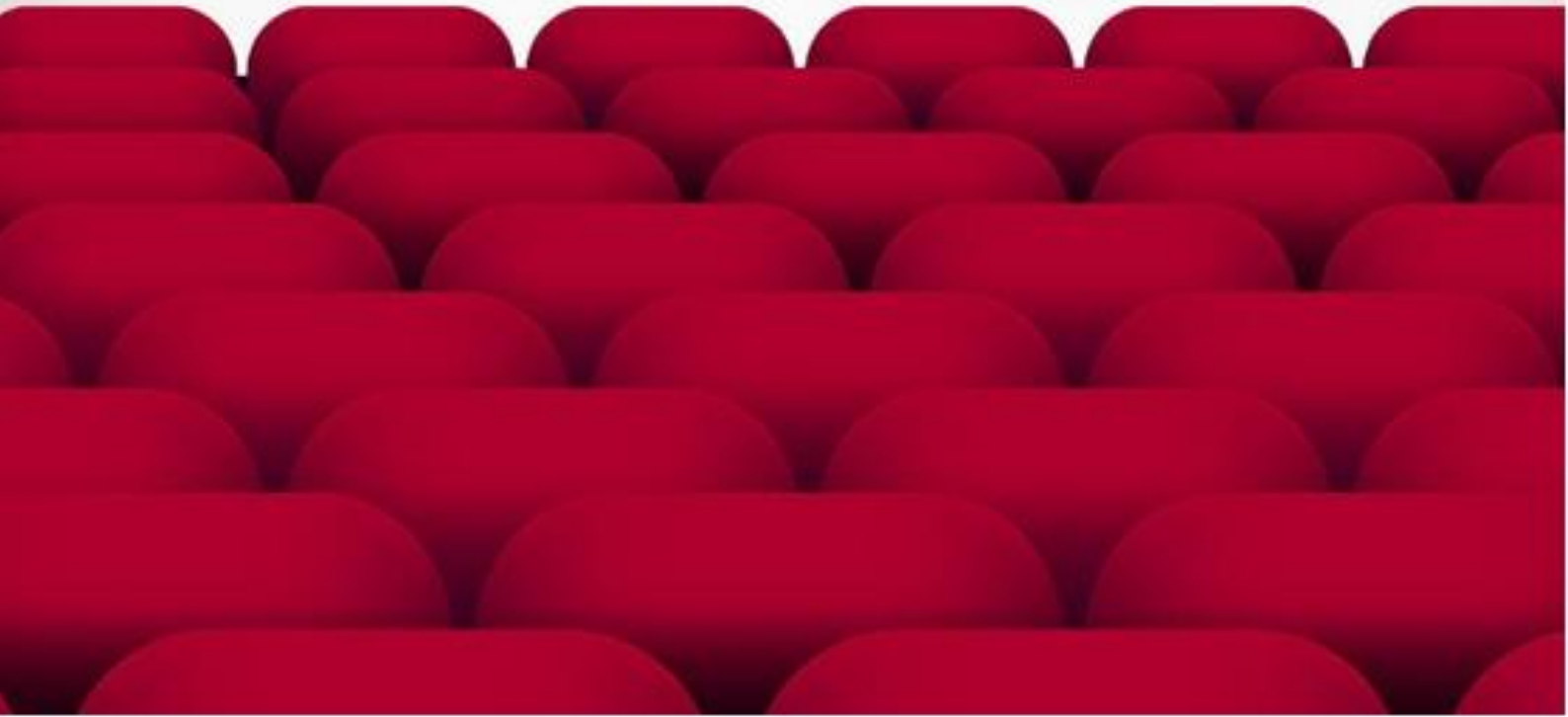
PROJURIS
ESTUDOS JURÍDICOS

APRESENTAM:

DIREITO E Cinema JURÍDICO EM DEBATE

MÉRCIA MIRANDA VASCONCELLOS CUNHA
NATHAN BARROS OSIPE
VANESSA PADILHA CATOSSI
(ORGs)



MÉRCIA MIRANDA DE VASCONCELLOS CUNHA
NATHAN DE BARROS OSIPE
VANESSA PADILHA CATOSSI

(Orgs.)

DIREITO E CINEMA JURÍDICO 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

MÉRCIA MIRANDA DE VASCONCELLOS CUNHA
NATHAN DE BARROS OSIPE
VANESSA PADILHA CATOSSI
(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 Jurídico em Debate / Mércia Miranda de Vasconcellos Cunha, Nathan de Barros Osipe, Vanessa Padilha Catossi organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2016. (Anais do II Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-40-1

1. Direito e Cinema Jurídico 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 5

A BUSCA DA IMPARCIALIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI– ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS FERRAMENTAS APLICADAS NO FILME “O JURÍ” E AS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO 7

O QUE É ISTO – O ‘FATOR JULIA ROBERTS’? POR UMA TEORIA DO DIREITO ALÉM DA ‘VONTADE DO INTÉRPRETE’ 22

FILADÉLFIA: TEMPORIZAÇÃO DO PROCESSO E A TUTELA DECLARATÓRIA SATISFATIVA ANTECEDENTE NO CPC/2015 33

GENTE COMO NÓS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO FILME FILADÉLFIA SOBRE O PRECONCEITO CONTRA OS HOMOSSEXUAIS E OS PORTADORES DO VÍRUS HIV 55

FILME AS TROMBETAS DE GIDEÃO: O RECONHECIMENTO DO ADVOGADO DO RÉU NO DEVIDO PROCESSO LEGAL 65

O PARADOXO ENTRE A GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PRIVACIDADE NA MODERNIDADE: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO FILME “MINORITY REPORT – UMA NOVA ERA” 80

O PODER, A LEI E A ÉTICA: QUAIS OS LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO ADVOGADO? 99

O VELHO SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO E O FILME MINORITY REPORT – A NOVA LEI 113

“SEVEN” E O APRIMORAMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: “VALE A PENA LUTAR POR ELE”..... 132

SIGILO PROFISSIONAL: O MOMENTO EM QUE O DIREITO SE TORNA NEGATIVO À EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA 152

A DESCRENÇA NOS PARES: A FALTA DE IDENTIDADE MORAL E ÉTICA ANTE AS DIFERENÇAS RACIAIS 164

PARA ALÉM DA INSTRUMENTALIZAÇÃO 179

REFLEXÕES ACERCA DA LEI DO DIREITO DE RESPOSTA: OPINIÕES PUBLICADAS VERSUS OPINIÃO PÚBLICA 194

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O ESTUDO DO PERFIL DO PSICOPATA NO QUE TANGE AOS ASPECTOS JURÍDICOS E PSICOLÓGICOS 209

FILME "MINORITY REPORT: A NOVA LEI "– UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO 225

PERCEPÇÕES A PARTIR DO AUXÍLIO RECLUSÃO VÍDEO DOCUMENTÁRIO: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA FINALIDADE SOCIAL E SEU CARÁTER PROTECIONISTA NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE 239

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 com temática jurídica, que levaram para as telas, discussões e enfoques diletos ao direito. Sem fugir da própria ideia de processos e tribunais, os idealizadores dos filmes construíram um cenário sobre o caminho judicial que percorre alguma lide ou problematização do mundo jurídico.

Há de se lembrar nesse tipo de filme que foi reunido neste livro, que a realidade às vezes não é tão bem explicitada como na ficção. Os vários fatores de produção, lucro, estúdios e a própria liberdade criativa da arte, tão abstrata que lhe garante um viés único, levam a obra final ser mais palatável ao entretenimento que uma sala de aula. Mas, é com o viés ilustrativo e exemplificativo trazidos nos artigos a seguir, que conseguimos efetivamente entender em que ponto se converge a arte e o direito.

Filmes marcantes como “O Juri”, “Erin Brockovich – Uma Mulher de Talento” e “Filadélfia” são registros de películas que notadamente modificaram a história do cinema. Muitos dos utilizados aqui ganharam prêmios nos anos de seus lançamentos, ou contaram com filmes premiados. “O Poder e a Lei”, “Seven”, “Minority Report” entre tantos outros, demonstram como o direito e as ações do ordenamento jurídico são instigantes e podem ser levadas à criatividade máxima de seus realizadores.

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 BUSCA DA IMPARCIALIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI– ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS FERRAMENTAS APLICADAS NO FILME "O JURÍ" E AS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Lauren Soares de Andrade Lopes[1]

RESUMO

O Tribunal do Júri é composto pelo presidente que é um juiz togado e por sete jurados que integram o conselho de sentença. Tais jurados são leigos, ou seja, não conhecem a fundo as leis penais e não estão acostumados a julgar. A Constituição Federal garante a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal como princípios básicos em qualquer processo, portanto, se faz necessário a presença de jurados imparciais para que o julgamento seja válido e justo. Dessa forma, o presente trabalho busca a discussão das ferramentasprevistas no Código de Processo Penal e as aplicadas no filme "O Júri" para afastar a parcialidade dos jurados que irão compor o conselho de sentença.

Palavras–chaves: Tribunal do Júri. Imparcialidade. Devido processo legal. Ampla defesa.

ABSTRACT

The Grand jury is composed of the president who is a robin judge and jury of seven that make up the ruling council. Such judges are lay people, or do not know the criminal laws and are not used to judging. The Federal Constitution guarantees legal defense, the adversarial and due process of law as basic principles in any case, therefore, it is necessary the presence of impartial jurors for the trial to be valid and fair. Thus, this paper seeks to discuss the tools provided in the Criminal Procedure Code and applied in them movie "The Jury" to remove the partiality of the jury that will compose the ruling board.

Keywords: Grand jury. Impartiality. Dueprocess. Fulldefense.

INTRODUÇÃO

[1] Graduação em Direito pelo Centro Universitário Euripedes de Marília

O presente trabalho tem como objeto o estudo das ferramentas previstas no Código de Processo Penal brasileiro para afastar jurados parciais do Tribunal do Júri, bem como as aplicadas no filme “O Júri”.

No tocante ao filme, relata a história de um homem que fez de tudo para ser jurado e ao ser escolhido para compor o conselho de sentença, tenta vender o veredicto aos advogados de defesa e acusação, mostrando como consegue persuadir os demais jurados a votarem de acordo com sua vontade.

A escolha dos jurados que irão compor o conselho de sentença no Tribunal do Júri é de extrema importância para que o julgamento seja o mais imparcial possível, apto a resultar num devido processo legal, mesmo porque, se trata do julgamento dos crimes mais graves previstos no Código Penal.

Assim, a intenção é a de esclarecer algumas dúvidas como, se o Tribunal do Júri por ser composto por jurados leigos, é capaz de garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Necessário se faz esclarecer também se há como os jurados serem totalmente imparciais e se há algum instituto previsto no Código de Processo Penal para inibir a parcialidade no julgamento.

Quanto ao filme, qual a ferramenta utilizada para afastar a parcialidade dos jurados e se foi eficaz, já que o filme apesar de abordar o quão falha pode ser a escolha dos jurados, ainda sim demonstra um profissional pouco conhecido no Brasil, o consultor de seleção de júri, que busca através de seus conhecimento técnicos afastar jurados que de alguma forma possam vir a prejudicar seu cliente.

Em meio a tal contexto, o presente trabalho buscou elencar as medidas instituídas no Código de Processo Penal brasileiro que viabilizam afastar a parcialidade dos jurados, como o instituto do desaforamento e as causas de incapacidade, impedimento e suspeição, além da comparação das aplicadas no filme.

1 O TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri tem sua competência prevista no artigo 74, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, julgar crimes dolosos contra a vida, sendo que é composto pelo presidente, juiz togado, e vinte e cinco jurados, dentre os quais serão sorteados setepara compor o conselho de sentença, em casa sessão de julgamento.

Já nos Estados Unidos, local onde se passa o filme analisado, a parte pode requerer

que qualquer caso seja julgado por jurados, mesmo que sejam casos civis, como o do filme que se trata de pedido de indenização, diferentemente do Brasil.

Ocorre que, o ponto crucial do filme é se o Tribunal do Júri, por ser composto por jurados leigos,é capaz de garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os jurados julgamos casos mais graves do código penal.

Há como os jurados serem imparciais, se utilizadas todas as ferramentas para coibir esse pré julgamento, previstas no ordenamento jurídico.

Assim, há institutos criados no Código de Processo Penal que por meio de proibições sendo as causas de impedimento, suspeição e de incapacidade, além do instituto do desaforamento, que buscam a imparcialidade do julgamento.

Evidente que o diferencial do Tribunal do Júri é a presença de sete jurados, leigos, ou seja, que não conhecem a fundo as leis penais e que não estão acostumados a julgar, porém, há doutrinadores que defendem e outros que discordam dessa forma de julgamento.

Para os que defendem, acreditam que a retirada da decisão das mãos do juiz de direito busca que o acusado seja julgado por um igual, do povo, como Nogueira (2002 p.87):

> O júri é uma garantia de cada cidadão, consistente no direito de, em determinadas acusações, ser julgado por seus pares. A confirmação do fato punido pela lei será feita não por juízes profissionais mas por pessoas do povo, que julgam não de modo técnico mas pelo senso comum prevalecente no seio social.

No mesmo sentindo Capez (2006, p. 637) discorre sobre o Tribunal do Júri e afirma que:

> Sua finalidade é a de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar do juiz togado, preso as regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares.

Quanto ao Tribunal do Júri, a Constituição Federal prevê alguns princípios que irão nortear todo o procedimento:

> Artigo 5º - XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
> a) A plenitude de defesa;
> b) O sigilo das votações
> c) A soberania dos veredictos;
> d) A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Analisando, portanto, as garantias previstas na Constituição Federal percebemos que

no caso da plenitude de defesa basicamente é uma extensão do princípio da ampla defesa e do contraditório garantindo a qualquer acusado,de qualquer crime, tenha direito a uma defesa completa e digna.

Para Capez (2006, p.637):

> a plenitude da defesa implica no exercício da defesa em grau ainda maior do que a ampla defesa. Defesa plena, sem dúvida, é uma expressão mais intensa e mais abrangente do que defesa ampla. Compreende dois aspectos: primeiro, o pleno exercício da defesa técnica, por parte do profissional habilitado, o qual não precisará restringir-se a uma atuação exclusivamente técnica, podendo também servir-se de argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, de política criminal etc.[...] Segundo, o exercício da autodefesa, por parte do próprio réu, consistente no direito de apresentação de sua tese pessoal no momento do interrogatório, relatando ao juiz a versão que entender ser a mais conveniente e benéfica para sua defesa.

Azenha (2003, p. 39) define o contraditório como: "De forma simples, o princípio do contraditório consiste em que o juiz ouça a parte contra a qual foi formulada uma pretensão, antes de decidir sobre a mesma".

Carvalho (1992, p.58-59) também se pronunciou a respeito do princípio do contraditório:

> Torna-se claro, pelo princípio do contraditório, que se há direito à ação, para o autor, há também direito à defesa, para o réu. Considerando que o processo é hoje entendido como instrumento de garantia constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia ao processo, ou seja, garantia de regularidade do processo, de seus atos e de seus prazos processuais.

Na definição de Tourinho Filho (2013, p. 65):

> O contraditório implica o direito de contestar a acusação, seja após a denúncia, seja em alegações finais, direito de o acusado formular reperguntas a todas as pessoas que intervierem no processo para esclarecimento dos fatos (ofendido, testemunhas, peritos, p.ex.); de contra-arrazoar os recursos interpostos pela parte *ex adversa*; direito de se manifestar sobre todos os atos praticados pela Acusação.

Já o princípio da ampla defesa "consiste na possibilidade de utilização pelas partes de todos os meios e recursos legais previstos para a defesa de seus interesses e direitos postos em juízo", Azenha (2003, p. 41).

Além disso, importante lembrar do princípio do juiz natural ou legal, artigo 5º, XXXVII e LIII da Constituição Federal que se encaixa perfeitamente no caso, já que busca garantir que ninguém será processado por autoridade incompetente, proibindo o juízo ou tribunal de exceção, ou seja, como forma de expandir a igualdade nos julgamentos, que é um

direito fundamental, inibindo a desigualdade e discriminação de pessoas e/ou casos.

Para Carvalho (1992, p. 32) o princípio do juiz natural ou legal:

> Consistem os dispositivos constitucionais em que os litígios devem ser processados e julgados por órgão judicial previamente estabelecido, criado regularmente por lei. Daí se destacam dois elementos indispensáveis: a anterioridade e a legalidade da criação do órgão judicial.

Quanto ao princípio do devido processo legal, Motta Filho (2002, p. 95) tem duas vertentes: o sentido formal e o sentido material:

> No sentido formal, zela-se pelo respeito aos procedimentos e ritos, aos prazos, à observância das regras processuais, etc. Diz-se aspecto formal porque aqui se olha a forma, o exterior. Quando analisamos o aspecto material, devemos atentar a essência das coisas (a "matéria" em si), a justiça, a equidade, a solução honesta e razoável.

Carvalho (1992, p.49) também discorre sobre o tema:

> [...]o devido processo legal vai impor a obediência estrita das normas processuais, de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa com todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias de juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais.

Portanto, os princípios do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, estão interligados e juntos tem um único fim, o devido processo legal.

Além do mais, outro ponto relevante do Tribunal do Júri é a garantia do sigilo das votações, que por motivos óbvios busca inibir que o jurado se sinta persuadido, envergonhado e coagido de informar as conclusões que chegou, até mesmo porque os jurados não estão habituados a julgar da forma como os juízes, sem se importar com a repercussão do caso. Assim, após a constituição do conselho de sentença e de prestado o compromisso, os jurados devem ficar incomunicáveis e proibidos de comentar o processo, votando sigilosamente na sala secreta, artigo 486 e seguintes do Código de Processo Penal.

Quanto a soberania dos veredictos se trata da impossibilidade de reformar o mérito da decisão do júri,é possível apenas a anulação do processo por vício de forma.

Por fim, a competência do Tribunal do Júri segundo o artigo 74, §1º do Código de Processo Penal, prevê o julgamento dos crimes dos artigos 121, §1ºe § 2º (Homicídio qualificado), 122 (Induzimento, instigação ou auxilio a suicídio), parágrafo único, 123 (Infanticídio), 124 (Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento), 125 (Aborto provocado por terceiros), 126 (Aborto provocado com o consentimento da gestante) e 127 (Aborto com lesão corporal de natureza grave sofrida pela gestante ou morte) do Código Penal, consumados ou tentados.

2 O INSTITUTO DO DESAFORAMENTO

A seleção dos jurados embora realizada de maneira aleatória, muitas vezes escolhida por meio de listas fornecidas pelo cartório eleitoral busca de toda maneira a imparcialidade dos julgadores leigos para que então o acusado possa garantir seus direitos constitucionais, ampla defesa e ao devido processo legal.

Nucci (2013, p. 427) afirma que "Não há possibilidade de haver um julgamento justo com um corpo de jurados parcial".

Ocorre que, muitas vezes de plano há indícios de parcialidade, como por exemplo, quando o caso é notório, publicado pela mídia, fazendo com que os próprios jurados já venham com a sentença pronta. Ou ainda, quando se trata de comarca pequena, onde o crime, o acusado e a vítima são conhecidos por todos.

Assim, cabe ao advogado buscar informações se os jurados já estão com opiniões prontas, ou se estão aptos a ensejar um devido processo legal.

Porém, antes mesmo da seleção dos jurados, quando há dúvida sobre sua imparcialidade, o Código de Processo Penal prevê o instituto do desaforamento que é a possibilidade de derrogação da competência territorial do Tribunal do Júri para outra comarca a fim de afastar a parcialidade dos jurados, porém, este instituto é atípico, devendo ser analisado caso a caso, pois em regra, o acusado deve ser julgado onde o crime foi praticado.

Para Nucci (2013, p. 426) o desaforamento:

> é a decisão jurisdicional que altera a competência inicialmente fixada pelos critérios constantes do art. 69 do CPP, com aplicação estrita no procedimento do Tribunal do Júri, dentro dos requisitos legais previamente estabelecidos.

Na conceituação de Capez (2006, p.651) o desaforamento é:

> o deslocamento da competência do Júri, para a comarca mais próxima, sempre que houver interesse na ordem pública, dúvida, sobre a imparcialidade do Júri ou sobre a segurança do réu, ou quando, passado um ano do recebimento do libelo, o julgamento não tiver se realizado.

Ainda, Tourinho Filho (2013, p. 767) descreve quando deve ser deferido o pedido do desaforamento:

> Se o interesse da ordem pública o reclamar, ou haver dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado, ou mediante representação do Juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para a comarca da mesma região onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

Além disso, se faz necessário que o pedido de desaforamento seja devidamente justificado, pois a mera alegação de parcialidade dos jurados, não basta como causa derrogatória da competência.

Para Mirabete (1996, p. 505) ao comentar sobre o julgamento no Tribunal do Júri, afirma que:

> Estará ela comprometida quando o crime, apaixonando a opinião pública, gera no meio social animosidade, antipatia e ódio ao réu provocados ou exacerbados inclusive pelos meios de comunicação. De outro, pode o réu ou sua família exercer grande influencia econômica ou política sobre a comunidade, abalando a imparcialidade dos jurados.

Quanto a imparcialidade dos jurados, Capez(2006, p.652) entende que: "ocorre quando o réu for pessoa querida ou odiada pela população local, ou quando há fundada suspeita de corrupção no corpo de jurados, de modo a colocar em risco a lisura do julgamento".

Deve-se levar em consideração que a mera repercussão midiática da vítima ou do agressor, por si só, não significa perda da imparcialidade dos jurados, sobretudo quando o tempo da prática do delito seja distante da data do julgamento, o que ocorre com freqüência, portanto, o pedido deve estar munido de provas.

Tanto que embora tenha acontecido há algum tempo não há como negar que ninguém tenha ouvido falar do caso "Nardoni" ou da "Suzane Von Richthofen", casos como estes, não restaria comarca imparcial no país que pudesse julgar os agressores.

Como se vê, importante o desaforamento nos casos que seja a única solução para garantir que os jurados possam absorver e entender os fatos livres de pré-julgamento.

Acontece que, há casos em que os jurados já chegam intimidados pela vítima ou pelo acusado, no caso da influencia que exercem e comarcas pequenas, fazendo com que o júri se torne parcial, porém, com o pedido de desaforamento devidamente fundamentado é cabível excepcionar a regra geral de competência, em prol da garantia da ordem pública, da imparcialidade do julgamento e da segurança.

Embora se reconheça que a imparcialidade do júri é uma questão delicada, uma vez que nem sempre as provas a respeito são fáceis ou nítidas, o correto é que em caso de dúvida sobre a parcialidade dos jurados, o desaforamento deve ser deferido como forma de prevalecer o princípio constitucional do juiz natural, a ampla defesa e o devido processo legal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem o entendimento de que para o deferimento do pedido de desaforamento, deve haver causa relevante que justifique a alteração da competência do Tribunal do Júri, como pela imparcialidade dos jurados, vejamos:

Desaforamento. Comprometimento da imparcialidade dos jurados. Inteligência do artigo 427 do Código de Processo Penal. Motivo que enseja o desaforamento do Júri. Pedido deferido. (SÃO PAULO, 2015a)

DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO. Homicídios duplamente qualificados tentados. Jurados que externaram receio em participar do julgamento, conforme confirmado por Escrevente e Oficial de Justiça Comoção pública e grande repercussão social verificadas na Comarca, que podem gerar risco quanto à imparcialidade do Júri e influir indevidamenteno julgamento. Medida necessária no interesse da ordem pública. Inteligência do art. 427 do CPP. Verificada situação que impõe excepcionar a regra geral de competência. Desaforamento do julgamento para o Tribunal do Júri da Comarca de Registro, sede da respectiva Circunscrição Judiciária.(SÃO PAULO, 2015b)

Desaforamento de julgamento. Dúvida sobre a imparcialidade dos jurados. Ausência de demonstração Indeferimento. (SÃO PAULO, 2015c)

APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – IMPARCIALIDADE AFRONTADA– JURADOS COM ÍNTIMA RELAÇÃO DE AMIZADE COM O RÉU E SEUSFAMILIARES – VIOLAÇÃO AO ART. 427 DO CPP – OMISSÃO QUE AFRONTOUO JURAMENTO DO ART. 472 DO CPP – RESPOSTAS INCONCILIÁVEIS EAUSÊNCIA DE ENCARTE DOS QUESITOS – INFRINGÊNCIA AO ART. 564, III,K, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP – PRECEDENTE NA CÂMARA – JÚRIANULADO E DESAFORAMENTO DECRETADO. (SÃO PAULO, 2015d)

Desaforamento - Motivos invocados não têm o condão de convencer o desaforamento – Julgamento que deverealizar-se no distrito da culpa .INDEFERIMENTO.(SÃO PAULO, 2015e)

DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO. Homicídio qualificado. Comoção pública e grande repercussão social na Comarca que podem gerar risco quanto à imparcialidade do Júri e influir indevidamente no julgamento. Medida necessária no interesse da ordem pública. Manifestação do próprio Juízo neste sentido Inteligência do art. 427 do CPP. Verificada situação que impõe excepcionar a regra geral de competência. Desaforamento do julgamento para o Tribunal do Júri da Comarca de Ribeirão Preto. (SÃO PAULO, 2015f)

DESAFORAMENTO. Impossibilidade. Dúvida quanto à imparcialidade dos jurados. Alegação que deve vir acompanhada de provas que a sustentem. Repercussão midiática e posição social da vítima não servem de indício de parcialidade. Magistrado a quo que não verificou nenhuma circunstância que ensejasse sua concessão. Fatos ocorridos em 2011.Julgamento do corréu que transcorreu sem percalços. Ausência de prejulgamento quanto à qualificadora da promessa de paga ou recompensa: recorrente não indicado na decisão condenatória do correu como mandante do homicídio. Desaforamento indeferido.(SÃO PAULO, 2016a)

Desaforamento. Dúvida sobre a imparcialidade do Júri da Comarca, em razão do delito praticado pelo réu e de mais corréus ter causado grande comoção na localidade. Presente o requisito de ordem pública a ensejar o desaforamento, em razão da gravidade e repercussão do sfatos Entendimento do art. 427 do CPP.O pedido de desaforamento da realização do julgamento pelo Plenário do

> Tribunal do Júri deve ser sempre deferido, com lastro no art. 427 do CPP, em havendo dúvida razoável sobre a imparcialidade dos jurados que possa macular a decisão. Em tais situações não há como prevalecer o princípio constitucional do juiz natural, que, na solução do conflito aparente de normas, deve ceder diante do risco de vulneração á ampla defesa e o devido processo legal.(SÃO PAULO, 2016b)

> DESAFORAMENTO. Alegação de imparcialidade do Corpo de Jurados em razão da repercussão no local e divulgação pela mídia, com abrangência nacional. Informação do juiz presidente sobre a normalidade dos trabalhos. Ausência de qualquer circunstância prevista no art. 427 do CPP. Indeferimento do pedido.(SÃO PAULO, 2016c)

> DESAFORAMENTO. Indeferimento. Não ocorreu, na espécie, qualquer das hipóteses previstas no artigo 427 do Código de Processo Penal, em especial o perigo de violação da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri, bem como risco à segurança pessoal do processado. O fato dos crimes terem ocorrido em uma cidade pequena do interior, com 50 mil habitantes, bem como o fato de envolver um guarda municipal (acusado) e um moto taxista(vítima), por si só, não são suficientes para determinar o desaforamento.(SÃO PAULO, 2016d)

Além do mais, cabe lembrar que o desaforamento só é possível para o julgamento de réu pronunciado, ou seja, só é aceito o pedido após o trânsito em julgado da sentença de pronuncia, portanto, se a decisão estiver pendente de recurso, não se admitirá o pedido.

