou o caso real; o quão importante teria sido uma lei do direito de resposta como a que agora dispomos em nosso ordenamento, especialmente a um cidadão tido como excêntrico, arrogante e notadamente frágil ante uma avalanche de inverdades divulgadas por uma imprensa que, insistimos, comportou-se como os muitos revoltados on-line se comportam nas redes sociais.

4 O FILME E A LEI

A lei do direito de resposta e o filme que conta a história de Christopher Jefferies estão intimamente relacionados.

O filme consegue mostrar como o poder da imprensa pode ser abusivo caso não haja limitação alguma, e como tal poder pode manipular a população por meio de fraude e omissão. Com isso, o direito de resposta se mostra extremamente necessário em qualquer que seja o país, pois independentemente do Estado, todas as pessoas possuem direitos fundamentais previstos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

O direito à resposta tem o objetivo de proteger tais direitos fundamentais. Dentre eles, alguns foram desrespeitados pela mídia no caso de Jefferies, como o direito à intimidade, privacidade, o direito à honra e o direito à imagem, etc. Os direitos fundamentais citados constituem os direitos da personalidade, previsto na Constituição Federal no art. 5°, X, onde se pode observar que são invioláveis o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Baseado em leis que defendem os mesmos princípios é que o protagonista, Jefferies, consegue ser indenizado.

Caso Jefferies fosse um cidadão brasileiro, baseado na nova lei do direito de resposta, poderia ter se defendido de imediato dos ataques sofridos, pois a lei assim o garante atualmente, sem prejuízo de eventuais indenizações que viria a buscar no âmbito jurídico, certamente municiado pela própria manifestação do veículo de comunicação quanto a seu possível pedido de resposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatamos que o advento da lei 13.188/2015 é um marco para a defesa do cidadão ante as irresponsabilidades de uma mídia que, no lugar de informar, apresentar fatos, muitas vezes tem se revestido no papel de julgadora, condenando cidadãos antes mesmo de o processo judicial chegar a conclusão similar.

A lei do direito de resposta não se presta a proteger os interesses de políticos ou partidos poderosos, pois estes, como já dissemos, são naturalmente protegidos por aparato estatal que lhes garante a devida proteção em eventuais (ou tentativas de) abusos. Injustiçada é portanto tal lei, talvez por ter surgido num momento de grande turbulência política pelo qual passa o Brasil.

Fosse outro o momento político, talvez sua recepção fosse menos criticada. Talvez as próprias ADIns em andamento também não fossem propostas, ao menos não pelos motivos alegados pelas referidas autoras.

Certo é que a lei de direito de resposta surge num país em que a imprensa é cada vez mais determinante no rumo dos três poderes que sustentam nossa estrutura político-jurídica — os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O "quarto poder", como é denominado, confere à imprensa um papel de destaque na manutenção e aprimoramento de nossa democracia. Todavia, recai sobre esta mesma imprensa a obrigatoriedade de dever ser responsável por tudo aquilo que publica ou transmite, não podendo se deixar levar por ondas inquisitoriais, as quais procuram apontar primeiramente os culpados para somente depois procurar investigar — quando o fazem — e averiguar se, de fato, a "acusação imposta" (no lugar da devida e necessária "notícia") seria de fato fundamentada e correta.

Agindo desta forma, a mídia se comporta como boa parte das pessoas "revoltadas on line" tem se comportado: acusam, descarregam todo seu ódio em relação a determinada pessoa, entidade ou partido político sem ao menos levar em consideração a possibilidade de haver outra verdade a ser contada, investigada, conhecida. Pior, isso não só ocorria, mas ainda tem ocorrido, pois a lei é nova e, como tal, demora a se fazer percebida e aplicável como muitas outras, especialmente por ser de antemão tachada como uma lei que teria surgido para evitar que a imprensa continuasse a ter sua liberdade de denunciar os abusos dos poderosos políticos do país ou como uma tentativa de cercear a liberdade de imprensa.

Somente o tempo poderá demonstrar o papel a que se presta a presente lei do direito

de resposta. Somente o tempo poderá comprovar quantos Jefferies poderão se reconhecer justiçados por terem obtido o devido direito de resposta, quando o devido papel de informar fatos não tiver sido cumprido pela imprensa em geral. Somente o tempo poderá demonstrar que num país em que a educação é lema, mas não prática constante, a democracia se impõe soberana sobre os escusos interesses daqueles que ardilosamente manipulam os meios de comunicação para poderem fazer prevalecer o que entendem por verdade, desrespeitando o fato de que a verdade não é absoluta, mas sim relativa, o que não significa dizer que deve ser conveniente a quem a apresenta, mas sim que a verdade deve decorrente da pluralidade, da diversidade de fontes e de fatos efetivamente buscados e alcançados.

Do contrário, continuaremos a conviver com a realidade de que uma opinião publicada por um veículo de comunicação privado seja confundido com opinião pública, especialmente quando o argumento para tal publicação seja o da liberdade de imprensa, quando a liberdade alegada e defendida se confunde com o livre curso à informação, não garantindo sua essência: o conteúdo, este, sim, restrito às conveniências de quem o supostamente apresenta; continuaremos com esta sensação de que, no momento, parece-nos mais crível reconhecer ser o Estado uma concessão da imprensa, quando o que impõe as democracias mais estáveis e solidificadas é justamente o contrário.

REFERÊNCIAS

AGU sustenta constitucionalidade da lei de direito de resposta. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI236729,41046-AGU+sustenta+constitucionalidade+da+lei+de+direito+de+resposta>. Acesso em 30 mar 2016.

ABI QUESTIONA LEI QUE DISCIPLINA DIREITO DE RESPOSTA. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI230588,101048-ABI+questiona+lei+que+disciplina+direito+de+resposta> Acesso em 25 mar 2016

ASSASSINATO DE JOANNA YEATES. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Joanna_Yeates>, criada a partir da tradução da página "Murderof Joanna Yeates".Acesso em 28 mar 2016.

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 abr 2016.

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 15 mar 2016

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)* (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA).Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 25 abr 2016.

LEI Nº 13.188, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm. Acesso em 15 mar 2016.

SILVA, José Afonso da.*Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa.*Curitiba. Juruá, 2011.

THE LOST HONOUR OF CHRISTOPHER JEFFERIES. Direção de Roger Mitchell. Roteirista: Peter Morgan. Produtor: Kevin Loader. Produção:NBC Television. Produtor Executivo: Peter Morgan. Produtor Executivo: Gareth Neame. Produção: Steve Brown/Carnival Film & Television. Produtor Executivo: Roger Michell. Intérpretes: Jason Watkins, Shaun Parkes, Ben Caplan e mais. Reino Unido: 2014. 90 minutos.