O desaforamento poderá ser requerido pelo Ministério Público, pelos assistentes do acusado ou do querelante, ou, ainda, por representação do juiz competente.

Ressalta-se que, com a ocorrência das hipóteses discutidas acima fica evidente a necessidade da transferência do julgamento, desde que, o pedido de desaforamento esteja fundamentado com a finalidade de preservar a imparcialidade dos julgados.

É evidente a afronta às garantias constitucionais como a ampla defesa e do devido processo legal, possibilitar julgamentos em comarcas cuja imparcialidade dos jurados esteja gerando dúvidas.

Isso porque, a função do Tribunal do Júri é de proporcionar um julgamento justo, não fazer justiça a qualquer custo, como no caso do filme comparado, que a todo momento busca persuadir os jurados, vender o julgamento e brincar com os advogados de defesa e acusação, sendo que é inadmissível qualquer possibilidade de se utilizar a satisfação de interesses ou vinganças pessoais, em respeito à ordem constitucional e ao estado de direito, garantidores do julgamento justo e válido.

3 DO IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DOS JURADOS

O serviço do júri é obrigatório, não podendo, injustificadamente, se recusar a servir, sob pena de crime de desobediência.

Para ser jurado, é preciso ser brasileiro nato ou naturalizado, maior de dezoito anos, de notória idoneidade e em pleno gozo dos direitos políticos.

Casos em que o desaforamento não é deferido ou ainda, quando deferido, deve-se ainda levar em consideração as causas de impedimento, suspeição e incompatibilidades que são normalmente lembradas apenas quando falamos em testemunhas e juízes, no entanto, os jurados também devem se alertados sobre este ponto para não macular todo o processo.

Esquecemos as vezes que os jurados, apensarem de leigos, farão parte do conselho de sentença julgando acusados de crimes bárbaros, que abalaram a sociedade por isso a importância da sua imparcialidade ao julgar.

Ao entender de Mirabete (1996, p.514):

> A palavra 'jurado' vem do juramento que os cidadãos faziam ao serem investidos na função de julgar em um conselho de sentença. Nos termos legais, é a pessoa não magistrado, investida, na função de julgar no órgão coletivo que é o Tribunal do Júri.

Antes do sorteio dos membros do conselho de sentença o juiz deve esclarecer as causas de impedimento, suspeição e incompatibilidades, lembrando que o artigo 448, parágrafo segundo do Código de Processo Penal é claro ao dizer que será aplicado aos jurados as hipóteses previstas para os juízes togados.

Os jurados incapazes são aqueles inaptos para as relações da vida civil, muitas vezes com capacidade limitada, em geral decorrentes da idade, da saúde ou desenvolvimento mental e intelectual. Assim, não possuem condições de julgar qualquer crime, quanto menos um crime doloso contra a vida, por isso não é aceito.

Nucci (2013, p.853) explica que as incompatibilidades "nada mais são do que as causas de suspeição, quando proclamadas de ofício pelo magistrado ou pelo jurado. Em suma, incompatível é o juiz ou jurado que se considera suspeito para o julgamento da causa".

Os jurados suspeitos são aquelas que possuem relação com as partes, sendo por inimizade capital ou amizade intima, mas tem que ser de forma notória, duradoura, inclusive perdure nos dias atuais, pois os fatos passados podem não ter mais importância.

Quanto aos sites de relacionamento, muito utilizado atualmente como meio de prova, necessita de cuidados, pois o fato de ser amigo pela internet às vezes pode não configurar amizade íntima.

O Código de Processo Penal ainda dispõe no artigo 448, os impedimentos dos jurados quando servirem no mesmo conselho, ou seja, marido e mulher, como também nos casos de

união estável, ascendentes e descendentes, irmãos, sendo vínculo biológico ou civil.

Para Nucci (2013, p.315) “impedimento é o obstáculo ou embaraço ao exercício da função no processo. [...]. A qualquer tempo, verificada a situação de impedimento, o processo pode ser integralmente refeito, a partir do momento em que a pessoa impedida funcionou”.

Cabe lembrar que se há causa de impedimento, essa causa pode ser alegada a qualquer tempo para não macular o processo.

Interessante destacar que na falta de prova, na medida que o juiz presidente vai sorteando os jurados, a defesa e depois o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados até três de cada parte sem motivar recusa.

Confrontando com o filme analisado, a defesa previamente contrata um consultor de júri para investigar a vida dos jurados como forma de moldar o conselho de sentença a seu favor. Claro que no Brasil as coisas são diferentes e nem sempre a defesa e a acusação tem os meios e tempo adequado para focar nesta etapa, muitas vezes apenas realizam pesquisas simples como internet, redes sociais, artigos relacionados e relacionamentos, ou ainda, se atentam a observar os jurados na seleção, como se comportam buscando pistas sobre qual o posição do jurado sobre o caso.

Apesar de tudo, uma coisa é certa, a escolha dos jurados é determinante no julgamento do Tribunal do Júri, se escolhido com total imparcialidade garante as partes um justo e devido processo.

4 ANÁLISE DAS FERRAMENTAS APLICADAS NO FILME “O JÚRI”

Primeiramente o filme “O Júri” relata a história de um jurado que fez de tudo para se infiltrar no conselho de sentença com o intuito de, juntamente com sua cúmplice, vender o veredicto utilizando a persuasão e artimanhas para que os demais jurados votem de acordo com sua vontade.

Como se vê, o filme demonstra um conselho de sentença maculado que infringe os direitos constitucionais, ou seja, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Porém, busca-se analisar se as ferramentas aplicadas no filme para inibir a parcialidade dos jurados foram devidamente aplicadas.

Assim, levando em consideração que o filme acontece nos Estados Unidos que possui leis e esta regrado por procedimento diverso do previsto no Brasil, resta uma análise comparada.

Verifica-se que o caso levado ao júri era cível, portanto, primeiro ponto que distingue do Brasil, uma vez que o Tribunal do Júri julga apenas crimes dolosos contra a vida.

Quanto as hipóteses de impedimento e suspeição não foram suscitadas no filme, apenas chama a atenção quanto a incapacidade, no momento em que o jurado cego se coloca à disposição do juízo, sendo decido que a falta de visão não prejudicaria seu julgamento.

Importante ressaltar o meio utilizado pelas partes no filme, para afastar jurados parciais que no Brasil é pouco conhecido, o profissional em destaque no filme, o chamado "Consultor de Júri" que utiliza de técnicas sofisticadas e muito eficazes para selecionar jurados a gosto do contratante, da forma que lhe seja favorável.

Além da escolha dos jurados o profissional também monta estratégias no decorrer do julgamento para influenciar, ou melhor, dizer e fazer o que o júri precisa para ficar seu favor.

Para selecionar os jurados, alguns consultores de júri utilizam da psicologia analisando a forma como o candidato se porta, e outros, vão em busca da vida pessoal, quais os assuntos e pessoas relacionadas tudo como forma de definir se o jurado vai ajudar o seu cliente.

Em que pese o filme não tenha utilizado o desaforamento, tampouco causas de impedimento e suspeição, destacou um profissional desconhecido no cotidiano brasileiro, realizando um serviço que muitas vezes é feito pelo próprio advogado, porém, sem a mesma técnica e resultado.

Destaca-se que os consultores de júri não são advogados, são especialistas em outras áreas que buscam retirar jurados que possam ser parciais e prejudicar o julgamento, ou seja, seu serviço é voltado totalmente e unicamente na pessoa do jurado.

Dificilmente é encontrado no Brasil um advogado especialista em psicologia ou que tenha tempo e formas para investigar os jurados e descobrir se de alguma forma possuem pré-julgamento do caso.

Dessa forma, a implantação do profissional consultor de seleção de júri como uma ferramenta efetiva na escolha dos jurados poderia solucionar muitos problemas relacionados a jurados parciais que irão compor o conselho de sentença e até mesmo, pensando em outras situações, poderia ser estendido para o momento da inquirição de testemunhas, não só no Tribunal do Júri, mas em qualquer procedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal do Júri é composto por jurados que são pessoas comuns, que desconhecem as leis penais, no entanto, julgam os crimes mais graves do Código Penal.

Pelo fato dos jurados não estarem acostumados a julgar sem se preocupar com as repercussões do caso, qualquer coisa pode prejudicar seu discernimento e prejudicar a sua

decisão final, como em caso de medo, coação, ou até mesmo por já conhecer as partes envolvidas criando um pré-julgamento.

A questão suscitada no filme analisado é se realmente há ferramentas que possam coibir a parcialidade dos jurados que compõem o conselho de sentença e se essas ferramentas são eficazes.

Considerando que, através de evidencias ou de indícios de parcialidade no julgamento, o deferimento do desaforamento é a única medida plausível para o devido processo legal, justo e certo, conforme prevê o Código de Processo Penal.

E se ainda sim, no caso concreto não for deferido, os jurados serão cientificados pelo juiz togado, das causas de impedimento, incapacidade e suspeição, momento em que deverão se recusar a compor o conselho de sentença.

Para os operadores do direito, não basta acreditar na palavra dos jurados, há a necessidade de buscar informações e investigar se os jurados serão realmente imparciais.

Portanto, diante do exposto no trabalho resta claro que há institutos previstos no Código de Processo Penal brasileiro que buscam afastar a parcialidade dos jurados, no entanto, para que realmente esses institutos sejam eficazes deve haver um estudo, pesquisa antes de ser alegado, uma vez que precisam ser provados para que então sejam deferidos.

Não se deve confiar no jurado, os operadores do direito, sejam os advogados ou até mesmo o Ministério Público, devem buscar informações, investigar sobre suas vidas sociais, opiniões e relacionamentos, pesquisa que pode revelar se o jurado já tem opinião sobre as partes ou o crime a ser julgado. Essa pesquisa deve ser feita sob a ótica de quem se procura defender ou acusar.

Assim ficou em destaque a ferramenta utilizada no filme analisado, o profissional consultor de seleção de júri, profissional técnico e especializado para detectar casos de incapacidade, impedimento e suspeição, deixando, portanto, de ser um trabalho do advogado de defesa ou do Ministério Público.

O ideal seria a implantação dessa ferramenta no cotidiano do processo brasileiro, tanto com relação aos jurados como para as testemunhas, que seria a aplicabilidade dos institutos previstos no ordenamento jurídico, dando maior eficácia as ferramentas já existentes, que por sinal, foram bem elaborados, contudo falta quem aplique corretamente.

Pois de que adianta ter as hipóteses em que o júri é considerado parcial se não há quem realmente investigue e encontre provas para embasar o pedido.

Dessa forma, conclui-se que apesar do ordenamento jurídico possuir ferramentas que busquem afastar a imparcialidade, como o desaforamento e as causas de impedimento,

suspeição e incapacidade falta quem realmente aplique e produza provas para o pedido fundamento, solução apresentada pelo filme analisado, a apresentação da figura do profissional consultor de júri com habilidades técnicas para dar efetividade a essas ferramentas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GRAHAN, Fred. *Os júris americanos.* Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/graham.htm>. Acesso em 29 abr. 2016.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinarias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MOTTA FILHO, Silvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões***.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado***.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 0033619-96.2015.8.26.0000, da 1° Câmara de Direito Criminal*. Relator: Ivo de Almeida. São Paulo: 24 de agosto de 2015a. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 0032497-48.2015.8.26.0000, da 13° Câmara de Direito Criminal. Relator*: De Paula Santos. São Paulo: 24 de setembro de 2015b. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 0033402-53.2015.8.26.0000, da 12° Câmara de Direito Criminal*. Relator: Vico Manãs. São Paulo: 30 de setembro de 2015c. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 9000002-76.2005.8.26.0247**,** da 4° Câmara de Direito Criminal. Relator: EuvaldoChaib. São Paulo: 20 de outubro de 2015d. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 2113909-64.2015.8.26.0000, da 6° Câmara de Direito Criminal*. Relator: Marcos Correa. São Paulo: 12 de novembro de 2015e. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 0052378-11.2015.8.26.0000, da 13° Câmara de Direito Criminal*. Relator: De Paula Santos. São Paulo: 12 de novembro de 2015f. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 2218731-07.2015.8.26.0000, da 2° Câmara de Direito Criminal*. Relator: Bandeira Lins. São Paulo: 18 de janeiro de 2016a. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 2198339-46.2015.8.26.0000, da 8° Câmara de Direito Criminal*. Relator: Grassi Neto. São Paulo: 25 de fevereiro de 2016a. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 2004562-62.2016.8.26.0000***,** da 4° Câmara de Direito Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo: 05 de abril de 2016c. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Desaforamento de julgamento n. 0081066-80.2015.8.26.0000, da 2° Câmara de Direito Criminal*. Relator: Alex Zilenovski. São Paulo: 11 de abril de 2016d. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28 abr. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O QUE É ISTO – O 'FATOR JULIA ROBERTS'? POR UMA TEORIA DO DIREITO ALÉM DA 'VONTADE DO INTÉRPRETE'

Guilherme Gonçalves Alcântara[2]
Marília Dellagnesi Medeiros[3]

RESUMO

O artigo aborda o filme *O Dossiê Pelicano*, explorando o *'fator Julia Roberts*' como categoria-chave para compreender uma teoria do direito que vá além do paradigma normativista edificado por Hans Kelsen e Herbert L. Hart, fundante do senso comum teórico nacional.

Palavras chave: teoria do direito; arte; hermenêutica; discricionariedade.

ABSTRACT

The article discusses the movie The Pelican Brief , exploring the 'Julia Roberts factor' as a category key to understand a theory of law that go beyond the normative paradigm built by Hans Kelsen and Herbert L. Hart , founding the National theoretical common sense.

Keywords: theory of law; art; hermeneutics; discretion**.**

INTRODUÇÃO

Se o século XIX foi a *era do Legislativo*, o séc. XX, a *era do Executivo*, e o atual, *a do Judiciário*, a questão de como aplicar/interpretar o direito ganha espaço privilegiado no debate dos juristas, principalmente frente à *juristocracia* que vem se evidenciando no Brasil.

'*Como aplicar/interpretar o direito*' carrega, nada obstante, consigo outra pergunta muito mais profunda: *o que é o direito*?

Se afirmamos que o direito é aplicado mediante um raciocínio subsuntivo de adequação

[2] Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Professor assistente no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogado.
[3] Discente do 09º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Estagiária de direito na Procuradoria Regional da República em Presidente Prudente/SP.

do preceito legal ao "caso concreto", implicitamente admitimos que direito é a *lei*. Caso propuséssemos, em vez disso, que se aplica/interpreta o direito observando a *história* da comunidade a que serve, não expressamos, mas estamos reconhecendo que o *direito* reside na *história do povo*. Dizer que o direito é aplicado/interpretado a partir de valores morais presentes na consciência individual do intérprete, por seu turno, remete em última análise à associação do direito aos elementos psicológicos da autoridade...

A *hermenêutica*, portanto, hoje é fundamental à teoria do direito, mormente num país em vias de democratização e emancipação amparadas por uma Constituição rígida, dirigente e analítica como é a brasileira, cuja proposta é resgatar (e fazer cumprir) as promessas da modernidade.

Contudo, damos a devida relevância à hermenêutica? '*Como aplico/interpreto o direito?'* é uma questão que só agora se colocou ao direito e à sua ciência, ou a celeuma possui uma genealogia? Quais representações do senso comum teórico dos juristas encobrem a autêntica relação entre *hermenêutica jurídica* e *teoria do direito*?

O escopo do presente artigo não é responder definitivamente estas questões, mas antes levantá-las sob o contexto do filme *O Dossiê Pelicano*, no qual, em meio a uma aula do curso universitário de Direito, a aluna Derby Shaw e seu professor entram em um debate que enfoca claramente a imanente relação entre teoria do direito e hermenêutica jurídica: o professor postulando que direito é o que diz a autoridade, a aluna refutando tal premissa.

A cena do debate aluna/professor diz muito mais que o aparente, pois a proposta do mestre representa o paradigma normativista de ciência jurídica, construído por Hans Kelsen e Herbert L. Hart, produto do paradigma solipsista de ciência inaugurado a partir de Descartes (e levado adiante por Kant, Schopenhauer, o Círculo de Viena...) que pressupõe a relação *sujeito-objeto* solipsista.

O *acontecimento* ocorre, entretanto, quando a aluna conclui que *a autoridade está errada*. Este é o *"fator Julia Roberts"*.

A partir daí, abre-se a questão: cabe o teórico do direito afirmar que a autoridade está errada?

Neste sentido, o trabalho se inicia abordando a relação *verdade* e *arte*, num primeiro momento, na perspectiva trabalhada por Kant e, após, na de Heidegger, complementada por Gadamer. Conclui-se o primeiro capítulo com o resumo do trecho da obra cinematográfica em foco.

A seguir, apresenta-se o paradigma normativista de ciência jurídica de modo sucinto, realçando a relação *hermenêutica* e *teoria do direito* para Hans Kelsen e Herbert L. Hart.

Na seção seguinte, o *'fator Julia Roberts'* ganha enfoque como abertura a uma teoria do direito que supere o paradigma normativista de ciência jurídica substituindo o esquema *sujeito-objeto* que define este por uma concepção *intersubjetiva* do direito.

Por último, conclui-se o trabalho pontuando as questões mais relevantes.

A metodologia segue a lógica do falsificacionismo popperiano, cuja proposição que pretende colocar à prova, mediante reflexão hermenêutica da atual situação da ciência jurídica é, justamente: se o direito encontra seu *ser* na vontade do intérprete (ou não).

1 RELEVÂNCIA DA *ARTE* (E DO CINEMA) COMO *VERDADE*

Com origem na Revolução Industrial, um dos mecanismos que facilitaria o processo de dominação da burguesia seria a arte do cinema, compreendida como objetiva vez que, sendo neutra, nela o indivíduo não poderia interferir. Na medida em que estaria isenta de intervenções humanas, diz Jean Claude Bernardet por conseguinte não haveria deformidades, o que o tornariam as cenas cada vez mais fidedignas a realidade (1980, p. 07).

A partir da reprodução de cópias foi então que passou o cinema a ser visto como um produto de mercado, ao que se chama de 'mercadoria' visto que "o espectador não compra um filme na bilheteria, ele compra uma entrada que lhe dá direito a sentar-se numa poltrona durante um tempo determinado para olhar um filme". Posteriormente, a indústria de reprodução de filmes passou a se estruturar alicerçada em uma perspectiva de comercialização de direitos e não mais segundo uma visão de produto de mercado, ainda que subsistam resquícios da forma inicial de comercialização (BERNARDET, 1980, p. 15).

Igualmente, há que se atentar ao fato de que nas sequências de cenas projetadas estão sempre incutidas as ideologias da classe produtora dos filmes que estão a variar de acordo com o critério conveniência política e econômica (BERNARDET, 1980, p. 09-10).

Diversas são as maneiras de se disfarçar a presença humana não-personagem nas cenas e que revelam os interesses e posicionamentos do grupo detentor dessa indústria. A posição da câmera é uma delas. O som sobreposto às imagens é outra maneira. "No entanto, os espectadores em geral não conscientizam a existência desse narrador. Ela disfarça-se, dilui-se, permitindo ao espectador ter a ilusão de estar como que vendo o real" (BERNARDET, 1980, p. 22).

Mencione-se que, em contraposição ao cinema clássico que "pretendia esconder o seu caráter de linguagem e apresentar-se como se fosse a realidade", sobrevieram outros sistemas de produção artística cinematográfica nos quais se buscava externar os sentimentos,

pensamentos e sensações internas do "cineasta-poeta", vez que "a realidade é a realidade interior: não existe outra senão aquela que vivemos subjetivamente" (BERNARDET, 1980, p. 27).·.

Há algum tempo, pois, o cinema "deixou de ser um meio exclusivo de contar estórias para se tornar também um meio de reflexão política, estética, ética, religiosa, sociológica, etc." (p. 56). Desde então inúmeros filmes não mais tentaram mascarar a realidade "disfarçando que são filmes, que são obras de linguagem que não devem nem podem ser confundidas com a realidade" (BERNARDET, 1980, p. 57).

Vale chamar atenção para a *ruptura* paradigmática representada pelo abandono da noção kantiana de *arte* – como dispersão, fuga viciosa da realidade de remota ligação com as ideias morais (KANT, 2000, p. 171). Outrossim, conforme adverte Gadamer ao introduzir *A origem da obra de arte* de Heidegger, para que a *verdade* venha à frente pela arte é necessário não mais compreendê-la como coisa (*Dinghaftigkeit*), objeto (*Gegenständlichkeit*), mas antes por seu *estar-em-si*, por pertencer a um mundo próprio, aberto pela obra de arte[4] (2005, p. 73).

Esta ruptura, a bem da verdade, é fio condutor de todo este trabalho, porque o normativismo jurídico fundante da teoria do direito que propomos superar é fortemente inspirado no modelo platônico-positivista de *verdade* como *correspondência* entre sujeito (cognoscente) e objeto (cognoscível) – entre percepção do mundo e o mundo como "*é*": "Um relato sobre algo só é verdadeiro, nesta teoria, se a mente e o objeto concordarem da maneira coerente" (LAWN, 2010, p. 84).

Não é por outro motivo que Heidegger critica o encobrimento do singular *ir-juntas* da beleza e da verdade efetuado pelo pensamento ocidental, afirmando que:

> A verdade de que falamos não coincide com o que se conhece por esse nome e que o conhecer e a ciência operam como uma qualidade, para diferenciá-la em contraste do bom e do belo, que valem como os nomes para os valores do comportamento não-teorético. A verdade é o não-encobrimento do ente enquanto ente. A verdade é a verdade do ser. A beleza não assoma ao lado dessa verdade. Quando a verdade se põe em obra, aparece. O aparecer é – como esse ser da verdade na obra e como obra – a beleza. Assim, o belo pertence ao acontecer apropriador [*Sichereignen*] da verdade. [...] Este modo da presença converte-se em *actualitas do ens actu*. A *actualitas* se converte em efetividade. A efetividade se converte em objetualidade. A objetualidade se converte em vivência (2005, p. 61).

[4] Não é outra coisa que afirma noutra oportunidade, em *Verdade e Método*, vol. I: "a arte é conhecimento e a experiência da obra de arte torna esse conhecimento partilhável. Com isso se coloca a pergunta de como se poderá fazer jus à verdade da experiência estética e de como suplantar a radical subjetivação do estético, que teve início com a 'crítica do juízo estético' de Kant." (1997, p. 169).

Deleuze, por seu turno, também rejeitando a noção de *verdade* como *correspondência,* denunciará que inexiste relação (imanente) entre obra de arte e comunicação, não comportando aquela qualquer vestígio desta a não ser como *ato de resistência*: "não existe obra de arte que não faça apelo a um povo que ainda não existe" (1987, p. 13-14).

Daí que compreender a obra de arte é se encontrar com ela[5], buscar pertencer a ela, "de maneira que apenas do ponto de vista do modo de ser da obra de arte é que se pode aclarar essa pertença" (GADAMER, 1997, p. 173). É necessário ir além do que diz a obra cinematográfica, entendendo a pergunta para o qual ela é resposta (GADAMER, 1997, p. 544).

Neste sentido é que o filme *O Dossiê Pelicano* será analisado.

1.1 Resumo da obra cinematográfica: *O Dossiê Pelicano*

O filme, baseado na obra de John Grisham, parte do assassinato de dois juízes da Suprema Corte em uma mesma noite. Dentre as possíveis razões acerca do crime, há um dossiê elaborado por uma acadêmica de direito que, em que pese não tenha grandes provas que confirmem a teoria, sua publicidade revela um verdadeiro escândalo de corrupção.