TOFFOLI AFASTA EXIGÊNCIA DE DECISÃO COLEGIADA PARASUSPENDER DIREITO DE RESPOSTA. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231754,71043-Toffoli+afasta+exigenci+de+decisao+colegiada+para+suspender+direito.> Acesso em 25 mar 2016.

ANEXO – Íntegra da Lei nº 13.188/2015

Lei federal n° 13.188, de 11 de novembro de 2015, que "dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social".

“Art. 1º Esta Lei disciplina o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao

agravo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

§ 2º São excluídos da definição de matéria estabelecida no § 1º deste artigo os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social.

§ 3º A retratação ou retificação espontânea, ainda que a elas sejam conferidos os mesmos destaque, publicidade, periodicidade e dimensão do agravo, não impedem o exercício do direito de resposta pelo ofendido nem prejudicam a ação de reparação por dano moral.

Art. 3º O direito de resposta ou retificação deve ser exercido no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contado da data de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, mediante correspondência com aviso de recebimento encaminhada diretamente ao veículo de comunicação social ou, inexistindo pessoa jurídica constituída, a quem por ele responda, independentemente de quem seja o responsável intelectual pelo agravo.

§ 1º O direito de resposta ou retificação poderá ser exercido, de forma individualizada, em face de todos os veículos de comunicação social que tenham divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido o agravo original.

§ 2º O direito de resposta ou retificação poderá ser exercido, também, conforme o caso:

I - pelo representante legal do ofendido incapaz ou da pessoa jurídica;

II - pelo cônjuge, descendente, ascendente ou irmão do ofendido que esteja ausente do País ou tenha falecido depois do agravo, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta ou retificação.

§ 3º No caso de divulgação, publicação ou transmissão continuada e ininterrupta da mesma matéria ofensiva, o prazo será contado da data em que se iniciou o agravo.

Art. 4º A resposta ou retificação atenderá, quanto à forma e à duração, ao seguinte:

I - praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou;

II - praticado o agravo em mídia televisiva, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou;

III - praticado o agravo em mídia radiofônica, terá a resposta ou retificação o destaque, a

publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou.

§ 1º Se o agravo tiver sido divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido em mídia escrita ou em cadeia de rádio ou televisão para mais de um Município ou Estado, será conferido proporcional alcance à divulgação da resposta ou retificação.

§ 2º O ofendido poderá requerer que a resposta ou retificação seja divulgada, publicada ou transmitida nos mesmos espaço, dia da semana e horário do agravo.

§ 3º A resposta ou retificação cuja divulgação, publicação ou transmissão não obedeça ao disposto nesta Lei é considerada inexistente.

§ 4º Na delimitação do agravo, deverá ser considerado o contexto da informação ou matéria que gerou a ofensa.

Art. 5º Se o veículo de comunicação social ou quem por ele responda não divulgar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação no prazo de 7 (sete) dias, contado do recebimento do respectivo pedido, na forma do art. 3º, restará caracterizado o interesse jurídico para a propositura de ação judicial.

§ 1º É competente para conhecer do feito o juízo do domicílio do ofendido ou, se este assim o preferir, aquele do lugar onde o agravo tenha apresentado maior repercussão.

§ 2º A ação de rito especial de que trata esta Lei será instruída com as provas do agravo e do pedido de resposta ou retificação não atendido, bem como com o texto da resposta ou retificação a ser divulgado, publicado ou transmitido, sob pena de inépcia da inicial, e processada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, vedados:

I - a cumulação de pedidos;

II - a reconvenção;

III - o litisconsórcio, a assistência e a intervenção de terceiros.

§ 3º (VETADO).

Art. 6º Recebido o pedido de resposta ou retificação, o juiz, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, mandará citar o responsável pelo veículo de comunicação social para que:

I - em igual prazo, apresente as razões pelas quais não o divulgou, publicou ou transmitiu;

II - no prazo de 3 (três) dias, ofereça contestação.

Parágrafo único. O agravo consistente em injúria não admitirá a prova da verdade.

Art. 7º O juiz, nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes à citação, tenha ou não se manifestado o responsável pelo veículo de comunicação, conhecerá do pedido e, havendo prova capaz de convencer sobre a verossimilhança da alegação ou justificado receio de ineficácia do

provimento final, fixará desde logo as condições e a data para a veiculação, em prazo não superior a 10 (dez) dias, da resposta ou retificação.

§ 1º Se o agravo tiver sido divulgado ou publicado por veículo de mídia impressa cuja circulação seja periódica, a resposta ou retificação será divulgada na edição seguinte à da ofensa ou, ainda, excepcionalmente, em edição extraordinária, apenas nos casos em que o prazo entre a ofensa e a próxima edição indique desproporcionalidade entre a ofensa e a resposta ou retificação.

§ 2º A medida antecipatória a que se refere o caput deste artigo poderá ser reconsiderada ou modificada a qualquer momento, em decisão fundamentada.

§ 3º O juiz poderá, a qualquer tempo, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, bem como modificar-lhe o valor ou a periodicidade, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 4º Para a efetivação da tutela específica de que trata esta Lei, poderá o juiz, de ofício ou mediante requerimento, adotar as medidas cabíveis para o cumprimento da decisão.

Art. 8º Não será admitida a divulgação, publicação ou transmissão de resposta ou retificação que não tenha relação com as informações contidas na matéria a que pretende responder nem se enquadre no § 1º do art. 2º desta Lei.

Art. 9º O juiz prolatará a sentença no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contado do ajuizamento da ação, salvo na hipótese de conversão do pedido em reparação por perdas e danos.

Parágrafo único. As ações judiciais destinadas a garantir a efetividade do direito de resposta ou retificação previsto nesta Lei processam-se durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas.

Art. 10. Das decisões proferidas nos processos submetidos ao rito especial estabelecido nesta Lei, poderá ser concedido efeito suspensivo pelo tribunal competente, desde que constatadas, em juízo colegiado prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

Art. 11. A gratuidade da resposta ou retificação divulgada pelo veículo de comunicação, em caso de ação temerária, não abrange as custas processuais nem exime o autor do ônus da sucumbência.

Parágrafo único. Incluem-se entre os ônus da sucumbência os custos com a divulgação, publicação ou transmissão da resposta ou retificação, caso a decisão judicial favorável ao autor seja reformada em definitivo.

Art. 12. Os pedidos de reparação ou indenização por danos morais, materiais ou à imagem serão deduzidos em ação própria, salvo se o autor, desistindo expressamente da tutela específica de que trata esta Lei, os requerer, caso em que o processo seguirá pelo rito ordinário.

§ 1º O ajuizamento de ação cível ou penal contra o veículo de comunicação ou seu responsável com fundamento na divulgação, publicação ou transmissão ofensiva não prejudica o exercício administrativo ou judicial do direito de resposta ou retificação previsto nesta Lei.