O problema que pretendemos abordar e analisar reside na cena em que o professor de Direito de Harvard expõe o caso real Barwell X Hardwick em que um policial adentrou a casa de um cidadão e o encontrou com outro homem, numa relação homossexual, ocasião em que o acusou de violar as leis do estado de Geórgia que proíbem a sodomia.

Em meio a este contexto, a acadêmica Derby Shaw, interpretada por Julia Roberts, expressa sua inconformidade com esta decisão e diz claramente estar a Corte Suprema equivocada vez que o Estado não poderia interferir na esfera privada dos particulares caso se tratasse de relação sexual entre adultos. Sustentou que a Constituição limita a ingerência estatal porque se o Poder Público puder interferir na intimidade dos indivíduos não há se falar em cidadão verdadeiramente livre. Completou, ainda, que se não houver o devido resguardo a ingerência, permitindo ao Estado que possa aplicar esta lei, a liberdade constitucionalmente garantida haverá sido sacrificada.

[5] "O que Gadamer parece estar querendo dizer é que o trabalho de arte, apesar de simbólico, não representa outra coisa, ou ocupa a posição de um significado oculto que precisa ser esclarecido ou explicado. O trabalho de arte exibe a si mesmo, mas como um símbolo é um veículo para tentativas de autorreconhecimento. Nós procuramos nos entender no trabalho de arte; é por isso que a arte captura e intriga tanto, atraindo-nos ao seu mundo, por mais remoto e distante que este mundo nos pareça inicialmente. [...] O trabalho de arte revela aspectos de um mundo humano e de suas limitações, tanto quanto nós revelamos aspectos do mundo do trabalho de arte (e suas imitações) em sua totalidade inquietante, pois está constantemente mudando" (LAWN, 2010, p. 126).

O professor, à sua vez, disse não ter sido este o entendimento comungado pela Suprema Corte quando questionada a constitucionalidade da lei sob fundamento de violação da vida privada.

A aluna, então responde: "A Suprema Corte está errada".

Daí a pergunta: o que é o direito, afinal? Restringe-se o direito à vontade da autoridade ou ele deve ser mais que isso?

A Suprema Corte, anos após o filme, reconheceu que errou no caso "Barwell X Hardwick". Entretanto, precisa a teoria do direito esperar o intérprete oficial voluntariamente voltar atrás no seu posicionamento, ou pode ela, efetivamente, *doutrinar*?

1.2 A proposta normativista de teoria jurídica – o direito como *ato de vontade* de quem interpreta

Existem poucos teóricos do direito mais brilhantes (e incompreendidos) que Hans Kelsen. A proposta da sua *Teoria Pura do Direito* – aperfeiçoada, por sinal, por mais de 30 anos – é, até hoje, compreendida como a que "cindiu direito e moral" e submeteu o juiz à "boca da lei". Nada mais equivocado.

É preciso levar Kelsen a sério e elevar o diálogo à sua altura – parafraseando o Zaratustra de Nietzsche – entendendo, de saída, que o austríaco jamais pretendeu purificar o *direito*, mas antes a *ciência do direito*:

> [...] Intitula-se Teoria 'Pura' do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. [...] Esse é o princípio fundamental do método e parece ser claro (2013, p. 67).

Para Kelsen, o discurso do "juiz boca-da-lei" – do positivismo exegético-legalista do séc. XIX – não é novidade e está desgastado pelas teorias realistas do início do séc. XX – como o movimento do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses – as quais reconheciam valores morais, éticos, opiniões políticas, interesses sociais e individuais na interpretação do direito.

Esta questão – que no fundo, é a respeito da *essência* do direito (lei, valores morais, opiniões políticas, interesses sociais e individuais); ou de como *aplicar*/*interpretar* o direito (buscando a lei, a doutrina, valores morais, interesses sociais) – para nosso autor é fruto de uma infeliz confusão que acompanhou a *ciência do direito* até sua época.

Inspirado nas lições de Ludwig Wittgenstein no Círculo de Viena – movimento da primeira metade do século XX que funda o paradigma do *neo*positivismo ou empirismo lógico

– Kelsen pressupõe que todos os *fatos* podem ser traduzidos numa linguagem lógica, por isso pura, neutra, imparcial.

Neste sentido, o problema de *como aplicar/interpretar o direito*, identificado com *como fazer justiça*, merece abandono pela teoria do direito – é "a consequência inevitável da *logificação* de um objeto estranho à lógica, desde o início" (KELSEN, 2013, p. 80).

A *Teoria Pura do Direito* propõe à doutrina jurídica uma atividade totalmente diferente da do *aplicador* do direito – intérprete *autêntico*, na sua terminologia – pois dirigida ao *conhecimento* das normas, e independente da sociologia jurídica pela criação de um princípio metodológico próprio (KELSEN, 2013, P. 75).

O que é o direito, para o normativismo jurídico de Kelsen e Hart, afinal? Simples: *ato de vontade* da autoridade, o qual, vale sinalizar, não se confunde com a atividade do cientista do direito – que é *ato de conhecimento*.

Pode o aplicador do direito (juiz, legislador, administrador) buscar a justiça, os valores morais, éticos, opiniões públicas, ou o que em entender na sua atividade, pois são atos de vontade, invisíveis, porém isto é inócuo à ciência jurídica, que encontra sua expressão no princípio da *identidade* (KELSEN, 2013, p. 79), daí que:

> [...] a Teoria Pura do Direito, a qual apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto; ela indaga do real e do possível, e não do direito justo. [...] Porta-se como ciência, *sem compromissos com nada*, com o direito positivo, que procura entender sua existência e, através de uma análise, compreender lhe a estrutura (2013, p. 81).

Noutra oportunidade, afirma Kelsen:

> A indagação sobre qual das várias possibilidades na moldura de uma norma é a 'justa' é não uma indagação dirigida ao conhecimento do direito positivo, não é um problema jurídico-teórico, mas sim político-jurídico (2013, p. 153).

Sintetizando: a proposta teórica do normativismo jurídico, construído a partir de Hans Kelsen na tradição jurídica do *Civil Law* e Herbert L. Hart, na do *Common Law*, se afirma verdadeira ciência do direito: por uma tendência *"anti-ideológica*" (KELSEN, 2013, p. 82); por um caráter gnosiológico-teórico-transcendental herdado da filosofia kantiana interpretada por Schopenhauer que reforça este *puro sujeito do conhecimento* (KELSEN, 2013 p. 88); pela completa cisão entre *interpretação como ato de conhecimento* – própria do cientista do direito e dirigida conforme o princípio da identidade, associado ao paradigma da verdade como *correspondência* – e *interpretação como ato de vontade* - própria do aplicador do direito (KELSEN, 2013, p. 154) –, dirigida pelo princípio da liberdade.

2 O '*FATOR JÚLIA ROBERTS*' COMO PROJETO DE UMA TEORIA DO DIREITO PÓS-NORMATIVISTA

Afinal, porque é necessário afirmar que o direito não é a vontade do intérprete da norma? Precisamos nos limitar a isto? Será que nas fissuras do conhecimento científico/tecnológico moderno - hegemônico frente aos demais – não podemos encontrar *outras verdades*, que prescindam do amor ao "método" cartesiano – '*mutatis mutandis*', que prescindam de uma regra de reconhecimento previamente estabelecida?

Será que a inauguração de um paradigma intersubjetivo no direito, provocado pelo Constitucionalismo Democrático e seu Estado Democrático de Direito, não urge por uma doutrina avessa ao solipsismo jurídico?

Pois bem: é mediante a restauração da hermenêutica e seu alçamento a nível *filosófico* – uma *hermenêutica-filosófica* – que encontramos uma "razão alargada" apta a compreender o fenômeno jurídico além da *simples-presença*, do *dado*, enfim, do nível *ôntico* – do que o direito *é* – para o nível *ontológico*, da *possibilidade* – do que o direito *pode ser* – em termos heideggerianos (VATTIMO, 1998, p. 11-32).

Partindo da reproposição da pergunta pelo *ser* heideggeriana, com Gadamer, percebemos que o fundamento do direito não é mais *calculável* nos moldes do neokantismo de Kelsen, mas antes depende – para existir – da tradição, dos preconceitos, enfim, de elementos que estão muito além da razão e, em grande parte, determinam nossas atitudes (GADAMER, 1997, p. 281).

Hermenêutica jurídica deixa de ser uma pergunta pelo sentido do texto (que já está previamente dado). Não se interpreta o texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem, por exemplo, da Constituição, bem como do resto do ordenamento jurídico, e, portanto, não é o método racionalmente escolhido pelo intérprete (ou sua *vontade*) que determina a norma, mas sim a sua condição-de-ser-no-mundo (STRECK, 2013, p. 32).

Não existe, portanto, sujeito puro do conhecimento – sem condição-de-ser-no-mundo – apto a *descrever* a aplicação do direito, porque sua própria compreensão faz parte do círculo hermenêutico e é *applicatio* – aí o caráter produtivo da hermenêutica filosófica, em total contraponto à Kelsen, e sua visão de verdade como *correspondência*.

Pelo contrário, com Dworkin aprendemos que a *normatividade* do direito – o seu "DNA", como ilustra Streck – não se funda numa relação de correspondência com o texto legal

ou a vontade do intérprete, mas numa relação de *coerência* e *integridade*, apreendida com a reintrodução das pré-concepções das autoridades a respeito do direito no debate doutrinário: "trata-se sempre de reinvindicar a finitude do estar-aí contra concepções que consideram o homem como um puro olho voltado ao mundo" (VATTIMO, 1998, p. 42).

Isso só se faz, entretanto, mediante uma postura *crítica* por parte da doutrina jurídica. Com efeito, só se abre a possibilidade de conceber o direito como um fenômeno interpretativo, caso a hermenêutica jurídica não deixar que se lhe imponham quaisquer pre-vidências ou pré-cognições da *situação* ou das *opiniões comuns*, mas somente as autênticas, surgidas da própria originalidade da coisa.

Pode (e cabe) a doutrina jurídica, pois, a partir desta nova hermenêutica, impedir que o intérprete do texto legal/constitucional/jurisprudencial se assenhore do seu sentido, indicando a resposta adequada à Constituição – uma resposta hermeneuticamente correta (STRECK, 2013, p. 33) -, isto é: dizer quando a autoridade pode errar. Derby Shaw, no paradigma pós-normativista de ciência jurídica, tira nota dez.

CONCLUSÃO

Da presente análise, pode-se concluir:

1. Que a *juristocracia* vivenciada no Brasil do século XXI nos faz questionar como tem sido ou como deve ser feita a interpretação/aplicação do direito, emergindo, deste ponto, a relação entre hermenêutica jurídica e teoria do direito.

2. Que a própria tentativa de aproximar teoria do direito e cinema abre espaço para uma ruptura paradigmática em relação à divisão das razões proposta por Kant, na qual a consciência estética não produz verdade ou, se a produz, serve apenas ao entretenimento e não vale tanto quanto o saber científico puro.

Não à toa a história do cinema apresenta obras cinematográficas que não pretendem exercer função lúdica ou, por outro lado, representar um mundo objetivo, mas transcender o seu contexto histórico apelando, como diz Deleuze, a um povo que ainda não existe. Dado o caráter interdisciplinar da ciência jurídica e da manifestação artística que não se dissociam como preconiza o paradigma moderno de racionalidade vigente, a arte é notada como verdade na medida em que por meio dela é possível expressar os fenômenos da realidade.

Suplantada a ideia de sujeito cognoscente e objeto cognoscível que bem se verifica quando a verdade é compreendida como coisa, torna-se a representação artística a expressão do

mundo real e de seus limites.

Levar a sério a proposta de fazer teoria do direito com base na arte urge pelo abandono da verdade como correspondência e o acolhimento da verdade como experiência, acontecimento, evento, algo que abala muitos ídolos do senso comum teórico dos juristas.

2. Neste sentido, a obra cinematográfica proposta oferece uma importante ferramenta para o esclarecimento da eterna celeuma: 'o que é o direito'? A despeito do caso concreto debatido, a aluna Derby Shaw, interpretada por Julia Roberts, discute com seu professor a respeito de uma celeuma muito importante para o contexto por nós hoje vivido: o direito é o que os tribunais dizem que é?

3. O professor de Derby Shaw acredita que sim. Mas não só ele, como também a mais sofisticada teoria do direito formulada conforme a ciência moderna, o normativismo jurídico inaugurado por Hans Kelsen e aprofundado por Herbert L. Hart. Tendo como objetivo elaborar apenas proposições descritivas do fenômeno jurídico, essa teoria (pura) delimita monologicamente seu objeto de estudo: o direito posto pela autoridade competente, independente do seu conteúdo. Daí que ao cientista do direito não cabe se imiscuir no conteúdo da Constituição Federal, da legislação, das resoluções, dos atos administrativos, das decisões judiciais, criticando tais normas, porque isso seria prescrever e não descrever o direito.

4. Entretanto, não precisamos nos limitar a isto. O 'fator Julia Roberts', que consiste em dizer, eventualmente, que "a Suprema Corte errou", vê nas fissuras do conhecimento científico/tecnológico moderno - hegemônico frente aos demais – outras verdades, que prescindam do amor ao "método" cartesiano, isto é, que prescindam de um princípio de pureza metodológica previamente estabelecido e rompendo, portanto, com Kelsen e Hart. Para é tanto é necessário, romper, também, com o paradigma de verdade fundado na filosofia da consciência sofisticada por Kant e, a partir da *hermenêutica filosófica*, abrir novos caminhos para uma teoria do direito que vá além do normativismo jurídico, cuja hermenêutica foge do problema do que é o direito ou o responde com "o que a autoridade quiser".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDET, Jean-Claude. *O que é Cinema.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1980.

DELEUZE, Gilles. *O ato de criação*. Petrópolis/RJ: Ed. Brasiliense. 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: vol. I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Trad: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes. 1997.

HART, H. L. *O conceito de direito*. Tradução de: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Trad. Maria Conceição Costa. Lisboa/Portugal: Edições 70. 2005.

KANT, Immanuel. *The critique of judgment*. New York: Prometheus Books, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

LAWN, Chris. *Compreender Gadamer* (Série. Compreender). Petrópolis: Vozes, 2010.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação.* Tradução: Jair Barboza. São Paulo: UNESP, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica***.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

_____, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

VATTIMO, Gianni. *Introduccion a Heidegger.* Trad. Alfredo Báez. Barcelona: Ed. Gedisa. 1998.

FILADÉLFIA: TEMPORIZAÇÃO DO PROCESSO E A TUTELA DECLARATÓRIA SATISFATIVA ANTECEDENTE NO CPC/2015

Vinícius Marin Cancian [6]

RESUMO

A partir da proposta do evento, correlacionado direito e cinema, este trabalho tomou o filme Filadélfia como referencial fictício. Abordando uma das problematizações sugeridas no longa-metragem da década de 1990, os impactos do tempo na tutela estatal foram engajados no atual contexto da disciplina processual civil. Contudo, fora necessária uma visitação às fases metodológicas do processo civil, para que se pudesse compreender o seu atual caráter instrumentalista. Com a vigência do CPC/2015, a tutela satisfativa antecedente, no que se refere à eficácia declaratória da sentença, emerge como mecanismo de garantia ao devido processo legal, que prima pela duração razoável da prestação jurisdicional.

Palavras chaves: Tempo e Processo Civil; Fases Metodológicas; Tutela Satisfativa Antecedente; Preceito Declaratório.

ABSTRACT

By this event's proposition, correlating right and cinema, this paper used the movie Philadelphia as a fiction reference. Addressing one of the problematizations suggested in the nineties movie, the impacts of time in the legal sentence were inserted in the actual context of civil procedure discipline. Although, it was necessary an explanation of methodological stages of civil procedure, aiming to understand its actual instrumentalist aspect. The edition of a new civil procedure code raises actual instruments to safeguard the due process of law, as the anticipation of sentence's declaratory efficiency by antecedent request, which prioritizes a fast denouement of civil judgment.

Keywords: Time and Civil Procedure; Methodological Stages; Antecedent Request; Declaratory Efficiency.

[6] Professor da disciplina de Prática Jurídica Civil do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduando em Processo Civil pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado.

1 PONDERAÇÕES INICIAIS E PROBLEMATIZAÇÃO APRIOSTISICA

O tempo sempre foi objeto de estudo da filosofia e do direito. Dada a fenomenologia que o transcorrer temporal exerce sobre as coisas e as pessoas, com o passar dos séculos a matéria esgotou os estudos daqueles que buscavam lhe compreender, mas sempre sem sucesso, pois, ainda hoje, o tempo é uma indagação que permanece surtindo mais dúvidas do que respostas. Nitidamente, o Direito não permaneceria alheio a isso.

O filme Filadélfia, ao seu passo, retrata bem a influência do tempo sobre o direito. Lançado em 1993, dirigido por Jonathan Damme e estrelado por Tom Hancks e Denzel Whashington, o longa-metragem retrata o drama pessoal do advogado Andrew Beccket (Tom Hancks). Andrew, um promissor profissional, enfrenta séria rejeição em virtude de ser homossexual e soropositivo, ao ponto de, com a descoberta desses fatores pelos sócios-proprietários da renomada firma de advocacia que trabalha, ser demitido. Após ser sabotado em importante projeto que tomava conta, que colocou em cheque sua ilibada capacidade laboral, o protagonista sentiu à risca a carga mais pejorativa do preconceito. O advogado Joe Miller (Denzel Washington), após muita relutância, aceita patrocinar a causa de Andrew, que, ao final, sai vitorioso, porém sem poder desfrutar da indenização que fizera jus, dado o avanço de sua doença, que retirou sua vida no final do filme.

O que salta aos olhos no drama, desde logo, é o estado de ignorância que o preconceito e a intolerância ainda causam no seio social. Mas, subjacente a esse grave problema, surge outro, de importância não menos relevante: a influência do preconceito no acesso à justiça. Isto porque, o princípio na inafastabilidade da jurisdição garante a todos os potenciais ligantes em processos judiciais pleno acesso ao poder judiciário. Porém, obstáculos de ordem prática, como o narrado preconceito vivido por Andrew, afastaram seu caso de uma apreciação imediata pela justiça, ante a dificuldade em encontrar um advogado que o quisesse representar. Esses obstáculos, ao seu turno, em verdadeiro efeito cascata, desencadearam uma demora na prestação da tutela jurisdicional (impacto negativo do tempo no direito), que, ao final das contas, foi determinante no processo judicial transcorrido pelo filme, já que a procedência da ação foi recebida por Andrew em seu leito de morte.

Surgem, através da desastrosa experiência prática, reformas metódicas da disciplina processual, que nada mais são do que um reflexo das ondas inovadoras de acesso à justiça. Aquelas, por sua vez, pregam, em análise última, que o processo se presta à efetivação dos

direitos levados a juízo.

Neste sentido, com base na intempestividade que a prestação da tutela estatal foi deferida, ocasionada pela dificuldade do acesso à justiça sugerida em Filadélfia, este artigo buscou, mediante um estudo do desenvolvimento da ciência processual, contextualizar o caso de Andrew Beckett aos novos institutos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015. Ao final, após o emprego metodológico da análise comparativa (entre o filme e a atual ordem processual pátria) e hipotético-dedutiva (consistindo na análise hipotética da ficção como base para a construção de premissas subsequentes), objetivou-se, com a pesquisa abordada, instrumentalizar o titular de direitos com mecanismos hábeis a elidir a procrastinação processual.

2 A CARGA TEMPORAL SOBRE O PROCESSO E O DIREITO A SER DEDUZIDO EM JUÍZO

Mais do que uma preocupação dos filósofos[7], o tempo *per si* sobrecarrega o ordenamento jurídico com suas inevitáveis consequências. Deixa, por conseguinte, de ser objeto de estudo da filosofia e impregna o Direito, fomentando a ciência jurídica e enriquecendo vasta literatura sobre o tema.

No entanto, em contramão àquilo que comumente é difundido, o tempo, quando confrontado ao processo, não pode ser encarado apenas como um mal, que afasta as partes da perspectiva de uma tutela jurisdicional adequada. Não se olvide que o tempo para a realização de atos processuais, dentro dos prazos previstos em lei, é fundamental para a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais[8].

O tempo, perceba, é um aliado à eficácia dos direitos fundamentais atrelados ao

[7] Remetendo ao que fora dito no tópico anterior, Miguel Reale enfatiza que o tempo foi objeto de preocupação e estudo de dois dos maiores filósofos do século XX – Bergson e Heidegger (O tempo. O Estado de São Paulo. ed. 08/03/1997. p 02): "de ter sido o tempo o tema por excelência de dois dos maiores pensadores do século que se finda, Bergson e Heidegger... A Bergson devemos uma sutil distinção entre tempo e duração (durée) - aquele, operacional e pragmático, objeto da pesquisa científica, enquanto esta é o tempo uno vivido na continuidade da consciência sempre inovadora. Mas se Bergson ainda guarda sinais da idéia de evolução, conceito-chave do pensamento oitocentista, Heidegger, com sua obra capital Sein und Zeit (O Ser e o Tempo), retorna de certo modo às raízes aristotélicas para ontologicamente, buscar o tempo concreto e qualitativo, existencial".

[8] José Rogério Cruz e Tucci (Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual, civil e penal. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 31) comenta que a precipitação processual – quando a brevidade pela tutela jurisdicional é tida como um fim último do processo – é incompatível com o *due process of law*, de tal forma que o processo judiciário, enquanto instrumento de composição da lide, reclama a observância de garantias fundamentais, homenageando o postulado da segurança jurídica, que visam a concessão de uma tutela adequada.

processo, dentre os quais merece destaque o princípio do contraditório. Isto porque, quando se trata dos mecanismos de manifestação, o tempo para sua efetiva realização se decompõe em um dos seus elementos essenciais. De nada adiantaria falar em "contraditório qualificado", conforme estatuído nos artigos 7º, 9º e 10º do CPC/2015, que se exprime pelo binômio participação-influência (DIDIER JR, 2015, p.78-83), se não for garantido às partes a possibilidade de se manifestarem em tempo hábil sobre todos as matérias passíveis de impugnação.

O que adoece a adequada tutela jurisdicional não é o tempo do processo, necessário a premente observância de direitos e garantias fundamentais, mas o tempo ocioso, que paralisa a marcha progressiva dos atos processuais e ocasiona casos teratológicos de autos decanos. Por conseguinte, é famosa a distinção proposta entre o *tempo patológico* e o *tempo fisiológico* do processo (PISANI, 1999, p. 631-633). Patológica é a marcha procrastinatória e lenta do rito procedimental, que se alonga sem motivo justo. Fisiológico é o caminhar natural do processo, que se compõe de fases lógicas e sucessivas. Estas fases transcorrem primando pela justa tutela de direitos materiais violados ou na iminência de o ser.

Ao passo que o tempo fisiológico é necessário à proteção de direitos e garantias de índole constitucional, é inevitável que o processo despido de dilações indevidas[9] é um conceito – e mais: um direito – amalgamado ao devido processo legal[10].

Eis que surge, implícito no ordenamento jurídico, através da constitucionalização do *due process of law*, o princípio da duração razoável do processo[11], que assevera que todo o

[9] A expressão "dilações indevidas" é primorosamente utilizada em toda literatura de José Rogério Cruz e Tucci – maior autoridade da ciência jurídica pátria sobre os impactos do tempo no direito processual – sempre que trata do tema, ora abordado. Parafraseando José Antônio Tomé Garcia (Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional**.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 97 (2002). São Paulo: USP, 2002, p. 327-328), Cruz e Tucci elucida bem o que pode ser entendido como uma procrastinação do processo: "Efetivou-se, outrossim, ao longo do tempo, a necessária exegese da abrangência do dispositivo em apreço, tendo-se, unanimemente, como dilações indevidas, 'os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários'".

[10] Quanto a gênese do princípio da duração razoável do processo, Alexandre Freitas Câmara diz que: "todos os outros princípios constitucionais do Direito Processual, como os da isonomia e do contraditório - para citar apenas dois - são corolários do devido processo legal e estariam presentes no sistema positivo ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional. A consagração na Lei Maior do princípio do devido processo legal é suficiente para que se tenha por assegurados todos os demais princípios constitucionais do Direito Processual a que se fará referência neste estudo. (...) A garantia de acesso à ordem jurídica justa, assim, deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas" (Lições de Direito Processual Civil, 24ª ed. v. 01, São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 42-44).

[11] Em que pese o princípio da duração razoável ter sido inserido expressamente no ordenamento através da Emenda Constitucional nº 45/2004 (conhecida como Emenda da "Reforma do Poder Judiciário"), matéria essa que será

jurisdicionado, ao romper a inércia do Estado-Juiz, tem resguardado o direito a um desfecho em tempo razoável da crise de direito material que leva ao conhecimento do poder judiciário.

Com efeito, emergem da doutrina posicionamentos que visam resguardar, na devida proporção, a razão ideal entre a segurança jurídica, inerente ao transcorrer parcimonioso do rito procedimental, e celeridade, característica da efetividade processual. Para tanto, os estudiosos garantem que a prefixação de prazos processuais para a realização dos atos sequencias é a justa medida para o antagonismo – aparente – entre efetividade-segurança jurídica[12].

Todavia, o conteúdo da norma jurídica que garante a celeridade dos pronunciamentos jurisdicionais não pode ser encarado apenas sob à luz do "tempo do processo", entendido como sendo aquele compreendido entre a pretensão deduzida em juízo e a satisfação da sentença de mérito. Como já dito, o tempo não é um inimigo do processo, mas pode se dizer que seja um obstáculo à satisfação da tutela jurisdicional justa e adequada (um dos vieses do devido processo legal), se considerar que o período entre a lesão ou ameaça a direito juridicamente tutelado e a sua satisfação não é composto apenas por "tempo processual". Isto porque o período "pré-processual" também há de ser levado em conta.