§ 2º A reparação ou indenização dar-se-á sem prejuízo da multa a que se refere o § 3º do art. 7º.

Art. 13. O art. 143 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 143. .....

Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa." (NR)

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO RETRATADO NO FILME MINORITY REPORT E A INAPLICABILIDADE DO MESMO NA "GUERRA AO TERROR"

Lia Tesser Grizzo[66]

Rodrigo Orlandini Volpato[67]

RESUMO

Partindo da análise do filme Minority Report, o presente artigo discorrerá sobre a possível adoção pelos Estados Europeus de modelos de justiça criminal baseados no Direito Penal do Inimigo como forma de combate ao terrorismo, diante de seu cenário jurídico após os atentados do Estado Islâmico. Verificará também a inaplicabilidade dessa forma de repressão no Estado Democrático de Direito diante dos princípios constitucionais de democracia. Para tanto, inicialmente, destacar-se-á o conceito de violência e sua amplitude, discorrendo sobre a violência e sobre a expansão do terrorismo. Posteriormente, discutir-se-á a problemática do filme em questão, que traz intrigante apreciação a respeito do equilíbrio a ser buscado entre a eficácia na prevenção dos delitos e o respeito às garantias do Estado Democrático de Direito, fazendo um paralelo com perigo da utilização do Direito Penal do Inimigo como forma de controle desmensurado ao terrorismo em casos como o em discussão.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Terrorismo. Estado Democrático de Direito. Minority Report.

ABSTRACT

Starting from the movie Minority Report analysis, this article will talk about the possible adoption by the United European criminal justice models based on the Criminal Law oftheEnemyasawaytocombatterrorism,beforeitslegalscenarioaftertheattacksofIslamicState. It will also ascertains the inapplicability of this form of repression in Law Democratic State before

[66]Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Bolsista da Fundação Araucária e participante do Grupo de Pesquisas intitulado " Os reflexos das opções do poder público na vida das pessoas".

[67]Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, em 2010. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela UNOPAR, Campus Bandeirantes - Paraná, conclusão em 2014. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor de Direito pela Faccrei.

the constitutional principles of democracy. Therefore, initially, it will be highlighted the concept of violence and the spread of terrorism. Later, it will be discussed the problem of the film in question, which brings intriguing appreciation regarding the balance to besoughtbetweentheeffectivenessinthepreventionofoffensesandrespecttheguaranteesof the Democratic State of Law, making a parallel with danger of using the Criminal Law of the Enemy as a way to control unmeasured terrorism in cases like ondiscussion.

Keywords: Enemy Criminal Law. Terrorism.Democratic State of Law.Minority Report.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a tensão entre terrorismo e segurança em um Estado social e democráticodeDireitotornou-sequestãorecorrenteemvirtudedosataquesquevemocorrendona Europa, desde janeiro de 2015, todos de autoria do Estado Islâmico. Fomentou-se o sentimento de vulnerabilidade e insegurança tanto pela população local, como pelos muitos turistas que antes abarrotavam os hotéis europeus, deixando-os às moscas.

Em resposta, a França, um dos países mais atingidos, declarou guerra ao Estado Islâmico, anunciando expressamente os terroristas como inimigos do Estado. Em outras preocupantes palavras, o governo francês vem se aproximando continuamente da teoria arbitrária do Direito Penal do Inimigo; sistema conflitante com as garantias e direitos individuais que são base do Estado Democrático de Direito.

No filme em estudo, Minority Report, é a clara representação de um Estado que deturpou sua função social, rompendo a linha tênue de equilíbrio entre a eficiência da prevenção do crime e as garantias do Estado Democrático de Direito, com a adoção do Direito Penal do Inimigo como base de seu sistema de segurança. A película mostra uma organização de combate ao crime cuja função principal é a de prevenção, denominada pré-crime, que antecipa o cometimento do delito prendendo o infrator antes mesmo do início do iter criminis.

Neste viés, a problemática indicada na pesquisa em tela se relaciona com a análise da (im)possível aplicação do Direito Penal do Inimigo no contexto em questão e suas decorrências. O Direito Penal do Inimigo é um instrumento viável como forma de prevenção da violência e ao terrorismo dentro de um Estado Democrático de Direito ou se evidencia como uma nova

forma de violência aos direitos fundamentais do indivíduo?

A partir da precedente indagação, objetivou-se com este artigo enfatizar a caracterização da violência contemporânea como um todo e o seu progresso, destacando a ineficiência do Estado na prevenção e combate a partir do ordenamento jurídico constituído, bem como a perspectiva da aplicação do Direito Penal do Inimigo como alternativa à prevenção e controle ao terrorismo.

Assim, para a compreensão do problema suscitado, foi indispensável demonstrar que a prevenção e o combate à violência, mais precisamente ao terrorismo, podem ser efetivados a partir da validação dos instrumentos jurídicos já existentes, fazendo com que estes sejam aplicados em sua plenitude, tendo como motivação princípios morais, éticos e legais preconizados pela própria lei, bem como no sentido de valorizar a educação como forma de disciplinarização social, inserindo, com isso, a responsabilidade do Estado em efetivar a prevenção e combate ao terrorismo, garantindo a tutela da segurança à sociedade.

Adotou-se neste estudo o método dedutivo, iniciando-se por uma visão geral do conceito de violência até o afunilamento do tema que culmina na questão do terrorismo e as formas de sua prevenção, sendo esta o grande problema deste estudo: análise da viabilidade do Direito Penal do Inimigo como forma de prevenção da violência e ao terrorismo dentro de um Estado Democrático de Direito.

Finalmente, empregou-se a pesquisa de indireta documental (Constituição Federal de 1988, Código Penal Brasileiro (Lei nº 2.848/1940), Constituição Federal Francesa de 1958, Declaração Universal dos Direitos Humanos), a pesquisa indireta bibliográfica, através do acervo da biblioteca da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e de artigos e publicações científicas.

1 DA VIOLÊNCIA EM GERAL À EXPANSÃO DOTERRORISMO

Para uma análise crítica do tema em questão, faz-se necessário adentrar na conceituação da violência de maneira abrangente, possibilitando posterior entendimento do que, de fato, é o fenômeno motivador da grande discussão deste estudo: o terrorismo.

1.1 Caracterização da violência

Assim sendo, começaremos refletindo sobre os brilhantes ensinamentos de Hannah Arendt, os quais constatam a existência de cinco perspectivas que permitem a compreensão da violência. São eles: o poder, o vigor, a força, a autoridade e a violência por si só. Ao que se alude à primeira perspectiva, de acordo com Arendt (1999, p. 6):

> O "poder" é a capacidade que os homens possuem de agir em comum acordo, por consenso. Origina-se de um grupo de pessoas que investiu alguém para exercê-lo em seu nome e, a partir do momento que esse grupo desaparece, o poder também desaparece. Para ela, o exercício do poder não exige a presença da coercitividade, mas a presença do consenso, elemento fundamental para a ausência da violência.

O poder, por conseguinte, é instituído entre a sociedade e um indivíduo ou um grupo deles não se referindo, portanto, a um poder de coerção obrigado à submissão, mas de um consenso entre partes.

Ao que se alude com relação ao vigor, para Arendt (1999), essa perspectiva indica algo peculiar; caracteriza-se por ser inseparável de um objeto ou pessoas a que está relacionado, integrando o seu caráter. Acrescenta a autora, que é da natureza de um grupo e de seu poder contra a independência a propriedade do vigor individual. Adeodato (1999,p.172)destaca:

> [...] o vigor é uma qualidade necessariamente individualizada de determinado objeto ou pessoa, podendo, este último caso, consistir tanto em potência física ou mental; é um dado objetivamente mensurável, que varia muito de indivíduo para indivíduo e de uma para outra situação.

É possível inferir que, em determinado sentido, o vigor em muito se assemelha à violência uma vez que tem como propósito reduzir a resistência física e psicológica da pessoa, do grupo ou ainda do coletivo a que se direciona, porém dela difere no sentido natural de atrair as pessoas, grupos ou coletivo. No vigor ocorre um domínio natural por vocação, integrante ao caráter.

> Em seu uso corrente, quando falamos de um homem poderoso ou de uma personalidade poderosa, já usamos a palavra “poder” metaforicamente; aquilo a que nos referimos sem a metáfora é “vigor”. (ARENDT, 1999, p. 36)

Assim, o vigor representa uma ação peculiar, que integra um objeto ou pessoa e pertence ao seu caráter, podendo provar-se a si mesmo na relação com outras coisas ou pessoas, mas sendo essencialmente diferente delas. (OLIVEIRA E GUIMARÃES,2005).

Quanto à força, cotidianamente interpretada como sinônimo de violência, refere-se a qualquer energia resultante de movimentos físicos ou de conjunturas, principalmente quando se menciona a forças da natureza ou de pressões de ambientes coletivos (SEREJO,2008). Para Arendt(1999,p.212)a força é"[...]uma qualidade natural de um indivíduo isolado[...]Na luta entre dois homens, o que decide é a força e não o poder".

Dessa forma, evidente está que a força, em princípio, se relaciona com as duas outras perspectivas, pois ela é inerente ao poder e ao vigor. A força de um grupo está no poder e o vigor dá força a imposição de algo. Consequentemente, observa na essência das significações certa espécie de violência presente nos conceitos expostos.

Ainda de acordo com a Arendt (1999), a autoridade se trata de um conceito amplo e se relaciona com diversas possibilidades que integram a organização social e as relações nelas presentes, como, a autoridade de pais sobre filhos, da hierarquia empresarial ou pública dentre outras, é importante destacar que a autoridade independe de comportamentos.

Por conseguinte, a autoridade, condição hierárquica no processo interacional na sociedade, é o reconhecimento inquestionável por aqueles que se submetem, não necessitando da coerção e nem de um processo persuasivo para a sua evidenciação. Oliveira e Guimarães (2005, p. 6) faz o seguinte comentário acerca da autoridade:

> É o reconhecimento inquestionável, constituindo-se o desprezo seu maior inimigo e a risada o meio eficiente para destruí-la. Assim, a autoridade é incompatível tanto com a utilização de meio externos de coerção - onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou -, tanto com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação.

Conforme se pode compreender das colocações supras, a autoridade, diante dessa definição é comumente confundida com violência. Duarte (apud. SEREJO, 2008, p. 23) faz a seguinte menção:

> Em outras palavras, enquanto a violência consegue a obediência mediante a coerção, e o poder, pela persuasão, a autoridade prescinde de ambos. Onde se requer o uso da força, não há autoridade; do mesmo modo, ela também inexiste onde todos são iguais e podem, portanto, entregar-se ao jogo difuso da persuasão e do convencimento de parte a parte. Os que detinham a autoridade não detinham o poder, e a autoridade era compreendida [...] como um conselho e menos que uma ordem.

Finalmente, a violência por si só, de acordo com os estudos de Arendt (1999) se diferencia dos outros contextos, distingue-se do poder pelo seu aspecto instrumental. É por meio

dela que se justifica para se alcançar um determinado objetivo. Violência se opõe ao poder"[...]onde um domina absolutamente, o outro está ausente.". Oliveira e Guimarães(2005, p. 6) destacam:

> A violência, no pensamento arendtiano, distingue-se por seu caráter instrumental. Meios, implementos, instrumentos, ferramentas, são alguns dos substantivos usados pela autora. Assim, com o propósito de multiplicar o vigor natural, a violência aproxima-se fenomenologicamente do vigor.

A diferença do poder da força é que enquanto a limitação do poder é a diversidade, a limitação da força se resume na interação de diversos indivíduos e no poder da maioria. Portanto, um homem isolado, com força, não detém o poder, enquanto um grupo organizado o possui, mesmo que a força individual não seja significativa.

Levando em consideração as concepções expostas, é possível inferir que a violência nãoresultaempoder,ela,porém,ésuscitadaquandoopodersofreameaça.Violênciaepodersão opostos; onde um prevalece o outro se dissimula. Dessarte, conforme concepção de Arendt (1999) a violência não gera o poder, mas o destrói, uma vez que o poder não pode ser considerado como sinônimo de opressão nem de coerção, mas sim, no sentido de condição humana para viver a pluralidade, da diversidade de opiniões e de manifestação. Também entende desta forma Tavares dos Santos e tal. (apud ZALUAR E LEAL, 2001, p.147):

> Podemosdestemodo,consideraraviolênciacomoumdispositivodeexcessodepoder, uma prática disciplinar que produz um dano social, atuando em um diagrama espaço- temporal, a qual se instaura com uma justificativa racional, desde a prescrição de estigmas até a exclusão, efetiva ou simbólica. Esta relação de excesso de poder configura, entretanto, uma relação social inegociável porque atinge, no limite, a condição de sobrevivência, material ou simbólica, daqueles que são atingidos pelo agente da violência.

Convém dizer que na concepção de Arendt (1999), a violência pode ser justificada, contudo não pode ser legítima, diferente do que ocorre com o poder, ele se justifica e é legitimado pela escolha, sem a imposição.

A partir dessa concepção em relação à violência, compreende-se que ela se efetiva de diversas formas: do Estado sobre a sociedade, do patrão sobre o empregado, de homens sobre homens, dos pais sobre os filhos e assim por diante. Em todas as formas de violência, essa relação de poder e submissão este presente e ela ocorre quando há o embate entre esses dois elementos.