Muitas vezes o perecimento do direito causado pelo tempo não é gerado tão somente pela demora no sucedâneo de atos processuais, mas em virtude de obstáculos que impedem os sujeitos de invocarem o poder judiciário com a rapidez necessária a preservação do objeto da lide.

Neste ponto, convém contextualização com o filme Filadélfia, a fim de materializar a problemática. Quando o advogado Andrew Beckett (Tom Hanks), de 26 (vinte e seis anos) de idade, é demitido da prestigiada firma de advocacia capitaneada por Charles Wheler (Jason Robards) - a Wyant. Wheeler, Hellerman, Tetlow & Brown - e decide processa-la em virtude de sua demissão desmotivada, tendo em vista a discriminação sofrida por ser infectado pelo vírus HIV e sua homossexualidade, se depara com sério problema em encontrar outro advogado que aceite representar seus interesses. Ainda que seja advogado, em razão do preconceito social

objeto de estudo mais adiante, o que se visa, por ora, é demonstrar que o direito a um processo sem as dilações indevidas (como denomina Cruz e Tucci. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 97 (2002). São Paulo: USP, 2002, passim) sempre teve respaldo em fundamento jurídico constitucional no direito brasileiro, desde 1988.

[12] Cf. TORNAGHI, Hélio, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 57-58. Aduz que: "a melhor maneira de acelerar o processo sem atropelá-lo, conciliando a rapidez com a justiça, consiste na fixação do tempo para a prática de cada ato. A marcação de prazos não é apenas o resultado da *conveniência*, é o efeito da *necessidade* de harmonizar a justiça e a economia, a segurança e a rapidez. Quer a lei que o processo seja *ordenado, mas sem retardamento e sem gastos excessivos*, de modo a obter-se uma sentença justa com o máximo de garantia e o mínimo de esforço. Permitir que os atos processuais se pratiquem sem prazo marcado será correr o risco de eternizar os litígios".

arraigado em uma sociedade conservadora como era a do Estado estadunidense da Filadélfia, em meados dos anos 1980 e início da década de 1990, corroborado pelo prestígio da firma de advocacia que integraria o polo passivo da ação, Andrew se encontra desamparado. Somente após ir a 08 (oito) advogados diferentes é que o causídico Joe Miller (Denzel Washington) então aceita o caso, mas não após forte relutância, tendo sido preciso um encontro esporádico do mesmo com Andrew em uma biblioteca municipal para que ambos pudessem começar a trabalhar juntos na defesa de seus interesses. Mais adiante, após o transcorrer do processo, Andrew vence, em primeira instância, a ação proposta contra Wheler, fazendo jus a suntuosa indenização pela descriminação que houvera sofrido. No entanto, já extremamente debilitado pelo avanço de sua doença – que à época, diferente do acontece com a medicina moderna, poderia ser considerada como um atestado antecipado de óbito – Andrew Beckett falece no mesmo dia que o veredito dos jurados é exarado.

Perceba, por conseguinte, que a longevidade da expectativa pela sentença de mérito não se deu, conforme a cronologia proposta pelo filme, em virtude apenas da demora na prolação do pronunciamento jurisdicional, após a invocação do problema no poder judiciário. Mas também em virtude dos obstáculos que Andrew se deparou em poder acionar a Justiça, ante a dificuldade na procura por um advogado que quisesse lhe representar em juízo. Pragmaticamente, é de se convir que o desenrolar do processo em primeira instância não tenha demorado muito (pouco mais de 07 meses, entre a cena de Andrew e sua família e o início das audiências sobre o caso), contudo, o que chama a atenção, é o tempo que fora perdido entre a demissão do advogado e o ajuizamento da demanda.

Tais apontamentos do filme permitem a reflexão que o princípio da duração razoável não se delimita aos termos inicial e final do processo. Este vai além. A duração razoável envolve, também, a facilitação dos meios, de modo a abreviar o tempo gasto entre a lesão do direito e seu conhecimento pelo judiciário.

Trata-se de corolário insofismável do princípio do devido processo legal, quando tratado sob a égide do amplo acesso à justiça[13] (art. 5º, inciso XXXV, CF). Neste sentido, cabe

[13] Sobre o acesso à justiça, ou ainda, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, citando Kazuo Watanabe, o "acesso à ordem jurídica justa", deve ser constituído por mecanismos substanciais, desatrelados de obstáculos práticos e sociais, não se tratando de mera garantia formal que permita a análise de questões de qualquer natureza pelo poder judiciário (o que, na narrativa do filme Filadélfia, operou-se apenas no aspecto formal com Andrew): "Deve-se entender a garantia do acesso à justiça como uma garantia de 'acesso à ordem jurídica justa', na feliz e irretocável expressão do professor *Kazuo Watanabe.* A denominação proposta pelo ilustre jurista de São Paulo é, sem dúvida, mais abrangente do que a tradicionalmente empregada 'acesso à justiça'. Isso porque não se pode ver nesse acesso mera garantia formal de que todos possam propor ação, levando a juízo suas pretensões. Essa garantia meramente formal seria totalmente ineficaz, sendo certo que obstáculos econômicos (principalmente), sociais e de outras naturezas impediriam que todas as alegações de lesão ou ameaça a direitos pudessem chegar ao Judiciário. A garantia do acesso à justiça (ou, como prefiro, do acesso à ordem jurídica justa) deve ser **uma** garantia

ao Estado-Juiz oferecer meios e mecanismos hábeis que permitam, em situações como a narrada no caso de Andrew, no filme Filadélfia, que fatores alheios e empecilhos de ordem social, tais quais o preconceito contra soros positivos e homossexuais e o prestígio de renomado escritório de advocacia, não posterguem a busca das vias jurisdicionais.

2.1 A Constitucionalização da Duração Razoável Contextualizada às Fases Metodológicas do Processo

Deslocando, por ora, a linha mestre de pesquisa (ainda que sumariamente), que diz respeito à correlação direita entre o tempo no processo e o filme Filadélfia, é fundamental que se passe a enfocar alguns aspectos sobre o princípio da duração razoável do processo, tendo em vista que se trata do vetor jurídico que norteia a estruturação desta abordagem temática.

De início, vale a pena trazer alguns traços históricos sobre esse princípio. Em que pese, como já dito, estar associado ao devido processo legal, como uma caraterística inerente à prestação de uma tutela justa e adequada, nem sempre essa relação fora muito nítida. Basta, neste sentido, retornar às fases metodológicas de evolução do processo. A segunda fase de evolução da ciência processual, conhecida como autonomista ou processualista, preocupou-se em superar a grande confusão que existia entre direito material e direito processual civil, existente na primeira fase, denominada praxismo ou sincretismo[14]. Deste modo, foi esta segunda fase a grande responsável por garantir a autonomia da ciência processual civil, uma vez que, influenciada pelo cientificismo do século XIX (por sua vez, embalado pelo voraz progresso científico e tecnológico das revoluções oitocentistas), tratou de definir os contornos da disciplina, mediante a categorização e conceituação de expressões básicas, suficientes a

substancial, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário" (Lições de Direito Processual Civil, 24ª ed. v. 01, São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 44).

[14] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira trata bem dessa passagem de fases metodológicas do Processo, entre o praxismo e o autonomismo, cujo marco de transição é inaugurado por Oskar von Bülow (Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 19): "Esse quadro só começa a mudar com a obra de Oskar Bülow (1868), jurista que por primeiro estabeleceu de forma sistemática os fundamentos da autonomia do direito processual, embora algumas observações de passagens anteriores da doutrina alemã. Para ele, a relação jurídico-processual não se confundiria com o direito material afirmado em juízo, com a relação jurídica de direito material posta no processo, uma vez que poderia existir esta sem aquela e vice-versa, tudo dependendo do atendimento aos pressupostos inerentes a cada uma dessas específicas situações jurídicas (atendimento aos chamados pressupostos processuais, no que diz respeito ao processo). Com a obra de Bülow e a autonomia do direito processual, inicia-se outra fase metodológica, o conceitualismo ou processualismo, em que predomina a técnica e a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais. Lança-se a processualística à construção da nova ciência (Wach, na Alemanha; Chiovenda e Carnelutti, na Itália, para só citar alguns dos mais expressivos juristas daqueles países). A nova empresa volta-se para a acentuação da separação entre direito material e processo e para construção e aperfeiçoamento conceitual do processo. O processo definitivamente se separa do direito material".

segregar o Processo (enquanto matéria) do direito substancial e lhe elevar ao *status* de ciência[15].

Porém, esse progresso científico do Processo e a rígida metodologia que passou a reger a disciplina a levaram ao ápice do formalismo, impregnado por um tecnicismo exacerbado. Tratou-se a forma pela forma, despida de um fim maior (já que a própria forma passou a ser o fim ultimado do processo). Olvidaram, portanto, da finalidade maior do processo, que serve à efetivação do direito material[16] – pensamento, este, que mais tarde serviria como ponto de ruptura entre o autonomismo e o instrumentalismo (3ª fase metodológica).

O caráter metódico desta fase inevitavelmente regia a marcha processual, que, por sua vez, era incompatível com a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Debates intermináveis eram travados no bojo do processo, tão somente para discutir a natureza jurídica de determinados atos processuais, fazendo com que essas questões fossem levadas à apreciação das Cortes superiores. A sobrevida do rito procedimental se alongava anos a fio, restrita ao debate do próprio processo, que se afastava do direito substancial, tratando como subjacentes matérias com alto teor de relevância, que se relacionavam diretamente à pretensão das partes deduzidas em juízo.

Muito por isso, como forma de institucionalizar a duração razoável do processo, surgiram na Europa e América do Norte diversos diplomas legais que tratavam da questão e foram responsáveis pela pulverização de farta doutrina e jurisprudência sobre o assunto[17]. Até que, em 1950, o art. 6º, I da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, por se tratar de tratado internacional vigente sobre toda comunidade europeia, alavancou o direito ao processo sem dilações indevidas à condição de direito subjetivo constitucional (TUCCI, 1997, p. 346).

Após o *status* de norma constitucional alcançado pela duração razoável do processo,

---

[15] Frisa-se que Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, fora diretamente influenciado por dessa fase metodológica do processo civil. Não causa estranheza, portanto, observar que a versão original do CPC/1973 foi toda erigida nos fundamentos da escola processualista, o que justifica a disseminação de uma cultura formalista ainda tão presente no direito pátrio, por mais que já tenha sido superada pelo instrumentalismo processual (3ª fase metodológica). Veja aresto da obra de Buzaid, no qual elucida as balizas norteadoras que adotou na redação do antigo Código (Estudos e pareceres de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32-33): "Antes de determinarmos as linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro, parece-nos de toda conveniência definir a orientação da política legislativa que presidiu a elaboração do anteprojeto, os princípios que o inspiraram e a metodologia que foi adotada. Desde os meados do século XIX, vem passando o direito processual civil por intensa revisão dos seus conceitos fundamentais, podendo assinalar-se desde logo seus ideais que nele repercutiram profundamente. (...) O processo civil que, por largo tempo, foi havido como um apêndice do direito civil, liberta-se desse vínculo e adquire plena autonomia, elevando-se à categoria de ciência no quadro geral do direito" (grifos nossos).

[16] Sobre o tema: DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno, 6ª ed, v. I, São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 33

[17] Neste sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 97 (2002). São Paulo: USP, 2002, p. 326.

graças a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, outras constituições, influenciadas pelo diploma supranacional, passaram a repetir o princípio no bojo de seus textos. No Brasil, o texto original da Constituição Federal de 1988 não abordava o princípio da duração razoável do processo. Somente com a Emenda Constitucional de nº 45/2004 é que a norma passou a integrar expressamente o texto magno, ao inserir no artigo 5º o inciso LXXVIII (isto porque o referido princípio poderia ser extraído, sem maiores dificuldades de hermenêutica, do art. 5º, inciso LIV, cujo conteúdo é o princípio do devido processo legal)[18].

Seguindo a toada de positivação do princípio da duração razoável do processo, mas em movimente descendente, digno de nota que Código de Processo Civil vigente (lei nº 13.015/2015) também abordou a norma no Capítulo I (Das Normas Fundamentais do Processo Civil), integrante do Título Único, do Livro I, que compõe a Parte Geral, no artigo 4º[19].

O que se percebe, desde logo, é uma tendência valorativa da tempestividade da tutela jurisdicional[20], através da positivação do princípio nos mais relevantes textos legais (em caráter constitucional, legal e até supranacional, conforme verificado acima), o que evidencia dois aspectos: i) a crise causada pela procrastinação do processo e da prestação da tutela de direito

[18] v. nota de rodapé nº 10, que tratou da mesma matéria logo acima.

[19] Neste momento, oportuno destacar doutrina especializada que trate do art. 4º do CPC/2015, uma vez que já em consonância com as novas estruturas edificadas pelo Código de Processo Civil recém vigorado. É válido observar, em aspectos práticos e teóricos, como a doutrina lidará com a reverberação de um princípio já consolidado no ordenamento, quando confrontado como o novo sistema processual vigente. Neste sentido: Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. v. 01. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 93-96. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 20. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. v. 01. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-80. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini... [et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 66-67, cujo trecho vale a pena destacar, uma vez que trata da necessidade, que insiste em pairar no direito processual brasileiro, de superação da fase autonomista (e formalista) do processo. Não se olvide que o Código de Processo Civil de 1973 teve seu anteprojeto assinado por Alfredo Buzaid, que, por influência da escolástica contemporânea à edição do esboço do Código revogado, estruturou um projeto de lei manifestamente autonomista (v. nota de rodapé nº 15, acima). Portanto, ainda é inegável que tais premissas continuarão arraigadas na cultura jurídica pátria, até que seja precedida pelas linhas mestres que a novel legislação (já iniciadas pelas recentes reformas do CPC/1973, nesse mesmo sentido, anteriores a ela) tenta incutir na práxis forense brasileira: "O novo Código, por si só, certamente não resolverá este problema de morosidade. É preciso, como anteriormente colocado, vontade dos administradores, vontade do Estado e do Judiciário brasileiro, *além de modificação da visão tecnicista, formalista e burocrática do processo, afastado* da realidade das ruas, sem compromissos com os fins políticos e sociais que informam a jurisdição" (grifos nossos). Apesar de não tratar do novo Código, vale também destacar a leitura da obra de Alexandre Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil, 24ª ed. v. 01. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 67-69), dada a contemporaneidade de suas Lições, ainda que grafadas no ano de 2013.

[20] Terminologia empregada por Alexandre Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil, 24ª ed. v. 01. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 67).

material; e ii) a preocupação da atividade legislativa na supressão e erradicação da burocracia morosa do rito processual, como uma forma de resposta à crise mencionada.

2.2 Dimensões Contemporâneas do Instrumentalismo

Retomando o fluxo da pesquisa, é ideal voltar os olhos às dimensões que a fase instrumentalista da disciplina processual houver tomado. Explica-se. O enfoque de problematização proposto, tomando por base a inocuidade satisfativa da sentença de mérito vista em Filadélfia, em razão do retardo processual no caso de Andrew Beckett, será encarado sob o prisma da instrumentalidade processual. Isto porque, adiante, buscar-se-á engajar a situação narrada no filme às inovações proporcionadas pela sistematização de um novo Código de Processo Civil, visando elaborar um desfecho mais favorável com base nos avanços que a ciência houver logrado.

Por conseguinte, perceba, que o CPC/2015 fora erigido tendenciosamente sob a influência metodológica do instrumentalismo, uma vez que, em diversos dispositivos, visa garantir a efetividade do processo, mediante o uso de mecanismos eficazes à tutela do direito substancial violado[21]. Não há como se distanciar do tracejo que essa fase houver percorrido, uma vez que os desfechos propostos têm sempre como plano de fundo o caráter instrumental do processo.

São duas as dimensões que a fase instrumentalista desenvolveu: uma de direito material e outra de direito processual. *Ab initio,* deve se ter em mente que as dimensões do instrumentalismo se prestam a um mesmo fim: a tutela do direito material. Todavia, pregam a observância do resultando mediante diferentes meios[22].

---

[21] Boa exemplificação pode ser observada no artigo 139, inciso IV, que garante ao juiz plenos poderes para efetivação dos atos executórios (de modificação da realidade sensível), que primam pela satisfação de ordem judicial, podendo, inclusive, agir de ofício na prestação destas medidas (o art. 139 traz um rol de obrigações e deveres do juiz na condução do processo). A respeito, Roberto Sampaio Contreiras de Almeida, ao comentar sobre o dispositivo em apreço, relata que (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini... [et al.], coordenadores. Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 451-452): "A atuação de ofício quanto a tais medidas assecuratórias não se encontra expressa no texto legal, mas é um consectário lógico da cabeça do artigo, que trata dos poderes/deveres do juiz na direção do processo (...), Não obstante no novo Código essas medidas tenham sido mantidas nas disposições referentes ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa (arts. 533, *caput* e § 1º; 535, § 3º), diante da nova sistemática apresentada no que concerne aos poderes do juiz em geral, tais medidas tomaram nova destinação e alargaram a sua abrangência, pois agora se prestarão ao apoio para o cumprimento de qualquer ordem judicial, até mesmo nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, de maneira que o juiz poderá se valer daquelas mesmas técnicas de efetivação de decisões judiciais até então circunscritas às obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, para vencer a recalcitrância do destinatário dessa ordem, ou seja, será permitido ao juiz '*fixar os meios executivos sub-rogatórios mais adequados a proporcionar a satisfação integral do credor de tais obrigações'* (Marcelo Lima Guerra. Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 122)" (grifos nossos).

[22] Conforme ilustração de Kazuo Watanabe (Da Cognição no Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Editora Perfil, 2005, p. 23): "águas de cores diferentes de dois rios que, após o encontro, correm paralelamente por longa distância até que se misturem por completo".

A dimensão de direito material almeja desenvolver o instrumentalismo do processo civil através do enfoque no direito substancial, pregando que a cada ação de direito material corresponde uma ação e pretensão de direito processual. Sob essa perspectiva o processo é impecavelmente engajado ao direito material, uma vez que a pretensão processual se ajusta as especificidades que o direito substancial exige[23].

Paralelamente, há também a dimensão de direito processual, que prima pelo estudo e aprofundamento teórico de institutos já consolidados do processo civil, além de buscar alternativas consubstanciadas pela inovação da disciplina. Essa vertente sustenta a criação, por exemplo, de novos procedimentos especiais, aceleração e simplificação procedimental, que almejam, sempre, pela tutela dos direitos lesados[24].

Kazuo Watanabe, que exprime e comenta as duas dimensões do instrumentalismo, ressalta que em virtude de ambas as vertentes terem como ponto de partida a efetivação dos direitos violados, não há como uma negar o avanço e os resultados que a outra houver logrado, devendo constituírem-se como um método de pensamento unitário. Conclui, por fim, que o ponto de confluência das duas dimensões é a pesquisa da constitucionalização do processo civil,

[23] Trazendo, sabiamente, os ensinamentos sobre a sobredita dimensão de direito material: WATANABE, Kazuo. Ibid. p. 23-25. Neste mesmo sentido, não há como deixar de fazer referência ao magistério de Pontes de Miranda (apontado como percussor dessa vertente do instrumentalismo por Kazuo Watanabe – Ibid. p. 22): "É preciso não se confundir o pedido, o *petitum* com o direito, a pretensão, a ação ou a exceção cuja declaração ou sanção condenatória, ou constitutiva, ou mandamental, ou executiva se pede. Não se pede a ação; pois que ação se tem: Pede-se que se declare, se constitua, se condene, se mande ou se execute. A pretensão processual é pretensão a sentença, por se ter exercido a pretensão a tutela jurídica. Se chamamos 'demanda' ao pedido de outorga da tutela jurídica mediante sentença, cumulação de ações é cumulação de demandas, e não de ações de direito material, se bem que, de ordinário, a cada ação de direito material corresponda 'ação' de direito processual, pretensão processual. Quando se exerce a pretensão a tutela jurídica, exerce-se pedindo que se cumpra a promessa estatal de tutela jurídica. Tal exercício da ensejo a que nasçam pretensões a sentença, pretensões processuais. O que se exerceu, pre-processualmente, foi a pretensão a tutela jurídica. Quem a tem ainda não tem pretensão processual: a pretensão processual depende (= nasce) do pedido. Quem tem pretensão a tutela jurídica, tem-na ainda que não a exerça. Quem exerceu não a perde e faz-se titular da pretensão processual, pretensão ao remédio jurídico-processual. Quando a Constituição de 1967, com a Emenda 1, art. 153, §§ 20 e 21, promete habeas corpus e mandado de segurança nas espécies que define, cria pretensão a tutela jurídica por meio de mandamentos, porém, somente quem impetre aquele ou esse mandado tem pretensão processual. No texto constitucional, não só se promete tutela jurídica; promete-se tutela jurídica mandamental. A qualificação da tutela jurídica não a desnatura. A pretensão processual, ainda quando haja qualificação, somente nasce com o exercício daquela. Quando a pretensão a tutela jurídica se qualifica, diminui a margem de liberdade que tem o legislador do direito processual. Essa diminuição pode ser obra do direito constitucional, como aconteceu com o art. 153, §§ 20 e 21, da Constituição de 1967, com a Emenda 1" (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º ao 45. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 202).

[24] WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Editora Perfil, 2005, p. 25-28. Tecendo comentários a respeito do viés processualista da fase instrumental, Cândido Rangel Dinamarco assevera (apesar de não transparecer sua opção manifesta, o conteúdo de sua obra permite concluir nesse sentido) que: "É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pelas inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em quaisquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução" (A instrumentalidade do processo. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 23)

em especial sobre o princípio do acesso à justiça, ao qual remonta a origem dos mais diversos fundamentos jurídicos que prezam pela busca da efetividade instrumentária do processo[25].

Por meio de uma cognição mais aprofundada do instrumentalismo que, se repise, é a conotação do processo civil moderno, em virtude de suas duas dimensões – que se prestam ao mesmo fim – e não perdendo de vista a problematização levantada no filme Filadélfia, firmou-se uma base de análise sólida que permite entender a razão primária da incessante busca pela tempestividade da tutela jurisdicional: a efetividade dos direitos carreados ao Judiciário.

3 O SANEAMENTO DOS ÓBICES TEMPORAIS ATRAVÉS DA TUTELA DE URGÊNCIA DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Voltando os olhos para o caso de Andrew Beckett, eis que surge, na ficção, digna exemplificação de como o transcorrer natural do processo tem potencialidade lesiva quando encarado sob a fugacidade das relações cotidianas. Não cabe ao direito, contudo, sob pena de violação da inafastabilidade da jurisdição, manter-se insensível ao anseio dos fatos. É necessária uma resposta sensata, capaz de satisfazer a dinamicidade da realidade. Atento a isso, as inovações propostas pelo legislador de 2015 foram corporificadas no sentido de não permitir que a marcha serene do processo afaste o jurisdicionado de sua pretensão. Incumbe, a partir deste momento, conjugar a sensibilidade do novo Código aos fatos expostos pelo filme Filadélfia, de maneira a observar se os novos anseios da ordem jurídica brasileira poderiam garantir uma satisfação mais plena aos direitos do personagem interpretado por Tom Hanks.

No entanto, breves considerações teóricas são necessárias.

O transcorrer do processo, sucedido de atos processuais que se intercalam, como afirmado, é garantia imprescindível ao *due processo of law*, desde que seja respeitado o tempo fisiológico, na clássica lição de Adrea Proto Pisani. A principal finalidade dessa afirmação é a descaracterização de preconceitos comuns, que enxergam no tempo o principal fator patológico ao acesso a uma ordem jurídica justa.

Todavia, o tempo fisiológico, necessário a duração razoável do processo, nem sempre figura como aliado da efetividade, inerente ao devido processo legal. Isto porque, ainda que se considere fundamental a previsão de prazos para a realização de atos processais, muitas vezes a situação fática exige uma resposta imediata do Estado, incompatível com a regência temporal

[25] Ibid. p. 28-31.

intrínseca ao rito processual. Justifica-se, pois, a possibilidade de concessão de tutelas cautelares ou satisfativas *inaudita altera pars*, que são decisões concedidas em caráter liminar (no começo – limiar – do processo, sem a ouvida da parte contrária), a fim de prevenir ou reparar uma situação de dano urgente. Trata-se, nesse caso, conforme sedimentado pelo entendimento majoritário da doutrina, de uma reação necessária do direito, que prepondera a efetividade da tutela processual em detrimento do direito de defesa – que em nenhum momento deixará de ser prestado, mas tão somente postergado (contraditório diferido)[26].

Constata-se, desta feita, que os mecanismos e técnicas processuais de preservação do direito material em situações de urgência não são novidades no ordenamento jurídico pátrio. Porém, com a vigência do novo Código de Processo Civil, surgiram novas técnicas tendentes a aprimorar a concessão de tutelas de urgência, calcadas, estas, no aprimoramento e conservação do direito material (instrumentalismo).

3.1 A Tutela Satisfativa Declaratória Antecedente

Na toada inovadora que o novo Código de Processo Civil incutiu na ordem jurídica brasileira, destacam-se, no que concerne ao regime da tutela provisória, uma série de mecanismos e institutos que se prestam a sanar as mazelas que o trespassar seguro do tempo fisiológico do processo pode ocasionar. Dentre essas enfatiza-se a possibilidade de concessão da tutela provisória satisfativa antecedente.

As tutelas provisórias foram tratadas em livro próprio (livro V: Da Tutela Provisória; abrange os arts. 294 a 311) na parte geral do Código de Processo Civil atual, que fora dividido em títulos e capítulos suficientes a organizar metodológica e sistematicamente as tutelas fundadas em cognição sumária[27]. O

[26] Convenientes as lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 549): "12. Liminar sem a ouvida do réu. Quando a citação do réu puder tomar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera parte*, que não constitui ofensa, mas sim *limitação imanente* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. No mesmo sentido: Orione.- *Trat. limin.*, v.1,3.-10.2, 178 ss". Também vale a pena citar trecho de Adroaldo Furtado Fabrício, que em excelente nota traz que a caracterização de um provimento em liminar não diz respeito ao seu conteúdo, mas em virtude do momento que a decisão seja concedida (Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25): "Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido in *limine litis* , no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provocação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaldita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo ates de sua citação".

[27] Que não as esgotam, ante a previsão de liminares e tutelas proferidas com base em cognição sumária reguladas nos procedimentos especiais (Parte Especial; Livro I; Título III)

procedimento da tutela concedida em caráter antecedente é regulado pelos arts. 303 e 304 (Título I; Capítulo II: Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente).

Antecedente, no que tange a tutela antecipada (satisfativa[28]), refere-se à possibilidade de concessão do provimento provisório antes da pretensão principal da demanda ser formulada. Pode causar estranheza, mas trata-se de um caso muito específico que a novel legislação trouxe (art. 304), que pode ser manejada pela parte quando a situação de urgência for concomitante à propositura da petição inicial. Perceba, pois, que o novo Código trouxe duas formas de classificação da tutela provisória satisfativa, em relação ao momento que o pedido é formulado: em caráter antecedente e em caráter incidental (proposta após a veiculação da pretensão principal da lide). Ou seja, o marco referencial que enquadra a tutela satisfativa como antecedente ou incidental diz respeito a pretensão principal da lide (ou tutela definitiva)[29].

A opção pelo uso dessa espécie de pedido de tutela antecipada é indicado em situações de urgência "qualificada"[30], em que a parte não dispõe de tempo suficiente para que seu advogado estruture uma petição inicial completa, contendo todas as especificidades e requisitos exigidos pelo ato processual dos artigos 319 e 320 do CPC/2015; ou ainda, é indicada para os casos que devem ser demonstrados através de certos documentos, dos quais a parte não tenha acesso no momento de elaboração do pedido inicial. São situações em que a urgência é severamente prejudicial ao processo. Muito por isso, quando o caso concreto envolver tal espécie de *periculum in mora*, o legislador prevê um ato processual mais simples, despido das formalidades de uma petição inicial comum, do qual a parte pode se valer através de um requerimento sumário, compatível à urgência que a situação emerge.

Para tanto, foram previstos para a elaboração do requerimento de tutela provisória satisfativa antecedente o preenchimento de requisitos simples, conforme a dicção do próprio art. 303, *caput*. Basta que o autor, na petição inicial, além de (i) sucintamente justificar a contemporaneidade da situação de urgência, se limite a indicar brevemente (ii) o pedido de tutela definitiva, (iii) a causa de pedir, (iv) o direito que se busca efetivar, (v) o perigo de dano ou ilícito e a (vi) manifestação expressa pela opção desse tipo de benefício[31].

Contudo, o pedido de tutela antecipada antecedente não permanecerá incompleto. Deve o autor

---

[28] A linha de pesquisa ora abordada apenas irá se referir as tutelas provisórias satisfativas (tutela antecipada), ou seja, que são uma antecipação dos efeitos sociais da sentença de mérito (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p.48-50). Não se abordará as tutelas cautelares, que se prestam a garantir o resultado prático de outro processo, uma vez que não convém à problematização trazida pelo filme Filadélfia.

[29] MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini... [et al.], coordenadores. Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 774.

[30] Note que os requisitos para concessão da tutela satisfativa antecedente não são desnaturados; assim, ainda há de ser demonstrado: (i) o *periculum in mora* (art. 300,*caput*); (ii) o *fumus boni juris* (art. 300, *caput)* ; e (iii) que a satisvidade do direito seja reversível (art. 300, §3º).

[31] Neste sentido: JÚNIOR DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. v. 02. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 572.

da ação, mesmo em caso de indeferimento da tutela satisfativa, aditar o pleito inicial, fazendo constar no aditamento todos os argumentos jurídicos, demais pedidos e documentos que forem necessários à tutela definitiva (em caso de concessão da tutela, o prazo para aditamento da inicial é de até 15 dias – art. 303, §1º, inciso I; se for indeferida, o prazo cai para até 05 dias – art. 303, §6º). Em verdade, este aditamento nada mais é que a própria petição inicial daquele caso, que em condições normais, caso não fosse necessário se valer do caráter antecedente da tutela satisfativa, seria proposta pelo autor em face do réu. A pena para o descumprimento do mandamento jurisdicional de complementar a petição inicial é a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, §2º e §6º, *in fine*)[32].

Feita essas anotações, percebe-se que a duração razoável do processo – ao menos em tese – há de ser respeitada com base no deferimento da tutela antecipada satisfativa. Mais do que isso, é instituto de alta utilidade ao caso do advogado Andrew Beckett, eis que o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente poderia servir como meio de coibir, em parte, todo o tempo gasto pelo protagonista do filme à procura de um advogado que lhe pudesse representar e na preparação de sua ação.

Veja que o caso de Andrew é emblemático (reversão de demissão motivada cumulada com indenização material e moral), o que exige, por parte de seu causídico, uma alta produção literária. Considere, portanto, como já dito, todo tempo gasto na procura do advogado Joe Miller

[32] Nova disciplina, também presente no regime da tutela antecipada em caráter antecedente, é a estabilização da tutela provisória. Porém, trata-se de instituto que não têm pertinência prática ao caso do filme Filadélfia, uma vez que se opera, impreterivelmente, pela inércia de réu, que têm interesse na produção de efeitos perenizada da tutela satisfativa antecedente ou não apresenta impugnação. Repare que esse pressuposto não exprime a realidade dos réus no caso de Beckett. No entanto, ainda assim, é digno de nota, uma vez que a sua razão de ser também remonta ao princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. Justifica-se. A estabilização é um fenômeno decorrente exclusivamente das tutelas provisórias satisfativas. Se houver decisão liminar positiva, que conceda a tutela antecipada requerida, e contra essa interlocutória não houver qualquer impugnação do requerido/réu, opera-se a sua estabilização. Ou seja, os efeitos da decisão que concede a tutela antecedente satisfativa continuarão a ser produzidos, perenemente. Portanto, veja que uma decisão proferida com base em juízo de cognição sumária é apta a produzir efeitos por tempo indeterminado, mediante mero requerimento simplificado do autor. Sobre o tema, ainda, vigora debate que diz respeito a qual a espécie de impugnação necessária para elidir os efeitos da estabilização. Parcela da doutrina afirma, embasando-se na disposição literal do art. 304, que apenas o manejo do recurso de agravo de instrumento seria suficiente a afastar a estabilização (cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 302-303). Contudo, outra parcela – que tem mais razão de ser, tendo em vista a natureza do instituto – garante que a estabilidade restaria afastada pela manifestação do réu, independentemente de sua natureza jurídica (como a contestação, *verbi gratia*. Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. v. 02. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 608-611). Esse último posicionamento parece mais acertado, haja vista que a estabilização só tem razão de ser ante a inércia do réu (como já dito), que não tem interesse em ir de encontro à decisão (por qualquer que seja seu desiderato). Assim o sendo, ante o princípio da instrumentalidade das formas – que preza pela manutenção do ato, independentemente de sua roupagem, desde que atinja seu objetivo -, se a contestação do réu (ou qualquer outra manifestação) é suficiente para manifestar sua irresignação quanto a concessão da liminar, não há razão em lhe exigir que avie recurso de agravo de instrumento, uma vez que a sua vontade de não permitir a estabilização fora inequívoca. Por fim, insta salientar que o fenômeno não se confunde com a coisa julgada, que são institutos diferentes. E assim o é, uma vez que o próprio Código prevê uma ação impugnativa autônoma (art. 304, §6º), que pode ser manejada por qualquer das partes, com o fim de rever a decisão estável, desde que seja ajuizada no prazo máximo de 02 (dois) anos subsequentes a estabilização (MEDINA, José Garcia. Ibid. p. 302; e DIDER JÚNIOR, Fredie. Ibid. p. 612-613).

e na confecção da petição inicial. Se ao menos, à disposição da parte, houvesse a possibilidade do manejo da tutela antecipada em caráter antecedente, Andrew poderia se valer de mero requerimento de tutela antecipada para movimentar a máquina judiciária o quanto antes, evitando todo o tempo gasto na preparação da tese jurídica. Ao seu turno, esta tese jurídica não seria prejudicada, tendo em vista que haveria, com o transcorrer do procedimento da tutela satisfativa antecedente, tempo hábil ao aditamento da petição inicial, que poderia ser oportunamente complementada com todos fatos e argumentos jurídicos necessários.

Resta, por fim, ater-se ao seguinte: qual tipo de tutela seria antecipada? Como dito, o caso de Beckett é extremamente complexo, necessitando de uma extensa dilação probatória para fundamentar sua pretensão indenizatória. Justamente por envolver questões muito delicadas, os pedidos indenizatórios exigem uma cognição vertical exauriente sobre a matéria, mediante o esgotamento dos fatos e meios de provas trazidos à causa. Portanto, ainda que seu estado de saúde estivesse debilitado e fosse suficiente para a caracterização do perigo de dano – requisito da tutela antecipada – não haveria como, com base nas provas iniciais trazidas ao caso, antecipar os efeitos de qualquer indenização, pois faltaria o requisito da verossimilhança. No mais, esbarrar-se-ia na irreversibilidade que o conteúdo dessa antecipação carrega.

Todavia, em que pese o pleito indenizatório (tutela condenatória) não poder ser antecipado por falta de robustez dos requisitos necessários, por outro lado, há elementos suficientes para que a tutela declaratória tenha seus efeitos precipitados.

Prima facie, talvez pareça sem sentido afirmar que esse tipo de tutela seja antecipado, pois, se a tutela condenatória não pode ser, a declaratória também deveria ter o mesmo destino. Ainda, se poderia indagar qual a utilidade da antecipação dos efeitos da tutela declaratória no caso narrado de Andrew. Contudo, há sentido jurídico suficiente para se afastar essas objeções.

Antes de qualquer conclusão é necessário partir de alguns pressupostos. Neste sentido, o primeiro deles é que nenhuma ação pode ser classificada meramente (ou puramente) como condenatória, declaratória, constitutiva, executiva *latu sensu* ou mandamental. Há sempre uma carga, ainda que em menor grau, de um tipo de tutela em outra[33]. Assim como são as fases lógicas do processo de conhecimento, que se caracterizam pela concentração predominante de atos de uma certa natureza, a existência de um ato probatório (*verbi gratia,* produção de prova

[33] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. t. I. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 124. "Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. (...) A ação é declaratória porque sua eficácia é declaratória, porque sua *eficácia maior* é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se manda, do que se constitua, do que se condene, do que se execute".

documental) na fase postulatória, não retira sua natureza instrutória. O mesmo raciocínio é válido quanto aos tipos de tutela. Sempre haverá, ainda que minimamente, uma carga declaratória em todos os tipos de tutela (ZAVASCKI, 1997, p. 84). Tratam-se, inclusive, de questões prejudiciais, que devem ser reconhecidas antes da atividade condenatória (como a declaração da existência dos elementos da responsabilidade civil, antes da condenação em danos morais ou materiais).

Outro pressuposto, já mencionado rapidamente, é que o que se antecipa, tratando-se de tutela antecipada, não é a sentença propriamente dita, mas seus efeitos ou força. Portanto, os efeitos da tutela são aqueles potencialmente inerentes do conteúdo da sentença. Toda sentença tem uma força, efeito ou eficácia preponderante, que não excluem outras eficácias ou forças (como acabara de ser dito). Quando há a concessão da tutela provisória satisfativa, se antecipa a força/efeito ou todas forças/efeitos da sentença de mérito, independentemente se seja preponderante ou não (ZAVASCKI, 1997, p. 84-85).

Toda sentença, que contém implícita em si força declaratória, tem, por conseguinte, efeito de preceito. Preceito é uma norma prescritiva, que descreve uma conduta coativa ao recipiente da norma. Porquanto, a força declaratória de todas as sentenças produz eficácia ambivalente: uma positiva, no sentido de sanar uma crise de incerteza quanto à existência de certas relações jurídicas; e uma espécie eficácia negativa, corolário da positiva, pois desta decorre efeitos práticos, tendentes a influenciar o comportamento dos destinatários da sentença. E um desses comportamentos, determinados pela eficácia negativa inibitória, é impedir qualquer tipo de ato ou comportamento do réu que seja incompatível ao conteúdo do preceito contido na sentença[34].

Conclui-se, portanto, que há razão jurídica na antecipação da eficácia inibitória do preceito declaratório da sentença. É perfeitamente possível, desde logo, que em uma ação condenatória (que produzirá uma sentença condenatória) se antecipe, ao menos, o seu pleito declaratório (que antecede o pedido condenatório), tendo em vista o imediato efeito mandamental prático que surte a partir da prolação da tutela satisfativa. Ou seja, não há óbice em se antecipar, desde já, em uma sentença condenatória, a tutela declaratória que lhe é inerente – por se tratar de questão prejudicial – com o fim de prognosticar imediatamente o comportamento do réu. Trata-se de um pedido distinto do principal (condenação), que por isso

[34] Neste sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. v. 02. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 588-589. Ainda: ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 85: "Ora, essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente, mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos. Isso explica o que para muitos é um contra-senso: a concessão de medidas 'cautelares' em ações declaratórias e explica também certas medidas 'cautelares' em ações constitutivas. Na verdade, tais medidas não têm natureza cautelar, mas sim antecipatória".

mesmo pode ser antecipado, sem necessariamente exigir que a tutela condenatória também seja[35].

Além do mais, perceba, que os tipos de pedidos e as tutelas que lhe são inerentes tem forças variáveis. Portanto, a antecipação da tutela condenatória exige, na medida do possível, a presença mais expressiva dos requisitos necessários para sua concessão (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) do que a antecipação de uma tutela declaratória. E isso se dá, também, pois a força declaratória de uma sentença tende a ser mais facilmente reversível que a força condenatória, haja vista que seu efeito prático consiste apenas em um padrão comportamental inibitório (reverter um padrão comportamental é mais simples do que a atividade executiva sub-rogatória/coercitiva, inerente à tutela condenatória).

Voltando novamente a atenção ao caso de Andrew Beckett. Perceba que há pertinência no pedido e na concessão antecipada dos efeitos declaratórios da sentença de condenação, no sentido de declarar que houve uma descriminação contundente do advogado no ato demissional, reconhecendo, ainda que provisoriamente, que a firma de advocacia Wyant. Wheeler, Hellerman, Tetlow & Brown, praticou ato ilícito.

A eficácia inibitória do preceito declaratório dessa sentença, por sua vez, enche o pedido de tutela antecipada de interesse processual. Isto porque, dada sua natureza modeladora do comportamento dos réus, serviria como parâmetro para orientar a produção em juízo de quaisquer dos atos processuais subsequentes. Dessa forma, os advogados e representantes da firma não poderiam, sob pena de desrespeito ao mandamento declaratório, insinuar ou levantar falsas acusações contra Andrew, ou exteriorizar fatos de sua vida privada, como ocorreu no filme, insinuando que teria sido o culpado pelo contágio de sua doença. Mais ainda. A eficácia declaratória da sentença obrigaria os réus a agirem de forma proba em juízo, deixando de ser um dever moral, para torna-se uma obrigação contida na própria eficácia da sentença. Trata-se, conseguintemente, de pedido útil, adequado e necessário.

Sob outro prisma de análise, não se olvide que a tutela antecipada teria um efeito psicológico tremendo sobre Andrew. Imagine só, para quem tem uma doença terminal – como era a AIDS no começo dos anos 1990 – ouvir do órgão julgador uma decisão, mesmo que provisória, confirmando que houve abuso e reconhecendo uma demissão pejorativa, arraigada em intolerância e preconceito. Ao menos no aspecto moral, Andrew já teria ganho a causa, o

[35] Neste sentido: MITIDEIRO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini... [et al.], coordenadores. Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 777; e MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 156-158.

que, para um soropositivo em fase terminal, vale mais que qualquer quantia em dinheiro.

Estão também presentes os requisitos para concessão da tutela satisfativa antecedente. A urgência do caso (*periculum in mora*) decorre do próprio estado de saúde de Andrew, uma vez que, como dito no filme, à época em que se referia, todo soropositivo carregava sobre si um atestado de óbito prematuro - não resta dúvida sobre a contemporaneidade do dano. Por sua vez, a probabilidade do direito (*periculum in mora*) decorre não apenas de eventuais documentos que possam ter instruído a petição inicial, mas do contexto dos fatos[36]. Note que não se trata de coincidência que um jovem advogado diligente, de competência inquestionável – haja vista que a principal causa da firma tenha sido deixada sob seus cuidados – logo após os primeiros sinais visíveis de sua doença, tenha sido demitido por justa causa.

Têm-se, portanto, que a tutela satisfativa antecedente, de natureza declaratória, quando contextualizada ao severo caso de Andrew Beckett, mostra-se um instrumento eficaz à duração razoável do processo, que fora introduzido pelo novo Código, haja vista que o tempo fisiológico não fora suficiente para lhe garantir a plenitude do devido processo legal (tutela jurisdicional adequada). Outros instrumentos inovadores, que também passaram a ter destaque com a nova legislação, como a tutela de evidência, surgem como alternativas válidas a instrumentalização do princípio da tempestividade, porém, dada a extensão e importância da matéria, o tema merece um capítulo de pesquisa próprio, que deve ser tratado com a sua devida relevância. Por ora, neste sentido, o enfoque de pesquisa dedicou-se a tutela satisfativa antecedente, uma vez que se concedida em caráter liminar, além sanar os danos que o tempo causa ao direito, serve de preceito norteador ao comportamento dos réus em juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filme Filadélfia traz, além de uma profunda reflexão sobre o preconceito social contra homossexuais e soropositivos (infectados pelo HIV), discussão jurídica clássica, que remete os estudiosos e filósofos do direito à densas linhas de pesquisa. Estas buscam sistematizar, a partir da coleta de dados e do enfrentamento de casos concretos, os principais motivos que retardam a prestação da tutela jurisdicional. Muitas são as conclusões. Mas, em

[36] Conveniente as lições de Fredie Didier (Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. v. 02. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 596): "Um dado não pode ser esquecido: a existência de prova não conduz necessariamente a juízo de verossimilhança e ao acolhimento do pedido; e o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente de atos probatórios. (...) De outro lado, nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Na forma do art. 300 do CPC, basta que haja 'elementos que evidenciem a probabilidade' do direito".

especial, principalmente no que tange à evolução metodológica do direito, constatou-se que o formalismo exagerado, inerente à fase autonomista do processo, criou demasiados empecilhos na prestação tempestiva da tutela jurisdicional. Isto porque, eram levados aos tribunais questões de caráter absolutamente técnico, que protelavam a marcha processual, tendo o processo deixado de atingir seu escopo principal: a satisfação dos interesses das partes.

Por isso, após superação do autonomismo ("forma pela forma"), já no bojo da fase instrumentalista do processo, passou a se prever em caráter constitucional o princípio da duração razoável, como um corolário do devido processo legal (previsto pela primeira vez em um instrumento normativo supranacional – a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais –, que serviu de referência normativa para as demais constituições).

Ao contextualizar as fases metódicas do processo ao problema da intempestividade na prestação da tutela, sugerida no caso de Andrew Beckett, no filme Filadélfia, constata-se que o ordenamento processual brasileiro, enquanto estigmatizado sobre os Códigos de Processo Civil anteriores, sofria (e ainda sofre, por conta da influência cultural ainda arraigada) com os exageros formais do autonomismo, haja vista que a legislação recém revogada fora toda construída sobre a influência daquela fase (vide a exposição de motivos de Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto do CPC/1973). Somente com as reformas recentes do antigo CPC, a partir da década de 1990, e com a vigência de um novo Código, em março de 2016, parece que o panorama tende a melhorar.

Não à toa, tendências como a flexibilização procedimental e institutos como a tutela satisfativa antecedente foram introduzidos no CPC/2015, com o fim de afastar os obstáculos gerados pelo tempo patológico do processo (e até, em última análise, pelo próprio tempo fisiológico, ainda que fundamental na garantia de direitos). No que se refere a esta última, destaca-se que a antecipação do preceito declaratório da sentença tem aptidão de direcionar o comportamento dos réus em juízo, afastando, como visto no filme, alegações e insinuações carregadas de tom pejorativo e preconceituosos (que jamais poderiam se confundir com a ampla defesa). Para tanto, imperioso que a concessão da tutela ocorra liminarmente, já no começo do processo (na forma do art. 303 do CPC/2015), pois assim prolongaria com mais eficácia o mandamento inibitório que carrega.

Por fim, livrando-se da inocência habitual dos idealistas da reforma processual, não se olvide que a tempestividade da tutela jurisdicional passa, em boa intensidade, pela flexibilização e inovação do processo civil, mas não pode ser tomada, jamais, como uma razão última. A duração razoável do processo é o resultado de uma simbiose, decomposta por fatores

variáveis, como o aparelhamento humano da justiça, a estrutura dos órgãos jurisdicionais e o comportamento (cultural) das partes em juízo. Veja que se trata de um sistema, que opera em sua plena capacidade apenas quando todos fatores estiverem alinhados. Que o novo Código, portanto, seja o fio condutor e o impulso oficial para que todos falem a mesma linguagem e o sistema opere como se deve.

REFERÊNCIAS BLIBIOGRÁFICAS

ALVÁRO, Calos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

BUZAID, Alfredo**.** *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil,* 24ª ed. v. 01. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. v. 01. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. v. 02. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed, v. 01. São Paulo: Editora Malheiros, 2010

_____. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado**.** *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães.* José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Os reflexos do tempo no direito processual civil***,** Revista Jurídica UNIJU/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 1, n. (1998). Uberaba: UNIUBE, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcial. *Novo Código de Processo Civil: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I: arts. 1º ao 45. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. I. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante.* 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.* 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 1999

REALE, Miguel. *O tempo,* O Estado de São Paulo, ed. de 08/03/1997

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual, civil e penal,* 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional***.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 97 (2002). São Paulo: USP, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil.* v. 01. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.], coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*/. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

WATANABE. Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil,* 3ª ed. São Paulo: Editora Perfil, 2005

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997

GENTE COMO NÓS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO FILME FILADÉLFIA SOBRE O PRECONCEITO CONTRA OS HOMOSSEXUAIS E OS PORTADORES DO VÍRUS HIV

Gabriel Odilení Barbosa Lima[37]

RESUMO

O presente artigo busca salientar comentários sobre a analise do filme Filadélfia com relação ao preconceito contra homossexuais e os portadores do vírus HIV, apontando problemas existentes, tanto no cotidiano quanto na época da pandemia desta doença. Transcrevendo o sincretismo entre o filme e a realidade, desvendando a sua essência, ou seja, sua posição dentro da ciência do direito, sendo visível a sensibilidade extrema ao tratar desta terrível doença, mas abordar com extrema coragem o preconceito que é exercido contra ambos. E por fim, é concluído o quanto este preconceito é desprezível e que todos podemos mudar, desde que estejamos dispostos a isto.

Palavras-chave: Filadélfia. Preconceito. Homossexuais. HIV

ABSTRACT

The following article aims to highlight comments about Philadelphia movie especially talking about the prejudice against homosexuals and HIV patients, underlining the problems both in the daily routine and in the time of the pandemic of the disease. Transcribing syncretism between film and the reality, revealing its essence, that is, its position in law science, being visible to the extreme sensitivity to treat this terrible disease, but approaching it with extreme courage the prejudice that is exercised against both of them. And finally, it reaches the conclusion of how negative is this prejudice and how we can all change it, since we are inclined to do this.

Keywords: Philadelphia. Preconception. Homosexuals. HIV

[37] Discente do 3º termo do curso de Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP. Aluno. Pesquisador e bolsista do PICT (Programa de Iniciação Científica Toledo) na área de Direito Processual Civil. E-mail:odileni@outlook.com. Autor.

INTRODUÇÃO

O corrente artigo faz uma ligação entre o filme Filadélfia com o preconceito contra os homossexuais e portadores do vírus HIV, tratando o enfoque no ensino jurídico, que procura métodos para perfazer o preconceito que ocorre com esses indivíduos, tanto na época de 80, que foi o início da doença, quanto atualmente, sendo um assunto ainda que ser repensado.

Andrew Beckett (Tom Hanks) é um promissor advogado que trabalha para um tradicional escritório da Filadélfia. Após descobrirem que ele é portador do vírus da AIDS, Andrew é demitido da empresa. Ele contrata os serviços de Joe Miller (Denzel Washington), um advogado negro que é homofóbico. Durante o julgamento, este homem é forçado a encarar seus próprios medos e preconceitos.

Neste enfoque, emprega-se o filme como uma ferramenta de analise crítica, direcionado por causas realísticas, que foram dominantes na época da pandemia desta doença e que, consequentemente, ainda são trazidos para os dias atuais, utilizando-se da narrativa da história do filme como exemplos que acontecem na vida dos homossexuais e os portadores do vírus HIV.

Deste modo, o quanto é relevante este filme para a sociedade, sendo um dos primeiros na data em que foi lançado, a tratar do assunto tão sensível que é a AIDS e, com coragem o preconceito contra os homossexuais e os portadores desta doença.

O presente artigo ambiciona destacar, as cenas do filme a serem utilizadas para atermar, o preconceito dos indivíduos, pelo princípio da igualdade e também, da dignidade da pessoa humana, levantando leis que favorecem o trabalhador a não ser despedido sem justa causa, como ocorre no filme e que, ocorre na realidade.