É importante destacar que o conceito de violência é amplo e não se limita somente à

violência física, vai muito além dessa realidade, de modo que se entende por violência toda ação no sentido de aviltar outro, degradando de forma física e psíquica, tornando-o inerente, bem como alternando o comportamento do indivíduo de forma negativa, inepto à reação. (ARENDT, 1999).

Zauar e Leal (2001, p. 146) destacam:

> Os instrumentos da violência, seriam mudos, abdicariam do uso da linguagem que caracteriza as relações de poder, baseadas na persuasão, influência ou legitimidade. Outras definições não fogem desse paradigma, mas incorporam a palavra na sua definição: a violência como o não reconhecimento do outro, a anulação ou a cisão do outro.

Diante dessa conceituação teórica de Hannah Arendt acerca da violência, pode-se relacionar os atentados terroristas ocorridos recentemente à teoria dos sistemas. Essa compreensão cria subsídios para análise da questão de uma de suas vertentes mais aterrorizantes: o terrorismo e os fatores que contribuem para sua expansão.

1.2 A expansão do terrorismo

Os atos e ataques terroristas, segundo alguns estudiosos, tiveram início no século I d. C., com um grupo de judeus radicais. O terrorismo moderno tem sua origem no século XIX no contexto europeu, quando grupos anarquistas viam no Estado seu principal inimigo. A principal ação terrorista naquele período visava à luta armada para constituição de uma sociedade sem Estado – para isso, os anarquistas tinham como principal alvo algum chefe de estado e não seus cidadãos.

Posteriormente, as ações terroristas tiveram uma ascensão surgindo, então, a expansão dos grupos que optaram pelo terrorismo como forma de luta. Como desenvolvimento da ciência e tecnologia estas ações passaram a ter um maior alcance e poder, através de conexões globais sofisticadas, uso de tecnologia bélica de alto poder destrutivo, redes de comunicação, entre outras.

Entretanto, foi após os ataques terroristas aos EUA, no ano de 2001, que o mundo voltou seu olhar para este fenômeno. Além desta ocasião, ocorreram também, os atentados no Reino Unido e agora na França, que geraram nestes países um estado de emergência. Nele estão em vigor estatutos que autorizam os policiais a promoverem verdadeiras violações a direitos fundamentais, como por exemplo, execuções sumárias. Isso ocorre, principalmente, quando

houver indícios que o sujeito possa vir a ser terrorista, numa odiosa antecipação de mérito e da tutela do bem jurídico segurança individual.

No campo conceitual, a doutrina diverge quanto ao significado jurídico-penal do termo. Contudo, pode-se definir terrorismo em seu sentido literal como "o sistema, ou regime, baseado no terror, quer dizer, no impacto psicológico negativo (sofrido por indivíduos, grupos, massas) provocado por actos de violência calculada" (ROGEIRO, 2003). Nas palavras de Maristela Basso:

> Atos terroristas violam, de forma abominável, todos os direitos reconhecidos ao homem na Declaração Universal dos Direitos do Homem , de 1948, que reconhece e consagra o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal(art.3o). Da mesma forma, todo homem tem direito a uma ordem social e internacional na qual possa gozar de seus direitos e liberdades. O fundamento do ato terrorista, ao fazer tremer e amedrontar, é justamente ir de encontro à ordem internacional que assegura ou procuraasseguraranão-violência,oequilíbrioentrepodereDireitoequeprocuraser um a tela forte e m que se assentam e robustecem os direitos humanos e os princípios de valorização da Humanidade.

O poder punitivo estatal está evidente na contenção prévia do inimigo da sociedade ou estranho que atua tratando alguns seres humanos como se não fossem pessoas, mas entes perigosos. O terrorista não é tido como um sujeito processual, que participa do processo, mas como um indivíduo perigoso. Como lembra Meliá, "de novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação dos riscos terroristas".

A história mais uma vez está sendo marcada pelo massacre desumano e criminoso de seres humanos considerados inimigos do Estado. Sendo punidos por uma política repressiva que pune o indivíduo pelo que ele é, e não pelo que ele fez ou deixou de fazer. Ademais, por maiores que sejam as pressões internacionais na eliminação prévia do terrorista, não há concordar que direitos e garantias constitucionais, conquistadas após memoráveis lutas, sejam colocados de escanteio em nome da segurança coletiva.

A exacerbação punitiva e indiscriminada, portanto, que alguns países vêm adotando para a contenção dos suspeitos de terrorismo afeta direta e imediatamente não apenas o devido processo legal, mas também, e sobretudo os direitos humanos fundamentais.

2 ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO FORMA DE CONTROLE DESMENSURADO AO TERRORISMO A PARTIR DO FILME

MINORITYREPORT

Nas últimas três décadas o mundo vem passando por uma transformação incisiva, o processo de globalização mundial, que eliminou as fronteiras não somente econômicas, mas principalmente as socioculturais, que resultaram em uma sociedade unívoca, juntamente a este processo; diante dessa dinamização da sociedade globalizada, emergiu a concepção de disseminação do direito punitivista, com o fito de reduzir a criminalidade, corolário, propiciar a segurança à sociedade diante das novas infrações penais cometidas.

Com os ataques terroristas no Word Trade Center em setembro de 2011, nos Estados Unidos, e agora com os atentados ocorridos durante o ano de 2015 e no início de 2016 na Europa, emergiu a teoria do Direito Penal do Inimigo com o pressuposto de punir o terrorista por ser potencialmente perigoso à sociedade, indo de encontro ao contrato social estabelecido entre a sociedade e Estado; assim, esse Direito visa neutralizar o inimigo que representa perigo para a sociedade, de modo que o Direito Penal do inimigo não se tende ao ato, mas sim à pessoa.

2.1 Do direito penal do inimigo

A concepção de inimigo é algo complexo e pode ser situado em perspectivas distintas, de acordo com Kant, em um estado de natureza, o inimigo é colocado em um estado de conflito perpétuo, de modo que a harmonia, a paz somente se consegue a partir da consolidação do Estado civil, de modo que no estado de natureza, os homens são ameaça para outros homens; em um Estado civil, a perspectiva é a de que não há risco para a segurança no processo de interação entre homens, assim, não haverá entendimento entre indivíduos, em que um compreenderá o outro como inimigo a partir do momento que não haver segurança em decorrência da falta de participação em comum neste estado civil.

Já Hobbes define o inimigo como sendo o indivíduo com o potencial de romper vínculos civis, retornando ao estado de natureza, que representa o uso do próprio poder da forma que compreender para a preservação de sua vida.