Este artigo pretende mais do que analisar mecanismos para se extinguir a danosa discriminação contra os homossexuais e os portadores do HIV, que acabam causando não só a morte natural do próprio ser, mas a morte social do indivíduo com os seus semelhantes, fazendo com que o leitor tenha uma condição plausível de entendimento, alçando-o ante a este assunto, através do sincretismo do filme com o fato realístico de uma sociedade desigual, ensinando-o como combater com o preconceito interno e externo, mostrando de fato, a importância de tolerância e empatia.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O VÍRUS HIV E COMO OS PORTADORES REAGEM PERANTE A SOCIEDADE

A estória do vírus HIV se dá no início da década de 1980, ao mesmo tempo em que se ambienta o filme Filadélfia, mostrando nos primeiros minutos sobre o personagem principal do drama estadunidense, doutor Andrew Beckett (Tom Hanks) de 26 anos, recém formado pela Universidade Penn State, ao ser contrato como advogado em um tradicional escritório da Filadélfia. É visto que, Beckett se sujeita a um exame de rotina ao qual no mais tardar lhe daria a desventura de ser soro positivo, mas, além de ser portador do vírus, a sua orientação sexual é a homoafetiva, ou seja, um homossexual. É válido ser dito que, na época de 80, os médicos afirmavam que a AIDS era uma epidemia médica-biológica, ou seja, era transmitido por fluídos corporais: sangue, sêmen e secreções vaginais. No entanto, o problema era o estereótipo de ser uma doença mortal, relativamente, inédita para sociedade, e que se pensasse em ser transmitida, por qualquer um a qualquer hora, tornando-se um preconceito, ou seja, numa ideia formada antecipadamente e que não tem fundamento sério.

Beckett, por ser um homossexual e, ser portador do vírus HIV (sendo uma relação particular, que diz respeito somente á ele) oculta de seus companheiros de trabalho tal orientação sexual e sobre o vírus, pelo fato de reprovação posterior vinda dos mesmos, ao qual na nascente desta doença, concluiria num preconceito de seus chefes e colegas de trabalho, possuindo um tratamento diferenciado ou o pior. No entanto, nas tentativas frustradas deste ocultamento, após receber uma proposta de se tornar futuro sócio por um processo de extrema importância para o escritório, seus chefes, descobrem sobre a sua doença crônica, ao analisar as manchas vermelhas em seu rosto, chamadas de 'rash', fazendo com que Andrew Beckett fosse despedido sem justa causa sobre a perspectiva intolerante de ser portador do vírus HIV e ainda mais, pela sua orientação sexual. É verídico que, nessa época a AIDS era vista com olhos puramente preconceituosos, porque esse novo mal para a sociedade era chamado de 'câncer gay', como se mostra no texto a seguir:

> Antes da sigla AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome) ser adotada, em 1982, como nome oficial, usava-se extra-oficialmente a silga GRID (Gay-Related Immune Deficiency). Nos corredores de alguns hospitais, porém, muitos médicos e profissionais da área de saúde chamavam-na de WOG, as iniciais, em inglês, para a expressão "ira de Deus" (wrath of God). Como se vê, o aspecto moralizante de punição para um comportamento tido como errado esteve associado á aids desde os seus primórdios. (BÍSCARO, v. 8, N. 12, jan/jun. 2006, p. 195-206)

Ao analisar, veemente esse texto, tinha-se a ideia de quem possuía tal vírus era, necessariamente, homossexual.

Por isso, na época datada do filme, que também condiz na realidade histórica, era difícil para os indivíduos debater isso socialmente, pois era vidente que o preconceito estava em todos os lugares, em todo tempo, então a melhor forma que Beckett encontrou foi, o ocultamento de sua realidade, que dizia respeito somente á sua pessoa.

2 O COTIDIANO DE UM SORO POSITIVO

Após Beckett ser demitido por justa causa (até que se prove o contrário, por ele mesmo), pelo fato de sua ineficiência ao trabalhar, no qual "perde" os papeis do processo, que colocaria ele como um dos sócios do renomado escritório, salientando o fato de que foi encontrado no dia seguinte, á tempo da audiência, daquele respectivo processo, então, nesse tempo, ao descobrirem sobre a doença de Beckett, convocam-no á uma reunião, para demiti-lo. Isso é comprovado, tanto naquela época quanto nos dias atuais, segundo: "Desde o início da epidemia, muitos segmentos da sociedade culparam e ainda culpam os homossexuais por terem iniciado e propagado a AIDS devido á sua moral decadente. Houve mesmo desinteresse com relação á enfermidade de marginais, o que colaborou para a sua rápida disseminação". (SIEMONS, N. 13, out/nov. 1993, p. 34)

Essa, é a verdadeira razão pelo qual os chefes de Beckett, principalmente o renomado Charles Wheeler (Jason Robards) á demiti-lo, ou seja, pelo fato exterior á sua função, no que concerne a vida pessoal de Beckett, por ele ser homossexual, sendo agravado preconceituosamente, por ser portador do HIV.

Com isso, Beckett vai a procura de um advogado, para que o seu direito violado seja resguardado, através da justiça. No entanto, teve tentativas frustradas para conseguir um advogado, até que num determinado tempo e, uma ultima tentativa, vai á procura do doutor Joe Miller (Denzel Washington), explicando os motivos de seu problema. Apriori, doutor Joe Miller o recepciona como uma pessoa normal, como se fosse um de seus clientes, até que Beckett, sem nenhum suspiro, revela que é soro positivo (possui HIV), e, com uma naturalidade do personagem de Denzel Washington, uma reação grandiloquente de espanto e ao mesmo tempo a presença do medo, dando um ar referencial com o que acontecia na hegemonia dessa doença, naquela época. Logo, doutor Miller se afasta daquela presença que, de imediato, poderia lhe

trazer risco á sua saúde e, principalmente, de sua família, entretanto, não querendo ser preconceituoso (mas sendo, indiretamente), tenta ouvir minuciosamente o problema de Beckett, reparando mais no que poderia ter em sua mão, após o cumprimento dos dois anteriormente, ao charuto que Beckett tinha tocado, como também, as feridas em seu rosto, fazendo com que o tele-espectador, entendesse que, o problema da Aids, não só fosse uma epidemia médica-biológica mas também, uma epidemia de caráter moral, social e lingüístico, como Treichler (1999, p. 1) afirma "a epidemia da aids gerou uma epidemia de significações". Isso é devido ás interpretações mal fundamentadas, que no mais tardar, se tornaria em preconceito, ou seja, os indivíduos temiam aquilo que mal conheciam, gerando um enorme problema social para com os indivíduos de soro positivo em seu cotidiano.

Nesse primeiro momento, é reafirmado mais uma vez, o preconceito que essas pessoas sofriam ou e, sofrem ainda, ao passo que, doutor Miller não acredita nas palavras de Beckett, pelo preconceito que tinha por essa doença e também pela sua orientação sexual, sendo um homofóbico. Isso é comprovado na realidade, a partir desse texto, evidenciando que:

> Tem-se cometido, no mundo inteiro, inúmeros abusos, tais como a negação de moradia, de escola, de emprego e até de sepultura a adultos e crianças, diante da simples suspeita de serem eles portadores do vírus HIV. Paralelamente, há vários casos de trabalhadores do setor da saúde que têm se negado a atende os portadores do vírus HIV. Várias empresas têm despedido os empregados portadores desse vírus. E ainda, algumas companhias de seguro têm se recusado a emitir apólices a pessoas que simplesmente residem em zonas freqüentadas por homossexuais. Enfim, estes abusos têm se perpetrado apesar de serem declarados ilegais. Poucos são os países cujas leis proíbem especificamente a discriminação fundada na existência do HIV ou da AIDS. Países como Alemanha, Bélgica, Rússia entre outros, em notórios exemplos de discriminação, têm exigido o exame anti-HIV de estudantes estrangeiros que lá queiram estudar. O mesmo se dá com os solicitantes de visto permanente e os estrangeiros que pedem permissão de residência nos EUA. (SIEMONS, N. 13, out/nov. 1993, p. 34)

Por isso, a partir da recusa de doutor Miller defender a causa do doutor Beckett, o mesmo, toma uma atitude de 'purificação', ou seja, contata-se o médico, para verificar se não foi transmitido á ele a doença, explicando o médico, as hipóteses de contaminação, concluindo que nem o doutor Miller, como muitos na realidade, sabem o que é a AIDS e como ela é transmitida, fazendo com que o seu preconceito, fale mais alto. No entanto, deve-se salientar que, na primazia dessa doença, surgida repentinamente e se alastrando em números preocupantes, não tinha muito o que fazer, pois não havia muitas divulgações sobre a doença, tinha-se apenas dados que comprovavam, quem eram os receptáculos do vírus da AIDS, que

nada mais é, os homossexuais, mas não necessariamente todos, pois haviam as pessoas que faziam transfusões de sangue e adquiriam a doença. Portanto, se havia um preconceito enorme já com os homossexuais, por eles serem minoria e 'afetarem' uma vida tradicional ou normal, passou a ter mais dificuldade ainda com o surgimento da AIDS, porque, como acima descrito, difundiu o medo pela doença mais a repulsa, que antes já tinham pelos homossexuais, fazendo com que o preconceito e a falta de informação sejam alinhados ao medo.

3 LINHAS CRÍTICAS SOBRE A NATUREZA DO SER PRECONCEITUOSO

A priori, para entender a natureza do ser preconceituoso, é necessário analisar o que é o preconceito em si, ou seja, o que ele representa para a própria pessoa e as pessoas em sua volta, como também se libertar desse mal.

O preconceito é um juízo pré-concebido, que se manifesta numa atitude discriminatória, perante pessoas, crenças, sentimentos e tendências de comportamento que no caso, são os homossexuais. Isso é fruto de uma personalidade intolerante, porque são geralmente autoritários e acreditam nas normas do respeito máximo à tradição, e são hostis com aqueles que desafiam as regras estabelecidas.

Partindo deste pensamento, doutor Miller se encontra na biblioteca, donde percebe, a poucos instantes, que o doutor Beckett também está ali, do outro lado, em uma outra mesa, pesquisando sobre livros que relatam o preconceito contra o HIV, não tão distante dali, Miller presencia o que é o preconceito e como ele funciona na realidade, atentando-se ao fato, de correlatar com a sua própria natureza discriminante. Ao ver que, Beckett esta debilitado pela sua doença, com aparência diferente, tanto na palidez de sua pele quanto nos seus olhos levemente minguados, constata-se o que aquela doença pode fazer com o ser humano, que nada mais é: o desnutrir aos poucos. Ao perceber, de primeiro instante, o que os seus olhos não podem acreditar, começou a surgir a ideia do que Beckett poderia estar passando em sua vida, ou seja, a doença em si acaba fisicamente por completo com Andrew Beckett, no entanto, a de se provar, que não era só isso, pois além de sofrer fisicamente, surge uma pior, que é sofrer moralmente, ao ser visto como uma ameaça á todos que estão em sua volta, fazendo com que isso, fosse pior do que a sua própria debilitação física. O bibliotecário, ao entregar os livros á Beckett, perguntou, se o mesmo não queria deleitar-se em uma sessão privada, para sua melhor leitura, no entanto, o que doutor Miller viu nos olhos daquele bibliotecário e também, as pessoas que estavam por perto de Beckett, era nada mais e nada menos que, a sua própria imagem, como

se fosse ele exercendo o preconceito que antes tinha feito, em não ter aceitado o caso. A partir deste ponto, entende-se que, quando a pessoa (ser preconceituoso) analisa exteriormente um caso, em que o mesmo não queria que acontecesse com ele, como Miller, por ser um Advogado de respeito e o mais importante, que é acreditar na lei, viu a injustiça que ocorre frequentemente com quem possui HIV ou e também a um homossexual, fazendo com que, imediatamente, deixa-se de lado a sua posição intelectual sobre os homossexuais e a AIDS, indo de encontro a Beckett, em que numa só troca de olhares com o bibliotecário, interrompe uma injustiça que estava para acontecer. É fato que, para um interprete da lei, deve-se buscar a justiça e nada mais que isso, tem que deixar de lado posições ideológicas, filosóficas, religiosas e etc, por que só assim, se instaura a busca pela justiça.

Portanto, a natureza do ser preconceituoso tem que ser analisada exteriormente pelo próprio ser, para que no final, o mesmo interrompa o preconceito que ante tinha exercido sobre algo ou por alguém. No caso seria, o doutor Miller se libertar de algo que não o interessa, necessariamente, que era atender uma pessoa homossexual e portadora do vírus HIV, mas relatar o mais importante, que é a busca da Justiça, resguardando os direitos de Beckett que lhe foram violados.

4 A BUSCA PELA JUSTIÇA: ENFRENTANDO O PRECONCEITO

Com a capacidade postulatória em mãos, doutor Miller entrega a intimação a Charles Wheeler (chefe executivo do escritório onde Andrew trabalhava), acusando-o ele e os seus sócios de dispensa discriminatória, ao cunho que o chefe da firma e os seus dirigentes contestavam á audácia de Beckett em entrar com um processo contra eles, salientando o fato da AIDS não como um preconceito (que é o que eles realmente fazem) mas como uma defesa a sua empresa, com quem se tem aos moldes tradicionais, que na verdade, não passa de homofobia e o desentendimento sobre a natureza da doença, alegando a justa causa por incompetência de Beckett no caso dos papéis 'perdidos' daquele processo. É verídico que, nos dias atuais, em uma sociedade democrática de direito, possua em seu ordenamento jurídico, leis que protejam os trabalhadores, principalmente, aqueles que possuem HIV ou outras doenças crônicas, dos seus empregadores que demitem essas pessoas sem justa causa, como o caso da súmula nº443 do TST (Tribunal Superior do Trabalho), a qual salienta: "Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no

emprego".

Ao analisar veemente sobre a dispensa discriminatória e com maestria realística é revelado na trama do filme, isso ainda tende a ser um problema atual, revelando-se no texto a seguir:

> Para os acometidos por doença crônica, que estão trabalhando, a discriminação por parte do empregador pode acontecer por este pensar que o trabalhador doente tem seu valor diminuído, por acreditar que ele não está doente de fato (comum nas moléstias psiquiátricas) ou, até mesmo, em forma de pressão para que o doente não suporte exercer suas funções e peça desligamento do emprego. (SANTOS, 2012, p. 239)

A discriminação por doenças no ambiente de trabalho é uma realidade, a qual é incompatível com o nosso ordenamento jurídico, que prima justamente pela Dignidade da Pessoa Humana e pelos Valores Sociais do Trabalho (Art. 1º, III e IV da Constituição Federal de 1988). Ressalte-se ainda que alberga a Carta Magna a clara proteção ao trabalho em seu artigo 170 (enquanto alicerce da ordem econômica) e artigo 193 (o primado do trabalho é a base da ordem social).

Viver é um desafio, e para Andrew Beckett, como para muitos homossexuais e portadores do vírus HIV, o mais importante, na luta contra esse preconceito, acaba sendo o apoio da família. Pois é a família, o primeiro núcleo social em que o indivíduo aprende a ser um cidadão, a partir dali, internamente se socializando é que, exteriormente, será o cidadão de hoje e do amanhã. O apoio familiar diante desta situação, para Beckett era primordial, ou seja, numa possível morte social em que ele estava vivenciando, além da própria debilitação física, consequente de sua doença, com todo esse impacto social e midiático que estava para ser em seu caso judicial, conclui-se, positivamente, que a família o apoiava, na busca pelos seus direitos e que era isso que importava. Portanto, o papel que a família possui em casos de preconceito contra a homossexualidade ou pelo seu familiar ser portador do vírus HIV, é de extrema importância, resguardando a dignidade da pessoa humana, visto com grandiloquência no filme.

Ao decorrer do julgamento, doutor Miller executava veemente o seu papel como defensor do Sr. Beckett, ouvindo as testemunhas, alegando os fatos, como também, a parte contrária, apresentava as suas testemunhas e alegava seus fatos, tudo isso na forma da lei. Porém, cenas a serem ressalvadas são as partes em que, doutor Miller, e com todo esse impacto midiático sobre o caso, o cunho de pessoas acharem que o próprio doutor Miller era de fato, um homossexual, fazendo com que o preconceito que ele já tinha sobre os gays, perpetua-se ainda

mais. Por isso, durante o julgamento, este homem é forçado a encarar seus próprios medos e preconceitos.

No entanto, vem a cena mais memorável do filme, onde o doutor Miller tenta treinar os diálogos que serão feitos, no mais tardar, dentro da reta final do julgamento, fazendo com que Andrew, salienta o real significado do filme, e do problema que é o preconceito contra homossexuais e, no seu caso, sobre a dispensa discriminatória por ser portador do HIV, que é: As pessoas temem aquilo que sua consciência não compreende, logo é verídico querer distância de algo que lhe apresenta perigo iminente, alimentando o ódio e raiva por aqueles que abominam o que não é natural, fazendo com que surja deste ponto, o preconceito, e de como isso é um problema grave para o direito das pessoas, pois, ao relacionar a vida interna de um funcionário dentro do trabalho com a vida externa que ele, normalmente vivia, viole um dos maiores princípios, ou seja, da igualdade, pois todos são iguais perante a lei, independente de raça, sexo, etnia, orientação sexual e etc., mostrando com maestria do que é ser um ser humano digno, que nada mais é que amar e respeitar o seu próximo, independente do que ele é ou quer ser, de que os seres humanos foram feitos para amar, fazendo com que esse preconceito, dessa ideia formada antecipadamente e que não tem fundamento sério, se torne, no mais tardar, em um conceito, donde os direitos daqueles que são considerados diferentes diante dos olhos da sociedade, sejam tratados com igualdade e respeitando, principalmente, a dignidade.

CONCLUSÃO

O presente artigo expõe uma analise crítica do filme Filadélfia com o preconceito contra os homossexuais e os portadores do vírus HIV, descrevendo com seriedade a época em que a AIDS ainda era um grande mistério e quando poucos filmes tinham coragem de falar abertamente do assunto. A doença era um verdadeiro tabu e todo tipo de boato circulava entre as pessoas, que não se preocupavam em saber exatamente como o vírus era contraído e quais eram as consequências que ele trazia, algo que o longa ilustra muito bem, especialmente através do personagem Joe Miller, interpretado por Denzel Washington.

Só que “Filadélfia” faz questão de ressaltar que o vírus da AIDS não se restringe aos homossexuais, através de uma personagem que contraiu o vírus numa transfusão de sangue, e que nem todo homossexual é aidético, ao espalhar personagens perfeitamente saudáveis como o próprio Miguel (Antonio Banderas). E mesmo pessoas que ainda têm preconceito podem começar a repensar o assunto, aborda a AIDS com seriedade, mas também fala sobre o

preconceito contra os homossexuais com coragem, ilustrado no personagem de Washington, que muda completamente durante a narrativa, passando a respeitar as pessoas, independente de sua opção sexual. Ele continua heterossexual, obviamente, mas agora respeita quem não tem a mesma opção que ele. Assim como merece respeito este corajoso filme, que ajudou a abrir caminho para discussões relevantes sobre o assunto.

Filadélfia, é um filme importante, que ressalta com grandiloquência, como a AIDS e os homossexuais ainda caminham de mãos dadas, esse preconceito aliado ao medo faz com que as pessoas adquirem intolerância por sua própria ignorância, afetando o núcleo social das minorias, consequentemente, gerando mais desigualdade com essas pessoas. Portanto, é responsabilidade de toda uma sociedade aceitar aqueles que levam um tipo de vida alternativa, dando importância como no filme foi dado, sobre um dos princípios que regem toda sociedade democrática de direito, ou seja, a igualdade, pois todos os indivíduos, independente de raça, cor, etnia, religião, devem ser tratados igualmente, pois assim é visto perante os olhos da lei, tornando uma sociedade mais saudável e em pleno desenvolvimento, a partir dessas políticas publicas, que lhe são favorecidos a cada dia que passa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍSCARO, Roberto Rillo. *A aids e sua epidemia de significações nos Estados Unidos.* ArtCultura, Uberlândia. Revista do Instituto de História da Universidade Federal de Uberlândia, v. 8, N. 12, jan/jun. 2006, p. 195-206.

SANTOS, Denise Oliveira dos. *A Discriminação ao Portador de Doença Crônica no Mercado de Trabalho.*

SIEMONS, Hilda Sabino. *Discriminações aos Portadores do Vírus da Aids*. Revista Dignitas Salutis, N. 13, out/nov. 1993, p. 34.

Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

TREICHLER, Paula. *How to have theory in an epidemic: cultural chronicles of aids.* Durham: Duke University Press, 1999, p. 1.

FILME AS TROMBETAS DE GIDEÃO: O RECONHECIMENTO DO ADVOGADO DO RÉU NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral[38]

Sérgio Tibiriçá do Amaral[39]

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar e analisar a evolução dos Direitos Humanos no plano de um filme que narra uma história real ocorrida nos anos 60 nos Estados Unidos da América do Norte. Trata-se de um marco histórico do devido processo legal e da garantia dos direitos humanos, incluindo a defesa técnica e a presença de um advogado em todos os julgamentos. No filme está um processo, julgamento e cumprimento da sentença, no qual um acusado é levado à presença de um juiz para que seja feita Justiça. E apesar de aquele acusado ser quase analfabeto e nunca ter estado antes num tribunal, não há empecilho na realização do julgamento sem a presença de um advogado de defesa para assisti-lo. Como poderá se defender sem conhecimentos técnicos e jurídicos mínimos. Suas dúvidas serão dirimidas por quem? Essa era a realidade da maior democracia do mundo, a norte-americana até 1963, quando a então Suprema Corte Americana decidiu que em todas as jurisdições penais o acusado tem o direito à defesa técnica. Esse precedente foi o Gideon V. Wainwright, que é narrada no filme e é analisada neste trabalho. A necessidade e o direito de dar ao cidadão uma defesa técnica, como direito é a pedra de toque da narrativa. No devido processo legal, qualquer pessoa tem o direito de ser representado por um advogado, no âmbito do processo penal. Dessa maneira é importante ressaltar a forma crítica com a qual o tema é abordado. Em Especial, quando o condenado busca na Suprema Corte para mudar o precedente e garantia um "fair trial" (julgamento justo), que acabou sendo reconhecido nos Estados Unidos da América do Norte. A defesa técnica também ganhou delineamentos com a ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. Os

[38] Acadêmica do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail:

[39] Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar, Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. Professor do Programa de Pós-Graduação da ITE-Bauru. Docente Titular das disciplinas das disciplinas de Teoria do Estado e Direito Internacional Público e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Coordenador do Grupo de Pesquisa da Toledo Presidente Prudente "Estado e Sociedade". E-mail: sergio@unitoledo.br.

tratados internacionais e as declarações de direitos ratificados pelo Brasil também reconhecem o devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: devido processo legal, trombetas de gideão, defesa técnica, direitos humanos.

ABSTRACT

The movie portrays a real case that took place in the United States of America of a trial that changed the jurisprudence of the Supreme Court improving due process, which now has a technical defense for people who could not afford the hiring of a lawyer. This article proposes a brief reflection on the construction and protection of humans rights at the level of Member States of the Federation, collaborating with the prior defense and bringing equality in the clash of the Judiciary. In particular the changes that have occurred due to this case are important constructions and improvements of due process law.

KEYWORDS : due process, trumbets of Gideon, technical defense, humans rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar e analisar a evolução dos direitos humanos no plano de um filme que narra uma história real ocorrida nos anos 60 nos Estados Unidos da América do Norte. Trata-se de um marco histórico do devido processo legal e da garantia dos direitos humanos, incluindo a defesa técnica e a presença de um advogado em todos os julgamentos para a realização da defesa prévia. No filme está um processo, julgamento e cumprimento da sentença, no qual um acusado é levado à presença de um juiz para que seja feita Justiça, que está no segundo capítulo. E apesar de aquele acusado ser quase-analfabeto e nunca ter estado antes num tribunal, não há empecilho na realização do julgamento sem a presença de um advogado de defesa para assisti-lo, o que causa críticas do réu. Ele questiona como poderia se defender sem conhecimentos técnicos e jurídicos mínimos. Suas dúvidas serão dirimidas por quem? Essa era a realidade da maior democracia do mundo, a norte-americana até 1963, quando a então Suprema Corte Americana decidiu que em todas as jurisdições penais o acusado tem o direito à defesa técnica. Esse precedente foi o narrado no filme. A necessidade

e o direito de dar ao cidadão uma defesa técnica, como direito é a pedra de toque da narrativa. No devido processo legal, que busca Justiça, qualquer pessoa tem o direito de ser representado por um advogado, no âmbito do processo penal. Dessa maneira é importante ressaltar a forma crítica com a qual o tema é abordado, principalmente, quando o condenado busca a Suprema Corte para mudar o precedente e garantir um "fair trial" (julgamento justo), que acabou sendo reconhecido nos Estados Unidos da América do Norte. No Brasil, a defesa técnica também ganhou delineamentos com a ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. Os tratados internacionais e as declarações de direitos ratificados pelo Brasil também reconhecem o devido processo legal. Por outro lado, a jurisprudência criada, com destaque a do Supremo Tribunal Federal, também reforça esse entendimento que surgiu da tese de um encarcerado.

O filme aborda as consequências do julgamento na Suprema Corte dos EUA de Clarence E. Gideon, interpretado no filme por Henry Fonda, numa excelente atuação. Ele personifica um homem pobre de meia idade, de origem simples, com infância e juventude problemática, que busca seus direitos. Esse senhor foi acusado e está preso sob a acusação de haver invadido e furtado alguns e algum dinheiro num bar, em Bay Harbor, interior da Flórida. Pelas leis da Flórida, um acusado ou réu somente teria direito de ser assistido por advogado em casos capitais. Durante o período que cumpria pena, o filme mostra que Gideon estudou as leis e o direito na biblioteca da penitenciária. Ele fez um Habeas Corpus junto à Suprema Corte, que para defendê-lo um advogado conhecido e importante, Abe Fortas, que anos mais tarde tornou-se juiz da Suprema Corte. A tese era que de que, independentemente da gravidade do crime praticado pelo réu e não importando haver qualquer circunstância especial que caracterizasse a incapacidade de o acusado se autodefender, qualquer pessoa tem o direito de ser assistido por advogado perante a Justiça Criminal dos EUA. Isso faria parte do devido processo legal e deveria ser usado tanto no âmbito Federal quanto no âmbito estadual[40].

Estava alterado o precedente e a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, a partir de um inexpressivo crime atribuído a um desconhecido cidadão do interior, que alterou o seu destino e o destino de milhares de outros indivíduos por seu próprio e isolado esforço por meio do estudo das leis e do direito norte-americano.

[40] SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Due proces law, p. 22

1 UM CASO VERÍDICO

O filme aborda um fato verídico ocorrido nos Estados Unidos da América do Norte nos anos 60, no qual Clarence E. Gideon, personificado no filme por Henry Fonda, numa excelente atuação, personifica um homem pobre de meia idade, de origem simples, com infância e juventude problemática. Na realidade, um dos vários casos de condenação que aconteceram naquele período, mas este serviu para a alteração do precedente judicial anterior. Esse senhor foi acusado e está preso sob a acusação de haver invadido e furtado alguns objetos, como garrafas de vinho, maços de cigarros e algum dinheiro do interior de um bar, em Bay Harbor, interior da Flórida.

Uma testemunha depôs na corte da Cidade de Panama, na Flórida, afirmando ter visto Gideon no local do furto. Isso acabou sendo o suficiente para que Gideon fosse condenado a cinco anos de prisão, sem ter contado com a assistência de um advogado. É que, pelas leis da Flórida e de muitos outros estados da federação, um acusado ou réu somente teria direito de ser assistido por advogado em casos capitais, ou seja, quando o crime fosse punido com pena de morte. Os Estados alegavam que não tinham como providenciar defensores para todos os criminosos.

Durante o período que cumpria pena, Gideon estudou as leis e o direito na biblioteca da penitenciária e fez uma petição de Habeas Corpus à Suprema Corte dos EUA, preenchendo um formulário chamado *in forma pauperis*, destinado a pessoas pobres que desejam se dirigir à Suprema Corte para reivindicar direitos. A Corte, por se tratar de um tema bastante recorrente nos precedentes, decidiu, por meio de um *writ of certiorari* (instituto que permite ao tribunal escolher, discricionariamente, quais casos irá apreciar), julgar a petição de Gideon. Para isso, a Corte nomeou para defendê-lo um advogado conhecido e importante, Abe Fortas, que anos mais tarde tornou-se juiz da Suprema Corte.

Na defesa do seu cliente, mesmo sem receber, Fortas fez excelente sustentação oral, demostrando aos ministros que havia chegado o momento da Corte rever sua jurisprudência e alterar seu critério já nesse precedente.

A Corte deveria avaliar caso a caso e verificar se havia alguma circunstância especial que justificasse a necessidade de nomear advogado ao réu pobre nos Estados onde não havia defensoria ou nomeações por parte do poder público.

A tese então inovadora era que de que, independentemente da gravidade do crime praticado pelo réu e não importando haver qualquer circunstância especial que caracterizasse a incapacidade de o acusado se autodefender, qualquer pessoa tem o direito de ser assistido por

advogado perante a Justiça Criminal dos EUA. Isso faria parte do devido processo legal e deveria ser usado tanto no âmbito Federal quanto no âmbito estadual.

Estava alterado o precedente e toda a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, a partir de um inexpressivo crime atribuído a um desconhecido cidadão do interior, que alterou o seu destino e o destino de milhares de outros indivíduos por seu próprio e isolado esforço por meio do estudo das leis e do direito norte-americano.

2 O DIALOGO VIOLADOR DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Há no filme um interessante dialogo entre o juiz local do Estado da Flórida e Gideon, quando foi condenado sem o direito a um advogado, ou seja, violando o princípio do devido processo legal. Segue o diálogo ocorrido no julgamento presente no filme:

Juiz Robert L. McCrary, Júnior: O próximo caso é o caso da queixa formulada pelo Estado da Florida contra Clarence Earl Gideon, acusado. O que diz o Estado da Flórida, está pronto para o julgamento neste caso?

William E. Harris, Assistant State Attorney(Estado da Flórida): O Estado está pronto, Excelência.

Juiz: Que diz o acusado? Está pronto para ser julgado?

Gideon: Eu não estou pronto, Excelência.

Juiz: Por que o senhor diz que não está pronto?

Gideon: Eu não tenho advogado.

Juiz: Por que você não tem advogado? Você não sabia que o julgamento de seu caso estava marcado para hoje?

Gideon: Sim, senhor, eu sabia.

Juiz: Por que, então, você não contratou um advogado e se preparou para ser julgado?

Gideon: Eu não tinha dinheiro. Eu não tinha nenhum direito (e murmura mais alguma coisa inaudível).

Juiz: Aproxime-se, Senhor Gideon, Eu não entendi, não sei o que o senhor disse e o escrevente também não.

Juiz: Agora conte-nos novamente o que o senhor disse, para que possamos entendê-lo, por favor.

Gideon: Excelência, eu disse que eu requeiro à Corte que me nomeie um advogado para representar-me neste julgamento.

Juiz: Sr. Gideon, sinto muito, mas eu não posso nomear um advogado para defendê-lo neste caso.

Perante as leis do Estado da Flórida, a única ocasião em que a Corte deve nomear advogado ao réu é quando essa pessoa está sendo acusada de prática de crime sujeito à pena capital. A ausência do devido processo legal apresenta-se como uma das questões principais do direito, pois constitui, sem sombra de dúvidas, numa das maiores violações dos direitos humanos na busca de se efetivar Justiça. Trata-se de um procedimento que afeta diretamente o núcleo essencial do ser humano, qual seja, o do direito a um julgamento justo. Fica evidenciado um desrespeito inadmissível à dignidade da pessoa humana e à sua liberdade de locomoção.

O italiano Mauro Cappeletti, na sua obra "Acesso à Justiça" afirma que esse direito traz algumas premissas: que "primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".

Dessa forma, uma defesa técnica em matéria criminal terá que ser acessível a todos os réus, a fim de que os resultados sejam individualmente e socialmente justos. A produção de resultados é outro ponto que deve ser observado no caso narrado no filme, pois a pena aplicada pelo juiz local foi desproporcional e a ausência de um advogado acabou agravando a situação de Gideon.

3 SUPREMA CORTE: PRECEDENTE ANTERIOR

Constituição dos Estados Unidos da América do Norte foi promulgada sem uma "carta de direitos", que só introduzida em 1791 (BARROSO, 2014, p. 39). Com a chamada declaração de direitos dos Estados Unidos da América do Norte veio à sexta emenda que: "em todos os processos criminais, o acusado poderá invocar o direito (...) de ter um advogado para sua defesa".

No entanto, Suprema Corte dos EUA influenciada pelo liberalismo (MENDES, 2014, p. 53) e também pela tradição jurídica da common law, seguiu um caminho diferente juridicamente até entender e assegurar a sexta emenda como direito fundamental e, por isso, aplicá-la a todos os estados americanos, para todas as pessoas. Historicamente, o princípio do devido processo legal apareceu em um texto legal na Magna Carta, de 1215, assinada pelo rei inglês João-Sem Terra (HOFFMAN, 2006, p. 324).

O caso inicial sobre o direito de defesa na Suprema Corte dos EUA é de 1932, uma discussão sobre a quarta emenda no caso Powell vs. Alabama. No julgamento, nove afro-norte-

americanos, os Meninos de Scottsboro foram acusados de realizarem um estupro coletivo de duas jovens brancas (Ruby Bates e Victoria Price) (GONZÁLEZ, ano p. 1000). A defesa buscou a mais alta corte alegando que os defensores não tiveram condições de falar com seus clientes antes do julgamento.

A Corte julgou que o direito à assistência e defesa foi um dos "princípios fundamentais de liberdade e justiça que estão na base de todas as nossas instituições civis e políticas" ...

Portanto, a sentença da Corte Suprema anulou o julgamento por uma falha do tribunal de julgamento para dar aos Meninos de Scottsboro e seus advogados, um prazo razoável e oportunidade de garantir o aconselhamento a estrutura de defesa": " aqui estão certos princípios imutáveis de justiça que são inerentes à própria ideia de governo livre, que nenhum membro da União, ou seja, um Estado pode ignorar"[41] (POWELL y ALABAMA, 1964).

Esse julgamento construiu o precedente na cláusula do devido processo legal, que prevista na décima quarta emenda, estabelecendo que a conversa entre o réu e seu representante deve ser assegurada a todos diante de uma possível sentença de morte, seja em tribunal estadual ou federal. No entanto, essa orientação fica restrita aos casos nos quais os réus pudessem ser punidos com a pena de morte.

O caso desses jovens da cidade Scottsboro, Estado sulista do Alabama marcou o início de uma "incorporação" nas constituições Estaduais de direitos a um julgamento justo garantido pela emenda da Constituição norte-americana.

O segundo julgamento da Suprema Corte americana foi Betts Vs. Brady em 1942. Esse caso é bastante semelhante juridicamente ao caso de Gideon, mas ocorreu 20 anos antes. Nesse caso, corte decidiu que: "A Sexta Emenda da Constituição nacional só se aplica a julgamentos em tribunais federais. A cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda não incorpora, como tal, as garantias específicas encontradas na Sexta Emenda, apesar de uma negação por um Estado de direitos ou privilégios (...)". Mais a frente à sentença diz que o devido processo legal é garantido contra a invasão por parte do Governo federal pela Quinta Emenda, e é protegida contra a ação do Estado em palavras idênticas pela XIV.

O dispositivo da sentença deixa claro que na então concepção de Estado liberal que não deveria intervir a defesa como direito não era assegurado nos Estados-membros. No mesmo ano, 1938, a Corte afirmou: "A assistência de um advogado é uma das salvaguardas da Sexta Emenda consideradas necessárias para garantir direitos humanos fundamentais da vida e da liberdade (...). A Sexta Emenda permanece como uma advertência constante de que se perdida

[41] Powell v. Alabama. 287. US 45 (1964).

as salvaguardas constitucionais existentes, a justiça não será feita"[42] (JOHNSON v. ZERBST, 1938).

No mesmo sentido foram outras decisões que seguiram o precedente nos casos Avery vs. Alabama, EUA 308 444 (1940) e Smith vs. O'Grady, 312 EUA 329 (1941) (ÁLVAREZ, p. 1000). Com isso, a nomeação de um advogado não era um direito fundamental essencial para um julgamento justo e não guardava obediência ao devido processo legal. O assunto estava dentro do poder discricionário do Estado-membros. O conceito do devido processo nos crimes que não fossem apenados com a pena capital dentro da interpretação.

4 SUPREMA CORTE E NOVO PRECEDENTE GIDEON V. WAINWRIGHT

No caso Gideon vs. Wanwright narrado no filme houve uma revogação (overruled) do entendimento anterior, ou seja, do caso Betty vs. Bretty, que não exigia a presença de um advogado, como narrado. A mudança na jurisprudência da Suprema Corte deu uma nova intepretação ao devido processo legal norte-americano previsto na sexta e décima quarta emenda em face do pedido de habeas corpus de Gideão.

A Suprema Corte dos EUA passou a entender a amplitude do devido processo legal. Na sentença, a Corte afirmou que o peticionário Gideon conduziu sua própria defesa tão bem quanto se poderia esperar de uma pessoa que é leiga no direito, mas apesar disso ele foi condenado e sentenciado à prisão. Posteriormente, na segunda instância, o filme mostra que ele dirigiu-se ao Tribunal do Estado da Flórida por meio de um habeas corpus, alegando que sua condenação se deu com violação de seus direitos constitucionais de defesa.

A Suprema Corte do Estado da Flórida negou o referido pedido do condenado, alegando o precedente firmado pela Suprema Corte, que tinha efeito vinculante. Depois disso, Gideão impetrou habeas corpus à Suprema Corte dos EUA sustentando que o direito de ter a assistência de um advogado, ou seja, uma defesa técnica é um direito fundamental essencial para um devido processo legal justo, e seu julgamento e condenação sem a assistência de advogados violou a Décima Quarta Emenda.

No julgamento do caso Gideon, inicialmente o juiz e, depois a Corte da Flórida levaram em conta que o precedente Betts v. Brady, de 1942. O questionamento constitucional de os réus terem um advogado em um tribunal estadual era um precedente antigo e vinculante,

[42] Johnson v. Zerbst, 304 EUA 458, 462 (1938).

embora sempre questionado. Aliás era recorrente o questionamento de mudança, pois estava pacificado a não necessidade de um advogado. No entanto, muitos Estados da Federação contratavam advogado para as pessoas que não pudessem pagar, pois o precedente anterior era vinculante, mas deixava os Estados desobrigados, permitindo que por autonomia prevista na Constituição, alguns pudesse oferecer um defensor.

Mas, Gideon questionou que para fazer Justiça esse precedente deveria ser modificado. Como Gideon, Betts buscou a liberdade por meio de um habeas corpus, sob alegação de um julgamento irregular, pois a ele tinha sido negado o direito à assistência de advogado, ou seja, uma violação da décima quarta emenda. No caso de Betts, a Corte interpretou o devido processo legal de forma diferente. Disse na sentença que a recusa de nomear um advogado a um réu acusado de um crime não necessariamente violaria a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda, mas que isso deveria ser provado no caso concreto e haveria diferença entre os julgamentos nos Estados e nas cortes e juízes federais. A decisão: "A negação(do devido processo legal) deve ser atestada por uma avaliação da totalidade dos fatos em um determinado caso. Aquilo que pode, em um cenário, constituir uma negação de justiça fundamental, chocante para o sentido universal da justiça, pode, em outras circunstâncias, e à luz de outras considerações, ficar aquém da recusa" (BETTS v. BRADY, 1942).

No caso Betts um dos importantes argumentos utilizados no habeas corpus foi de que os tribunais federais já garantiam o direito à defesa técnica das pessoas carentes, bem como alguns Estados ofereciam esse serviço de forma institucional por conta da sexta emenda. Por isso, entendiam os advogados dos dois casos que esse direito deveria ser estendido aos tribunais estaduais em face da existência da décima quarta emenda constitucional. Todavia, a Corte, com base em dados históricos, concluiu que "nomeação de um advogado não é um direito fundamental, essencial para um julgamento justo" (BETTS v. BRADY, 1942).

Foi por esta argumentação jurídica que a Corte Suprema dos EUA, inicialmente, se recusou a aceitar a tese de mudança de precedente, a fim de estender a interpretação da Sexta Emenda, assegurando a todos os réus o direito ao advogado, que já existia para os réus federais. O efeito seria estendido para os acusados nos processos dos tribunais estaduais que ainda não forneciam uma defesa técnica.

Entretanto, a Corte Suprema na apreciação do caso Gideon diverge do seu posicionamento anterior (Betts) entendendo que o processo tem a finalidade de levar ao Judiciário as pretensões das partes.

A Corte usou como argumento para explicar que o tribunal já tinha reconhecido o caráter fundamental do direito a defesa técnica em outros julgados, como em Powell v.

Alabama, EUA 45 287 (1932), pois neste precedente os magistrados afirmaram que a Décima Quarta Emenda "abraçou" aqueles "princípios fundamentais de liberdade e justiça que estão na base de todas as nossas instituições civis e políticas", apesar de terem sido" tratadas especificamente na parte do governo federal" (POWELL V. ALABAMA, 1964).

O caso Gideon serviu para afirmar que a Suprema Corte refutasse o precedente anterior, para afirmar que o direito ao advogado é sim um direito fundamental e deveria ser acatado por juízes e tribunais estaduais. No dispositivo da sentença, a Corte faz uma apreciação dos outros precedentes sobre o tema e nos quais afirmava que já se tinha decidido pela fundamentabilidade do direito de defesa técnica dez anos antes Betts v. Brady, no caso Powell v. Alabama "o direito à ajuda de conselho é deste caráter fundamental.".

No entanto, a Corte Suprema dos EUA no final da decisão de Powell tenha limitado a sua aplicação para os fatos e as circunstâncias específicas do caso, suas conclusões sobre a natureza fundamental do direito a um advogado são inconfundíveis. Vários anos depois, a Corte voltou a enfatizar a natureza fundamental do direito a um advogado:

"Concluímos que certos direitos fundamentais, (...), também foram protegidos contra a ação do Estado pelo devido processo de legal previsto na Décima Quarta Emenda, e entre eles o direito fundamental do acusado à ajuda de um advogado em um processo criminal."

A Corte afirmou que não só esses precedentes manifestados, mas também a razão e a reflexão obrigam aos ministros a reconhecer que em no sistema adversário de justiça criminal, qualquer pessoa levada ao tribunal, que é pobre demais para contratar um advogado, não pode ter assegurado um julgamento justo, a menos que tenha aconselhamento jurídico. Isto nos parece ser uma busca de Justiça no devido processo legal, com ampla defesa. Governos, municipal, estadual e federal, gastam grandes quantias de dinheiro para estabelecer um mecanismo para acusação de crimes. Nada mais equilibrado e justo que os pobres tenham um advogado pago pelo Estado.

Os advogados tanto para processar e acusar estão em toda parte considerada essencial para proteger o interesse do público em uma sociedade ordenada. Da mesma forma, existem alguns réus acusados de crime, poucos de fato, que não conseguem contratar advogados que podem preparar e apresentar suas defesas. A Corte afirmou que há os mais fortes indícios da crença generalizada de que os advogados em tribunais criminais são necessidades, e não luxos.

A necessidade de um advogado nas palavras dos ministros está tanto na ausência de habilidade e conhecimento por parte do acusado para preparar a sua defesa, quanto na mão orientadora de conselhos, a cada passo no processo criminal, do advogado. Sem o advogado, embora o acusado não seja culpado, ele enfrenta o perigo de condenação, porque ele não sabe

como estabelecer sua inocência.

No caso Gideon somente a Flórida, apoiado por dois outros Estados, pediu que Betts v. Brady fosse mantida intacta e outros vinte e dois Estados norte-americanos, como “amigos da corte”, argumentam que Betts era "um anacronismo quando proferida" e que deveria ser anulada.

Desse modo, a Corte revogou o precedente Betts v. Brady e criou um novo entendimento conhecido como GIDEON V. WAINWRIGHT, revertendo a decisão do Tribunal da Flórida para o caso de Gideon e para as novas ações – efeito erga omnes.

O caso foi extremamente importante para a formação de uma defesa prévia e a efetivação de um devido processo legal. O caso de Gideon foi para muitos outros acusados que tiveram tolhido seu direito à defesa técnica, um benefício e garantiu novos julgamentos, além de mudanças nos procedimentos envolvendo os casos novos.

A partir de então, todos os julgamentos penais realizados no território norte-americano passaram a garantir a assistência judiciária, por intermédio de um advogado, o eu inclusive deve ser avisado ao acusado durante a prisão. Todo cidadão norte-americano nos procedimentos criminais deve contar com um representante para configurar uma defesa técnica dentro de um processo justo.

CONCLUSÕES

Mais importante do que fundamentar os direitos humanos é efetivamente protegê-los, ou seja, que o direito escrito ganhe eficácia jurídica e social. Devemos proporcionar todos os meios para que sejam assegurados os dispositivos previstos na Lei Maior. As garantias fundamentais de todos os seres humanos muitas vezes não se efetivam, como narra o filme em comento. Este é o desafio, que o personagem mesmo com pouco ou nenhum conhecimento vai buscar por meio de sua petição junto à Suprema Corte. Os ministros acabam por reconhecer que a presença de um advogado ou defensores públicos durante o processo criminal é vital para a democracia. As finalidades, segundo o julgamento relatado na obra cinematográfica são a de garantir a aplicação da lei, o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa. O tribunal entende que para a administração da Justiça e, principalmente, para assegurar um julgamento igualitário e justo, o réu precisa de uma assistência técnica. Só há Justiça num processo criminal onde exista o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e presença de um magistrado, que não precisará intervir para suprir à deficiência de uma das partes.

O direito de defesa técnica na tradição jurídica brasileira possui natureza de direito fundamental individual, portanto, parte do núcleo imodificável, seguindo o que foi decidido na América do Norte. Ao mesmo tempo é um direito coletivo e indisponível, conforme a Constituição brasileira e entendimento dos magistrados que estabeleceram o precedente no caso de Gideon.

O caráter individual está consubstanciado na necessidade de se assegurar ao réu um advogado para exercer a sua ampla defesa de maneira técnica, por intermédio de um profissional que possa trabalhar no contraditório e no levantamento de provas e fatos.

O caráter de direito coletivo, por sua vez, está na necessidade da presença de um defensor, que no caso precisa aprovação num exame profissional para compor a categoria. Esse advogado faz parte de um devido processo legal, que busca Justiça. Isso faz parte da tradição jurídica romano-germânica, mas também dentro do modelo existente nas 13 colônias e depois nos Estados Unidos da América do Norte. As democracias exigem que mesmo com a aplicação do precedente no caso seguinte, o advogado possa buscar a mudança conforme o caso concreto. A indisponibilidade de uma defesa técnica pacificada pela jurisprudência desde então é também respeitada no Brasil, pelo do Supremo Tribunal Federal e também na doutrina examinada.

Ressalte-se que uma igualdade de armas no processo criminal não existiria sem a presença de uma defesa técnica, pois o Advogado e o Defensor Público são essenciais para garantir os direitos fundamentais individuais previstos no texto constitucional norte-americano e também das democracias.

Além disso, o caso demonstrado no file mostra que o caso de Gideon é exemplar para estabelecer Justiça. A narrativa busca demonstrar que a Corte Suprema americana afirmou a fundamentabilidade de tal direito frente a um sistema adversarial, baseado na negativa de alguns Estados-membros gastarem dinheiro para defender pessoas que cometessem delitos dentro de uma ótica liberal. Mas, graças a um novo julgamento ordenado pela Suprema Corte, o acusado foi absolvido pelo júri, pois nesse outra oportunidade houve a efetiva defesa técnica de Gideon.

A defesa técnica no Brasil é assegurada pela Constituição de 1988, pelas leis nacionais infraconstitucionais e também por meio dos tratados internacionais de direitos humanos. Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais nacionais também aborda a questão da presença do advogado como um direito individual do acusado. Já a doutrina analisada, conforme o verificado, também vai ao encontro do julgamento do caso, ressaltando que a Justiça se faz dentro de uma igualdade processual.

Ficou claro, que o direito de defesa técnica possui dupla natureza jurídica, uma de direito fundamental individual para todos os que se submeterem ao processo criminal. Já a outra

natureza é de um direito coletivo na busca de um julgamento justo, que faz Justiça, no qual a ampla defesa e o contraditório sejam exercidos efetivamente para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Essa dupla natureza apresenta a característica de se complementar, ou seja, não existe um conflito entre as duas naturezas, o que fica claro na decisão da Corte dos EUA. Ao contrário, um eventual confronto entre elas será apenas aparente, devendo ser de pronto afastado. Isso porque uma eventual desinteligência entre defendido e defensor permite que o acusado mude e contrate ou requeira outro patrono para sua causa. No caso de um erro ou uma desídia deste permite que o julgador nomeie outro advogado ou defensor público, como no caso dos juris quando o réu é declarado indefeso. O juiz caso entenda que acha deficiência na defesa técnica ou a pedido do réu pode alterar o patrono da causa.

O Poder Judiciário é responsável não somente para constatar a presença de um advogado ou defensor, mas analisar se a defesa técnica que está prevista é mesmo realizada. Avança ainda mais o devido processo legal, pois a defesa precisa ser efetiva e está condizente com os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Caso não se verifique uma efetiva defesa técnica e competente, o Estado juiz pode anular o processo e indicar um novo defensor. Infelizmente, essa discussão ainda não foi objeto de análise pelo STF e raramente ocorre nos tribunais ordinários.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional- Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo,* 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BATISTA. Keila Rodrigues. *Acesso à Justia – Instrumentos viabilizadores*, São Paulo. Letras Jurídicas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editora, 1988.

CARDOSO, Luciana Zaffalon. *Uma Fenda na Justiça – A Defensoria Pública e a Construção de Inovações Democráticas.* São Paulo. Edit. Hicitec, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. São Paulo. Atlas, 2002.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Filmografia – As Trombetas de Gideão. Disponível em: http://www.metajus.com.br/cinema-juridico/cinema_juridico3.html* Acesso em: 02 jun. 2011.

DIAS. Marina. *O acesso do preso à justiça*. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 19, n. 226, p. 14-15, set., 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2006.

GONZÁLEZ, José Julian Álvarez. *Derecho Constitucional de Puerto Rico y relaciones constitucionales com los Estados Unidos*.

HOFFMAN, Paulo. *Princípios Processuais Civis na Constituição*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

LIMA. Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal. Vol. I.* Niteroi. Impetus. 2011.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal. 17*. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOARES, Carlos Henrique. *O Advogado e o Processo Constitucional*. Belo Horizonte. Ed. Decálogo. 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal. Due proces law*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Acesso à Justiça – uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*, Birigui: Boreal, 2012.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, *A convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000.

SOUZA, Fabio Luís de Mariani. *A Defensoria Pública e o acesso à Justiça Penal*. Nuria Fabris. São Paulo. 2008.