Desta forma, considerando as duas concepções anteriores e relacioná-las ás formas de violência destacadas percebe-se uma clara e insofismável condição de um estado natural do homem, em que cada qual busca sua condição de sobrevivência, mesmo que seja em prejuízo daquilo que é juridicamente legal e protegido por lei, em que os indivíduos se colocam em posição de inimigo. (SHECAIRA, 2012)

Para Hobbes (apud. CARVALHO JÚNIOR, 2013, p. 2): "[...] o estado natural é um estado de guerra permanente onde os homens são inimigos entre si, podendo, como inimigos tudo contra todos, pois em estado de guerra não há leis, não há justo ou injusto e sequer bem ou mal."

O grande paradoxo que se observa é que no atual estado civil, vive-se uma condição de anomia, na qual se evidencia a disseminação do estado natural da sociedade em virtude da do ceticismo diante da inoperância estatal, neste sentido, a apologia do Direito Penal do Inimigo, concepção emanada por Gunther Jacobs, vem sobressaindo como panaceia para mitigar a violência contemporânea, como uma forma de prevenção a ela.

Jackobs e Mieliá (2007), levando em consideração estas exposições, distingue a pessoa do indivíduo, sendo a primeira aquela que está envolvida com a sociedade, situando-se como um sujeito de direitos e obrigações diante de outras pessoas, integrantes da mesma sociedade; já o indivíduo, trata-se de um ser sensorial, integrante de uma ordem natural, movido por suas satisfações e não satisfações, conforme suas prerrogativas, ignorando as pessoas.

Ainda na visão de Jackobs e Meliá (2007), o Direito Penal do inimigo, diferente do Direito Penal do indivíduo, como parte integrante de um conjunto social, regulado por leis, foca o sujeito indivíduo como um ser potencialmente inimigo, na qual o Estado mantem uma relação de coação, visando o combate ao perigo que ele representa, punindo a sua periculosidade, funcionando como instrumento de medida de segurança, antecipando a tutela penal na punição de eventuais crimes, estereotipando determinados grupos de criminosos, interceptando-os em sua pretensa ação ainda um estado inicial. Neste contexto, Jackobs e Meliá (2007, p. 30) comentam:

> "[...] o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra. " [...] no âmbito da criminalidade econômico, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, [...] pretendendo-se combater cada um desses casos a indivíduos que em sua atitude[...], em sua vida econômica[...] ou mediante sua incorporação numa organização [...] tenham se afastado, provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, ou seja, que não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa. [...] não se trata, num primeiro momento, de compreensão de um dano àvigênciadanorma,masdaeliminaçãodeumperigo:apunibilidadeseadiantaatéo âmbito da preparação, e a pena se dirige ao asseguramento frente a fatos futuros e, não, a sanção de fatos cometidos. (JACKOBSEMELIÁ,2007, p.38)

No entanto, tal condição, considerando as constituições democráticas disseminadas

pelo mundo, que asseguram garantias e direitos fundamentais à sociedade, garante aos seus cidadãosanãosubmissãoaquaisquerarbítriosdoEstado,demodoqueateoriadoDireitoPenal doInimigopuneoindivíduoantesdacondutaporelepraticadajustamentepornãoproporcionar segurança cognitiva, de modo que conspurcam de forma insofismável diversos princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, presunção da inocência, devido processo legal, da exteriorização ou materialização do fato, n*ulla injuria sine actione*, da Culpabilidade, *nulla actio sine culpa*, do Ônus da Prova, *nulla accusatio sine probatione*, da ampla defesa oufalseabilidade, *nulla probatio sine defensione*; pois conforme destaca Capez (2015, p.8):

> Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um especifico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível e seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Acresce-se ainda a tal condição, conforme pressuposto de Jackobs (apud, JACKOBS E MELIÁ, 2007), que o delinquente deve ser excluído socialmente, condição esta que representa a conduta arbitrária do Estado, propiciando espaço para a aplicação de punições contrárias aos direitos humanos, pois antecipa o possível dano que indivíduo pode provocar na sociedade.

Consoante colocação de Silva Sánchez (2002), a transição do aspecto de "cidadão" para o aspecto "inimigo" se efetivaria diante da reincidência, o hábito de ir de encontro à lei, a delinquência profissional e, por fim, a integração em organizações criminosa estruturada.

Para Jackobs e Meliá (2007), é o perigo do sujeito que o caracteriza como inimigo, contrapondo à pessoa-cidadã, a punição do inimigo paira no perigo que representa, pressupondo que no contexto interior do sujeito há o perigo de dano no devir.

Conforme se pode constatar, o Direito Penal do Inimigo, em sua essência, representa um retrocesso ao contexto jurídico penal, aos direitos e garantias fundamentais, trazendo consigo apanágios medievais de punição, indo na contra mão de valores como a valorização da educação e redução das desigualdadessociais.

Destarte, para Jackobs e Meliá (2007), o Direito Penal do Inimigo é um instrumento de prevenção positiva que produz efeitos em toda a sociedade na qual ocorre a certeza da presença de uma norma. Assim, o inimigo é considerado como uma não pessoa, em que o

Direito estabelece dom ele uma condição de guerra, objetivando combater o perigo por intermédio de medida de segurança, punindo o perigo do agente antecipando a tutela penal na punição do perigo, mais especificamente os possíveis atos preparatórios do crime. Esta condição enseja a determinados grupos a condição de infratores.

Desta forma, pela concepção de Silva Sánches (2002), esta perspectiva do Direito, refere-se a uma expansão do Direito, situada em posição diametral do Direito Penal,flexibilizandoasferramentasdogmáticasdoDireito,agindonocontroledosfenômenosderisco que vão se evidenciando na sociedade contemporânea, afim de estabilizar a mesma.

Corroborando a ideia de que o Direito Penal do Inimigo está na contramão do Direito Penal do Cidadão, observa-se que ele não se evidencia como uma forma de prevenção, mas sim a aplicação da violência antes de seu cometimento. Não se trata de uma forma de assegurar a tutela da segurança, mas um meio arbitrário de prevenção de eventualidades criminosas que situa pessoas em uma condição deletéria para a sociedade, prevaricando os fins ínsitos à lei e os princípios constitucionais estabelecidos.

Para Jackobs (apud JACKOBS E MELIÁ, 2007), o Direito Penal do Inimigo não se trata de legitimar algo desmedido, mas sim de não confundir com um regime de exceção. No entanto, nos dizeres de Costa (2012), Jackobs, na sua proposta, admite a exceção, trata-se de um retrocesso dentro da concepção do Direito Penal em um Estado de Direito.

Kazmierczak (2010) expõe a posição de Zafaroni (2007) que destaca a fragilidade e a insegurança jurídica proporcionada pelo Direito Penal do Inimigo, uma vez que explicita a vontadearbitráriadaquelesquesustentamopodernadefiniçãodequeméconsideradoinimigo, bem como das ações necessárias para a contenção deles, trata-se de um comportamento autoritário, coercitivo editatorial.

O terrorismotornou-seumarealidadequedevesercombatida,contudo,deumaforma racional e legal. Não se previne tais crimes com a criação de tipos penais específicos; as leis servem para punir, a prevenção se efetiva com a informação e a educação. Leciona Zaffaroni (apud. KAZMIERCZACK, 2010, p.82):

> Quando uma pessoa é considerada como inimigo, retira-se dela a própria condição de pessoa, pois não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula essa condição, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente comumente perigoso.

Segundo Silva Sánches (2002), a constatação de um Direito penal com os aspectos do Direito Penal do Inimigo, a discussão paira sobre a legitimidade do mesmo, devendo esta legitimidade estribar-se em considerações de necessidade absoluta, subsidiariedade e eficiência em uma condição de emergência. Contudo, deve-se levar em deferência se esta conceituação de Direito é Direito em si mesmo, ou um não-Direito, sendo uma pura reação defensiva de fato diante da exclusão de sujeitos.

A criação de leis ou tipos penais é a mais cômoda das alternativas buscadas pela Estado para se combater o terrorismo, entretanto, mostra-se uma ameaça à todo o sistema constituído. A sociedade é amedrontada pelo terrorismo e um estado patológico vem driblando-a a partir de seus meios, situando seus integrantes em uma condição de perigo à ordem estabelecida, condição esta, contemporizadora pelo Estado diante de sua inércia na prevenção da violência cotidiana.

2.2 Apreciação do "pré-crime" em paralelo ao direito penal do inimigo como forma de prevenção ao terrorismo

Com o desenvolvimento do direito penal, deu-se início o estudo da criminologia que vem sendo exaustivamente discutida, podendo ser definida como um conjunto de conhecimentos que analisam o fenômeno e as causas da criminalidade, tais como a personalidade do infrator e sua conduta ilícita, além da maneira de ressocializá-lo. Dentre os autores clássicos desta ciência, destacam-se Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri que buscaram definir a origem do crime, debruçando seus estudos na figura do criminoso.

A tese da teoria fisiológica de Lombroso, baseava-se na figura do criminoso atávico ou nato, o qual era descrito como um homem menos civilizado que os demais membros da sociedade, sendo característico que seu comportamento se assemelhasse aos dos homens primitivos. Para ele, os comportamentos humanos eram biologicamente determinados, incluindo a criminalidade, que seria herança hereditária. Assim também a loucura moral e a epilepsia, que nos dizeres de Garcia; Molina; Gomes (2002, p. 193)

> [...] o criminoso nato é um ser inferior, atávico, que não evolucionou, igual a uma criança ou a um louco moral, que ainda necessita de uma abertura ao mundo dos valores; é um individuo que, ademais, sofre alguma forma de epilepsia, com suas correspondentes lesões cerebrais.

Diversamente do pensamento de Lombroso, Garofalo concentrou seus estudos na compreensão de uma análise psicológica e antropológica do crime. Suas teorias discorriam sobre do denominado “crime natural” por ele definido como o “prejuízo para a parte dos sentimentos altruístas fundamentais de piedade ou probidade, na medida em que são de propriedade de uma comunidade, e indispensáveis para adaptação do indivíduo à sociedade”. Ele defendia que a responsabilidade criminal deveria ser aferida com base no perigo inato do infrator, a quem considerava uma "variedade", uma involução da espécie humana, incapaz de assimilarosvaloresdasociedade.Seugrandeargumentoeraqueaúnicamaneiradepreveniro crime era eliminar os fatores externos que lhe originaram, estabelecendo uma relação causal entre o crime e as circunstâncias e deixando de lado o livre-arbítrio.

Igualmente contrário à teoria do critério fisiológico, Enrico Ferri debruçou seus estudos sobre a criminologia nos fatores sociológicos. Em seu entendimento, a criminalidade originava-se em fatores sociais, sendo as causas do crime individuais ou antropológicas, fisícas ou naturais (clima, temperatura) e sociais. Nos dizeres de Garcia; Molina; Gomes (2002, p. 196):

> [...] o cientista poderia antecipar o numero exato de delitos, e a classe deles, em uma determinada sociedade e em um número concreto, se contasse com todos os fatores individuais, físicos e sociais antes citados e fosse capaz de quantificar a incidência de cada um deles. Porque, sob tais premissas, não se comete um delito mais nem menos (lei da “saturação criminal”).

Ferri sustentava também, a teoria dos “substitutivos penais”, na qual a pena, por si só, seria ineficaz, se não viesse precedida ou acompanhada das devidas reformas econômico sociais. Estas deveriam ser orientadas por uma análise cientifica e etimológica do ilícito. Assim, nesta concepção, os pilares dessa reforma seriam a Psicologia Positiva (defendida por Garófalo), a Antropologia Criminal (apontada por Lombroso) e a Estatística Social. Por fim, defendia a tese da pena indetermina da e da indenização da vítima como medida de caráter penal.

Diante disso, com o amparo dessas teorias clássicas, analisar-se-á a ficção cientifica Minority Report, produzida por Steven Spielberg. Seu enredo gira em torno da denominada política “Pré-crime” cujo objetivo é inibir o fato criminoso antes mesmo que ele aconteça. Essa força-tarefa é um claro exemplo da ficção para aplicação do direito penal do inimigo.

Este sistema científico-mental, utiliza-se de três seres com capacidades especiais de

prever comportamentos de possíveis futuros infratores, denominados “Precogs”. Assim sendo, na trama, é possível vislumbrar o fato criminoso antes mesmo de sua ocorrência, ou seja, a aplicação da sanção penal ocorre sem que ao menos tenha havido no mundo real um fato típico, anti-jurídico e culpável.

A película traz à tona a discussão sobre o equilíbrio entre a eficiência da prevenção do crime e as garantias do Estado Democrático de Direito. A linha tênue que os separa, está perigosamente inclinada à utilização do Direito Penal do Inimigo e por consequência a quebra do estado em questão. Neste contexto, qualquer um pode ser considerado inimigo, ficando a sociedade em constante alerta, esperando a nova denominação de inimigo, informado pelo Estado. Além disso, também ocorre o rompimento ao respeito aos princípios constitucionais, bem como, ao devido processo legal, à presunção de inocência, à intervenção mínima, à responsabilidade penal subjetiva, à culpabilidade, à legalidade, entre outros.

O filme em tela trata-se de uma perfeita ilustração cinematográfica do pensamento de Günther Jakobs. Infelizmente, com os recorrentes atentados de autoria do Estado Islâmico, essa situação está cada vez mais perto da realidade de muitos países europeus.

Na Europa em geral, a cada dia são tomadas novas medidas inibitórias ao avanço do terrorismo. Muitas delas acabam ultrapassando a mera proporcionalidade e ferindo princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito. Isso é claramente constatado a partir da definição de um estereótipo vinculado à possíveis simpatizantes do Estado Islâmico.

No que se refere ao terrorismo, a punição de atos preparatórios já era uma realidade em determinados países da União Europeia, antes mesmo desse último período de recorrentes ataques. Antagonicamente, vê-se que a maioria destes Estados se escusa a estabelecer um conceito preciso sobre o termo terrorismo, preferindo defini-lo apenas quanto aos atos afetos ao mesmo ou com especial fim terrorista de agir.

Apesar do alto índice de reprovabilidade da conduta terrorista, este continua sendo titular de direitos e garantias inerentes à sua condição de ser humano. Tais direitos humanos, devem ser resguardados independentemente a qualquer situação, dado seu caráter universal, inalienável e indivisível, além de serem o sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

Dentre as medidas que buscam frear o avanço do terrorismo, tem-se aquelas que promovem verdadeiras violações a direitos fundamentais. Como exemplo, pode-se citar as execuções sumárias. São aquelas nas quais permite-se a execução quando houverem meros

indícios que o sujeito possa vir a ser terrorista, tratando o indivíduo não como um ser dotado de direitos, mas como um inimigo do Estado.

Outrossim, vale ressaltar, que o terrorista não é mais tratado como um sujeito processual, em total desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa,mascomoum ente perigoso à sociedade. Salienta Meliá, " de novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação dos riscos terroristas".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de aterrorizante motivado pelo terrorismo destacado anteriormente pode e deve ser transformado, contudo, identificar novas formas de punição, como o Direito Penal do Inimigo, não se trata de um caminho peremptório, mas sim algo contraproducente que macula um Estado Democrático de Direito diligentemente buscado por anos. O estado que se encontra o terrorismo deve ser combatido com a transformação real da aplicação da lei, justificando os princípios constitucionais como os de igualdade na aplicação do processo penal, da aplicação da pena, do acesso à justiça, da segurança jurídica dentre outros, principalmente, promovendo a educação como um direito fundamental da sociedade, para que, a médio e longo prazo, as circunstâncias apontadas possam ser transformadas em um cenário de harmonia social.

A necessidade social se situa no resgate da crença no Estado por parte da sociedade, que, contemporaneamente, vem se sentido órfã em seus direitos fundamentais, dentre eles ode segurança, ensejando que busquem meios de atender estas necessidades por seus próprios meios, por artifícios legais; outrossim, por condutas ilícitas, fazendo a justiça pelas próprias mãos, pura anomia social, em virtude da ausência do papel do Estado, ensejando concepções para suprir esta deficiência, como o Direito Penal do Inimigo que vai de encontro a quaisquer preceitos constitucionais instituídos, representando outra forma de violência simbólica contra a sociedade.

A solução não está na criação de artifícios jurídicos de punição como meio de conter os atos terroristas, pois estes já existem. A criação de tipos penais não previne o terrorismo, mas sim a consubstanciação de comportamentos morais e éticos nas relações sociais, mantendo a violência e a criminalidade, dentro de parâmetros socialmente aceitáveis, condição está que somente será viável a partir da colocação da educação como prioridade política.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Antônio. *O Problema da legitimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARENDT, H. *Sobre a Violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

BRISCKIEVICZ, Danilo Arnaldo. *Violência e Poder em Hannah Arendt*. 2009. Disponível em: www.recantodasletras/trabalhosacademicos/1646163> Acesso em: 17 março 2016.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidades e Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo.* São Paulo: EDUSP, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de.*O Direito Penal do Inimigo*. 2013. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_ id=11 101&revista_caderno=3> Acesso em: 20 março 2016.

DINIZ, Rebeca. *A Teoria da Anomia e os linchamentos no Brasil*. 2014. Disponível em:<http://rebeccadinizz.jusbrasil.com.br/artigos/113493802/a-teoria-da-anomia-eos-linchamentos-no-brasil> Acesso em: 21 maço 2016**.**

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Teoria do crime e da pena de Durkhein. 2011.* Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir /Artigos/humberto revisado.pdf>. Acesso em: 20 março 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas***.**Org.etrad.AndréLuísCallegari,NereuJoséGiacomolli.2.Ed.PortoAlegre:Livraria do Advogado, 2007.

KAZMIERCZAC, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

MOREIRA. Humberto Rodrigues. *Conceito de anomia*. 2010. Disponível em: <http://www.cambury.edu.br/blog/direito/2010/11/02/o-conceito-de-anomia/> Acesso em: 25 março 2016.

OLIVEIRA,Waléria Fortesde;GUIMARÃES,MarceloRezende.*Oconceitodeviolênciaem Hannah Arendt e sua repercussão na educação.* 2010. Disponível em: <http://www.educacionenvalores.org/spip.php?article809> Acesso em: 19 abril2016.

PESTANA, Débora, Regina. *Medo e opinião pública no brasil contemporâneo.*2007. Disponívelem:<www.doaj.org/doaj?func=fulltext&aId=737191>Acessoem:20março2016.

PIM, Joám Evans.*Para a paz perpétua*/*Immanuel Kant. – Estudo introdutório*. Tradução

BárbaraKristensen.–Rianxo:InstitutoGalegodeEstudosdeSegurançaInternacionaledaPaz, São Paulo: Saraiva,2006.

PORTO, Maria Stela Grossi. *A violência entre a inclusão e a exclusão social.* Temposoc. vol. 12 no.1 São Paulo May 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702000000100010&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 abril 2016.

SEREJO, Lincoln Sales. *Poder e violência.* Revista em Foco em Educação e Filosofia. V.1. 2008. Disponível em: <www.educaçãoefilosofia.uema.br> Acesso em: 07 abril 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA SÁNCHEZ,Jesús-Maria.*Aexpansãododireitopenal:aspectosdapolíticacriminal nas sociedades pós-industriais.* Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT,2002.

SILVA, Valter José da. *Fatores sociais como geradores da criminalidade*. 2008. Disponível em: www.proconsciencia.com.br/index2.php?option=com...do... Acesso em: 15 março. 2016.

TAVARES DOS SANTOS, J. V. et al. *A palavra e o gesto emparedados: a violência na escola.* Porto Alegre: Secretaria Municipal de Educação. 1998.

_____.*Violência, poder, força e autoridade.* 2005. Disponível em: <http://criticaehistoria.blogspot.com.br/2008/05/hannah-arendt-violncia-poderfora-e.html> Acesso em 17 março2016.

ZALUAR, Alba; LEAL, Maria Cristina. *Violência extra e intra muros.* RBCS Vol. 16 fevereiro/2001. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4335.pdf> Acesso em: 20 março 2016.

ZALUAR, Alba. *Exclusão e políticas públicas, dilemas teóricos e alternativas políticas.* Rev. bras. Ci. Soc. vol. 12n. 35 São Paulo, Feb. 2007. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091997000300003&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 março 2016.