TROMBETAS de Gideão, As. (Gideon's trumpet). Direção: Robert E. Collins. Produtores: David W. Rintels. Elenco: Henry Fonda (Clarence Earl Gideon). Richard McKenzie (Judge

Robert McCrary). Lane Smith (Fred Turner). William (I) Prince (5th Supreme Court Justice). Nicholas Pryor (Jacob). Dean Jagger (Sixth Supreme Court Justice). Sam Jaffe (1st Supreme Court Justice). Fay Wray (Edna Curtis). John Houseman (Chief Justice / Offscreen Narrator). José Ferrer (Abe Fortas). Dolph Sweet (Charlie). Ford Rainey (2nd Supreme Court Justice). David Sheiner (Abe Krash). J. Patrick McNamara (Harris). Les Lannom (Bobby Earle) Ano: 1980. Duração: 190 min. Nacionalidade: Estados Unidos.

VICTOR MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid: Civitas, 1982.

O PARADOXO ENTRE A GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PRIVACIDADE NA MODERNIDADE: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO FILME "MINORITY REPORT – UMA NOVA ERA"

Matheus Arcangelo Fedato[43]

Tayana Roberta Muniz Caldonazzo[44]

RESUMO

O presente trabalho aborda o paradoxo existente entre o princípio da privacidade e do princípio da segurança pública, bem como a utilização do princípio da proporcionalidade como meio para alcançar-se uma resposta mais adequada ao caso concreto. Dentro da problemática apresentada observa-se que com o advento da internet, o direito à privacidade vem enfrentando desafios para ser preservado, sendo um deles a segurança pública, que pode limitá-lo em prol da coletividade. Ambos os princípios são analisados, bem como suas relações com a modernidade, ainda estuda-se o princípio da proporcionalidade, que deve ser utilizado juntamente com a análise da realidade fática proposta. Objetiva-se, mediante este artigo, encontrar uma solução justa para resolver o caso dos princípios colidentes, que pode ser encontrada por meio das máximas da adequação, da necessidade e do sopesamento, de modo a não permitir tanto ingerências arbitrárias à esfera individual do cidadão, bem como garantir a segurança pública. Além disso, um espaço determinado do presente trabalho será reservado para tratar da análise do filme "Minority Report – A nova lei", o qual retrata o Estado violando a privacidade em prol da segurança pública por meio de criaturas mágicas que preveem a ocorrência de um crime. Ademais, em nossa realidade, o instrumento capaz de efetuar a referida prevenção seria por meio de interceptação informática/telemática, desde que feita de maneira proporcional e razoável. Para atingir o objetivo do estudo, foi utilizado o método dialético e hipotético – dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos.

Palavras-chave: Privacidade; Segurança pública; Conflito de Normas; Proporcionalidade;

[43] Graduando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
[44] Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Modernidade.

ABSTRACT

This paper discusses the conflict between norms, namely the principle of privacy and the principle of public safety as well as the use of the proportionality principle for the resolution of such a collision. Inside the issue presented is observed that with the advent of internet, the right to privacy has been facing challenges to be preserved, but the main one is public safety, which may limit one in supporting the community. Both principles are analyzed, as well as their relationship to modernity, still studying the principle of proportionality, which must be used together with the analysis of the case. It's also done a study on how foreign law handles this issue. The purpose is, through this article, find a fair solution to solve the case of colliding principles, which can be found through the maxims of suitability, necessity and poisenement. Moreover, a certain space of this work will be set aside to deal with the screening of the film "Minority Report - The new law, which portrays the state in violation of privacy for the sake of public safety through magical creatures that predict the occurrence of a crime. Moreover, in our reality, the instrument capable of performing the said prevention would be through computer interception / telematics since made proportionally and reasonable. To achieve the objective of the study, the dialectical method was used and hypothetical - deductive, and means of documentary, electronic and bibliographic research.

Keywords: Privacy; Public safety; Conflict of Norms; Proportionality; Modernity.

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto tem como enfoque a análise da sociedade moderna, mais precisamente do paradoxo entre segurança e privacidade, que é fortemente influenciado pela globalização e o atual estágio das novas tecnologias. Recentemente, muito foi tratado sobre a invasão da privacidade dos usuários na internet, ocorrido em grande parte por meio do Estado, o qual deu como resposta à necessidade de tal ato a ampliação da segurança dos cidadãos.

Estudar-se-á também, ainda que brevemente, o conflito de normas, com base na doutrina de Alexy, e sua ramificação em princípios e regras, além da abordagem da lei da colisão. Ainda será tratado o princípio da proporcionalidade, com a finalidade de se possibilitar

a descoberto de qual direito deve prevalecer na problemática abordada, sempre buscando resposta nos casos concretos.

Nesta linha de raciocínio, o objetivo posto em foco será a avaliação da modernidade digital, com o dilema entre segurança e privacidade e seu sopesamento perante o princípio da proporcionalidade e a lei da colisão, com a finalidade de apontar uma solução para o caso, qual seja a prevalência de uma ou outra norma fundamental.

Além disso, será analisado a relação de conflito entre privacidade e segurança no filme "Minority Report – A Nova Lei", sendo o mesmo uma ficção científica que trata a respeito de um futuro em que se pode antever o acontecimento de um delito, e aprisionar o indivíduo antes que o crime se efetue.

Para tanto, são utilizadas criaturas mágicas que podem antecipar o cenário de um crime, de modo que as autoridades policiais consigam impedir o acontecimento do delito. Tal situação se mostra eficaz, pois observa-se a decadência do número de crimes na sociedade.

Tendo em vista a realidade em que vivemos, é possível utilizar como instrumento de antecipação de crimes a interceptação telemática/informática, por meio da qual há a prevenção e combate de delitos. Verifica-se, para tanto, a invasão do Estado na privacidade dos indivíduos em prol de sua segurança, situação esta que, no decorrer do presente trabalho, será melhor explicitada.

Para atingir o objetivo do estudo, foi utilizado o método hipotético – dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos, jurisprudências, sites e leituras complementares.

1 DA PRIVACIDADE NA MODERNIDADE

O direito à privacidade está protegido pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso X, o qual dispõe que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

José Afonso da Silva entende que a Constituição estabelece esses direitos como sendo direitos individuais, sem, todavia, que constassem dessa forma no *caput* do artigo. (SILVA, 2015, p. 208) De fato, os direitos previstos no artigo 5° da Constituição Federal, além de outros espalhados explícita ou implicitamente na Carta Maior, são vistos como direitos fundamentais,

sendo alguns, como o direito ora em estudo, classificados no ramo de individuais, ligados diretamente à dignidade da pessoa humana.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos, o direito à privacidade pode ser definido como:

> A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (BASTOS, 1999, p.55-56)

Além disso, outros autores trazem seu conceito do significado da privacidade. Exemplo disso, é o que José Sarpa aponta a seguir:

> Um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primacialmente dentro do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malevo alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares. (SANTA MARIA, 1987, p. 55)

Assim, depreende-se que cabe ao indivíduo determinar o que ele quer que seja preservado ou disseminado. De modo que, se ocorrer desrespeito à imagem sem o consentimento, deverá existir a reparação dos danos materiais ou morais causados. Além disso, é válido frisar que o respeito a essa garantida constitucional deve ser observada tanto pelo Estado quanto pelos particulares em face aos seus semelhantes.

A Constituição de 1988 propõe que a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas são direitos diversos uns dos outros, embora de difícil distinção. Diante disso, José Afonso da Silva ressalta que se usa a expressão “direito à privacidade” de maneira genérica, abarcando todos esses valores. (2015, p. 208)

O direito à privacidade é tido como uma importantíssima garantia fundamental colocada pela Constituição de 1988, uma vez que, o uso da rede mundial de computadores tem se intensificado, propiciando uma maior facilidade no acesso a dados pessoais de terceiros e, por conseguinte, elevando o índice de crimes relacionados à invasão de privacidade, o que suscita a necessidade de uma efetiva presença, não só da Lei Maior, como também do ordenamento jurídico como um todo, na eliminação destes ilícitos.

Observa-se que não se exige mais a presencialidade nos dias atuais para a comunicação, pois a mesma pode ser realizada por meio de smartphones e demais aparelhos que simplificaram a ocorrência do contato humano. Na visão sociólogo polonês Zygmunt

Bauman, “ser moderno passou a significar, como significa hoje em dia, ser incapaz de parar e ainda menos de ficar parado. Movemo-nos e continuaremos a nos mover [...] por causa da impossibilidade de atingir a satisfação”. (BAUMAN, 2001, p. 37)

É importante notar que no momento da criação da Constituição de 1988, o advento da internet e suas transformações ainda não haviam ocorrido da maneira como se encontra hoje, e sendo assim, observa-se atualmente que o Direito, por meio de suas variadas leis, esforça-se para acompanhar o desenvolvimento das situações que ocorrem. Tal atuação é importante, uma vez que a sociedade sem o devido acompanhamento do Direito se encontraria de maneira anárquica, como aduz Nader,

> A sociedade sem o direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida. (2007, p. 25)

O ser humano, como se observa, utiliza-se do direito com o fim de obter o equilíbrio e a paz social, e o conflito decorrente das diversas situações que ocorrem no caso concreto acabam por romper esse equilíbrio visado. Diante disso,

> O conflito gera o litígio e este, por sua vez, quebra o equilíbrio e a paz social. A sociedade não tolera o estado litigioso porque necessita de ordem, tranquilidade, equilíbrio em suas relações. Por isso, tudo faz para evitar ou prevenir o conflito, e aí está a primeira e principal função social do Direito - prevenir conflitos: evitar, tanto quanto possível, a colisão de interesses. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 15)

Ainda, vale frisar, a respeito da necessidade de adequação do Direito às novas tecnologias, que

> [...] é importante compreender todo o mecanismo de funcionamento das novas tecnologias de comunicação, entre elas a internet, bem como sua evolução num cenário de convergência, uma vez que o Direito é resultado do conjunto comportamento e linguagem. Só com essa compreensão é que podemos fazer leis, aplicá-las e dar soluções ao caso concreto. (PINHEIRO, 2013, p. 65)

Além disso, segundo José Afonso da Silva “o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada.” (2015, p. 212)

Como retrato do acompanhamento do Direito aos assuntos modernos, pode-se citar a criação da Lei Carolina Dieckmann e do Marco Civil da Internet. Ambas as leis foram criadas visando a defesa dos cidadãos que se utilizam da internet, tendo em vista sua hipossuficiência

frente a governos, bem como crackers, além de usuários com intenções negativas.

Sobre a primeira, traça-se um breve histórico a respeito. Tal lei foi criada em decorrência da chantagem que a atriz Carolina Dieckmann sofreu de indivíduos que lograram êxito em invadir seu computador, com a finalidade de expor fotos íntimas nas redes sociais. Com a grande repercussão do fato, tendo em vista a importância de gerenciar situações como estas, as quais estavam se tornando comum, a Lei 12.737/2012 foi criada.

Como consequência, alterações foram feitas inclusive no Código Penal Brasileiro, de maneira que os artigos 154-A e 154-B foram adicionados, como segue:

> Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.
> **Art. 154**-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime e cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionarias de serviços públicos.

Existe também a previsão nos parágrafos 4° e 5° da referida Lei 12.737/12, a respeito do aumento de pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos, além de ser aumentada de um terço à metade se o crime for praticado contra Chefes do Executivo, Presidente do STF, Chefes do Legislativo e dirigentes máximos da administração pública. Observa-se então que a referida lei objetiva criar uma tipificação criminal de delitos informáticos, além de proferir outras providências, conforme dispõe em seu artigo primeiro.

Além disso, também no campo de adaptações do Direito Brasileiro às transformações da modernidade, encontra-se o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/14. O mesmo visa dispor a respeito de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet.

Ressalta-se na referida Lei 12.965/14, no que tange à proteção da privacidade dos usuários da internet, os artigos 10 e 11.

> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.
>
> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e

> tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

O décimo artigo da lei ora em estudo aduz que um provedor não pode violar o direito à intimidade e à vida privada de seus usuários. Dessa forma, não é permitido que haja a divulgação dos dados dos mesmos. Os provedores somente podem ter guarda do chamado "registro de conexão", o qual, segundo o artigo 13 da referida Lei, é o "conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados".

Assim, podem guardar o IP, a duração da conexão e os dados referentes ao momento em que a conexão ocorreu. Outrossim, uma vez que a manutenção da privacidade é um direito individual e fundamental, existem as devidas sanções para aqueles que a violam, bem como indenizações cabíveis para os que foram violados. Dessa forma, podemos citar um caso concreto em que há o encontro entre direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão e a privacidade.

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇAO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇAO – AFASTADA. LIBERDADE DE PENSAMENTO E EXPRESSAO. VIOLAÇAO DO DIREITO À PRIVACIDADE.. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇAO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.
> (TJ-PI - AC: 200800010041300 PI, Relator: Des. José James Gomes Pereira, Data de Julgamento: 04/05/2010,2a. Câmara Especializada Cível)

Dessa forma, entende-se que, por meio do princípio da proporcionalidade, um direito encontra limite no outro, sem que, contudo, exista uma hierarquia entre os mesmos, uma vez que no caso analisado, são direitos com objetivos opostos: a liberdade de expressar-se a respeito de determinados fatos pode invadir e violar diretamente a privacidade de um determinado indivíduo.

Observa-se nos casos concretos outras violações da privacidade, como aquelas feitas pelo próprio Estado, com a finalidade de garantir a segurança dos indivíduos. Novamente, tem-se um confronto entre direitos fundamentais: de um lado, preza-se a pela manutenção da esfera privada de um indivíduo, e de outro, pela segurança das demais pessoas.

Para resolver tal conflito, o uso do princípio da proporcionalidade é fundamental, pois através do mesmo, pode-se chegar à perfeita medida, qual seja, é razoável que determinado indivíduo tenha sua esfera privada invadida, desde que haja uma justificativa contundente.

Ou seja, teoricamente, se o Estado violar a privacidade dos indivíduos em prol da segurança pública, utilizando-se para tanto do princípio da proporcionalidade, não restará configurado abuso de poder. Observa-se nessa situação uma flexibilização do direito à privacidade em prol de outros benefícios, pois utiliza-se de razoabilidade.

Um problema atual, que é a invasão da privacidade por parte do Estado, está também trabalhado ao longo do texto, sendo mencionados seus meios para tal ação e a justificativa de provimento de segurança à população, o que suscita uma dúvida no que tange à flexibilização do direito à privacidade em prol de outros benefícios.

Importante dizer aqui que com o atual estágio do Estado Democrático de Direito, violações gratuitas aos direitos fundamentais jamais devem ser toleradas. O advento da nova ordem constitucional propôs a saída de um período de afronta às garantias individuais para um moderno e protetor estágio de democracia.

Sendo assim, não se pode admitir que por falsas premissas elucidadas por quem detenha o poder venham a destruir as sólidas bases humanistas já consolidadas com tanta luta. O que se pretende esclarecer é que a violação da privacidade por parte do Estado deve ser medida excepcional e feita de maneira racional e seguindo determinados procedimentos, como o princípio da proporcionalidade.

A respeito do tema, observa-se no âmbito internacional, já nos anos 50, o oitavo artigo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

> Art. 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. (ROMA, 1950 *online*)

Outro exemplo é o artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1969,

> Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade.
> §1º - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
> §2º - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. (COSTA RICA, 1969, *online*)

A imensa evolução tecnológica resultou em uma nova era para a humanidade, a era da informação. E é dever do Direito estar atualizado quanto as transformações produzidas na sociedade. Pois, "já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças". (SARMENTO, 2006, p.140) Contudo, proteger o indivíduo da invasão de privacidade ou proteger a sociedade de um indivíduo potencialmente perigoso?

2 DA SEGURANÇA NA MODERNIDADE

A segurança pública, de acordo com o Dicionário de Português Priberam, é "o conjunto das ações e dos recursos utilizados para proteger algo ou alguém". É garantida pelo artigo 144 da Constituição de 1988, que assim preceitua: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio".

Depreende-se do exposto que, é incumbido ao Estado o dever de proteger a integridade dos cidadãos, bem como a manutenção da ordem pública, e o faz por meio do seu poder de polícia, o qual é conceituado, de acordo com o artigo 78 do Código Tributário Nacional como

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

Observa-se assim que o poder de polícia deverá ser exercido pela Administração contra tudo o que possa colocar em risco a segurança os interesses da coletividade, protegendo-a. Contudo, para que tal proteção seja efetiva, colocam-se em tensão dois lados opostos, quais sejam: o de o Estado garantir a segurança e o de o Estado garantir as liberdades individuais.

Observa-se então a colisão entre princípios, que limitam um ao outro. Guido Zanobini citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que "a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado". (DI PIETRO, 2000, p.92)

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais não devem ser compreendidos "em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que

exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais" (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2012, p. 160).

Assim, entende-se que deve "admitir exceções à regra constitucional quando, no caso, outro valor fundamental mereça ser proteger, valor, por si, mais relevante do que o do bem atingido com a obtenção da prova" (FERNANDES, 2012, p. 92-93).

Como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello "o poder de polícia corresponde à atividade estatal que não almeja outra coisa senão a abstenção dos particulares". (DE MELLO, 2009, p.823) Ainda, segundo explana Maria Di Pietro "o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados". (DI PIETRO, 2000, p. 92, *grifo nosso*)

A mesma autora acrescenta que "a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa". (DI PIETRO, 2015, p. 163) Mas será que é constitucional limitar um direito fundamental? O que deve valer mais, a segurança ou a liberdade individual?

Sobre esse tema, importante questão filosófica pode ser levantada. De acordo com a teoria de Jeremy Bentham, a coletividade tem maior peso do que um único indivíduo. Assim, se existe receio de que uma pessoa é um terrorista, é permitido que se viole sua privacidade em prol de um bem maior, tendo em vista proteger uma coletividade. O filósofo é o criador do utilitarismo, e explica, a respeito:

> Por princípio de utilidade entende-se o princípio que aprova ou desaprova qualquer ação que seja. De acordo com essa tendência, é necessário aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão. Em outras palavras, é a mesma coisa que promover ou opor-se a essa felicidade. Eu digo de qualquer ação que seja, e, portanto, não só de cada ação de um particular, mas de todas as medidas do governo[45]. (BENTHAM, Jeremy. 2001, p. 14)

Beccaria ressalta também a importância de se prevenir um crime antes que o mesmo ocorra. O autor concede relevo para a prevenção de um dano, e não para a reparação do mesmo.

> É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e

[45] Tradução Nossa: "By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever. according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government".

> preservá-los de todos os sofrimentos que se lhe possam causar, segundo o cálculo de bens e males desta vida. (1997, p. 98)

Outrossim, um meio viável de se prevenir de maneira eficaz a criminalidade é por meio da interceptação das comunicações. A respeito do tema, é importante ressaltar alguns aspectos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5°, inciso XII, prevê:

> 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:
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Há, portanto, a ressalva de que uma ordem judicial que se enquadre nas hipóteses que a lei estabelecer poderá quebrar o sigilo assegurado. Portanto, depreende-se a necessidade da criação de uma lei para regular como ocorrerão as interceptações das comunicações.

A referida Lei, qual seja, 9296/96, foi elaborada após longos anos de espera, pois em 1989 houve um projeto de lei chamado Miro Teixeira, de número 3.514/89, o qual foi aprovado pela Câmara dos Deputados e arquivado pelo Senado Federal. Tal projeto visava regulamentar as possibilidades da realização de escutas telefônicas.

Ademais, a expressão "interceptação telefônica" deve ser compreendida como "o ato de captar a comunicação alheia, tomando conhecimento de seu conteúdo" (LIMA, 2015, p. 138). Abordando à questão suscitada no presente trabalho, entende-se que a segurança poderá, em tese, prevalecer sobre o princípio da privacidade, de forma que o Estado adentre na esfera individual dos indivíduos procurando efetivar a segurança dos mesmos. Ademais, a prevenção da criminalidade pode ser efetivada por meio da interceptação telemática e informática, desde que baseada no princípio da proporcionalidade, utilizando-o como pilar de ponderação, o qual será melhor explicitado adiante.

3 DA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Fazendo-se uma análise acerca das origens do princípio, Fernandes observa que foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, tendo sido influenciado por pensamentos jusnaturalistas e iluministas, segundo os quais somente é permitido que ocorra a limitação da

liberdade individual se for em prol de interesses coletivos superiores. Além disso, tal como ocorre no Direito Administrativo, só é legitimado o exercício do poder de polícia se o mesmo não restringir demasiadamente os direitos individuais. (2012, p. 58)

Quando da ocorrência do choque entre direitos fundamentais deve-se ter em mente que toda norma constitucional possui eficácia e que entre elas não há relação de precedência absoluta. Portanto, para que uma resposta seja alcançada é necessária a análise do caso concreto juntamente com a razoabilidade, pois apenas assim será possível chegar as coordenadas corretas para um julgamento justo. "[...] sempre que essas garantias, da mesma estatura constitucional, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade" (BRASIL, Tribunal de Justiça – PI. *Apelação Cível 200900010031668*, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 23/02/2011, 3a. Câmara Especializada Cível)

O princípio da proporcionalidade ganha espaço no Estado de Direito, uma vez que a ordem constitucional atual procura proteger as garantias fundamentais. Dessa forma, só é aceitável uma intervenção estatal em direito alheio se tal interferência for realmente necessária, na justa medida e de maneira adequada. Portanto, entende-se que se não houver um efetivo benefício para a coletividade, não se justifica a restrição de uma liberdade individual.

Ressalta-se no ordenamento jurídico algumas situações que o princípio ora em estudo é utilizado. Exemplo disso é o que se afere na Constituição Federal, em seu artigo 5°, XLVI, o qual, quando fala a respeito da individualização das penas, promove conjuntamente uma aplicação proporcional das mesmas, possibilitando assim uma punição na exata medida, respeitando dessa forma a dignidade da pessoa humana, bem como o caráter restaurador de uma pena.

No campo dos direitos sociais, exemplo desse fenômeno pode ser observado nas disposições a respeito do salário mínimo, pois o mesmo deve ser estabelecido de forma a propiciar um poder aquisitivo digno, capaz de suprir as necessidades daqueles que o recebem. Seu valor deve ser auferido de maneira proporcional à atividade realizada, observando-se, para tanto, a complexidade do trabalho exercido, de acordo com o artigo 7°, IV e V.

Já esfera administrativa, a respeito da aposentadoria dos servidores públicos, a mesma deverá ser proporcional ao tempo de serviço, conforme dispõe o artigo 40, III. Podemos explanar também a respeito do poder de polícia exercido pelo Estado. Segundo Di Pietro, podemos encontrar algumas limitações no referido poder, incidindo inclusive quanto ao seu objeto, ou seja, seu meio de ação.

Aqui, observa-se o princípio da proporcionalidade dos meios aos afins. Isso significa

que o poder de polícia deve agir somente até que a proteção do interesse público a ser protegido seja satisfeita. Dessa forma, quanto aos direitos individuais, os mesmos não serão destruídos, e sim assegurados, somente sendo reduzidos quando entrarem em conflito com interesses maiores da coletividade. Tal redução se dará na medida necessária para que se alcance os fins estatais. (DI PIETRO, 2015, p. 164)

A proporcionalidade, portanto, é essencial para elucidar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto, em situações que há a colisão entre os mesmos. Ressalta-se que no embate entre a segurança e a privacidade, por meio da proporcionalidade, há a flexibilização de um em detrimento do outro, possibilitando assim a justa medida e a melhor solução diante de um conflito.

Conforme a lição de Zygmunt Bauman pode-se perceber a grande dificuldade de conciliação entre a liberdade e a segurança, sendo essas duas forças antagônicas e de inerente divergência, assim:

> [...] a liberdade e a segurança, ambas igualmente urgentes e indispensáveis, são difíceis de conciliar sem atrito – e atrito considerável na maior parte do tempo. Estas duas qualidades são, ao mesmo tempo, complementares e incompatíveis; a chance de que entrem em conflito sempre foi e sempre será tão grande quanto a necessidade de sua conciliação. Embora muitas formas de união humana tenham sido tentadas no curso da história, nenhuma logrou encontrar solução perfeita [...]. (2003, p.24)

Além disso, em relação ao processo penal, o princípio é usado a fim de analisar, no caso concreto, se a restrição do acusado é adequada e encontra justificação em decorrência de haver um valor maior a ser protegido. (FERNANDES, 2012, p. 63). Outrossim, FERNANDES (2012, p. 59) explana a respeito da relação da isonomia com a proporcionalidade.

Tal situação decorre de que, embora tenham objetos e fins próprios, se aproximam pelo fato de que "para haver igualdade, devem ser superadas as desigualdades dos indivíduos e especificados os critérios para determinar em que medida as distinções entre eles podem ser admitidas", e para tanto, os estudo em torno do princípio da proporcionalidade são úteis.

Na busca pela garantia da segurança pública, cresce cada vez mais o interesse para a obtenção de um tipo especifico de informação, que estão ligadas à vida das pessoas, a seus hábitos e particularidades, possibilitando assim a criação de um preciso banco de dados, que traça toda a vida de um indivíduo, detalhando suas principais características.

Tanto a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA), tentando combater o terrorismo e as organizações criminosas, sentem a necessidade de interceptações digitais para poder prever possíveis ataques e impedir

que eles ocorram.

Porém, nesses casos, não estaria o direito a privacidade sendo violado? E se estiver, isso não deve ser considerado ilegal? Conforme acima descrito, a resposta virá a análise do caso concreto mediante o princípio da proporcionalidade. Qualquer solução tomada previamente deverá ser contesta, pois, em nossa Constituição não existem superprincípios ou garantias absolutas, todas tem valor.

Quando da ocorrência de dois princípios entrarem em conflito um com o outro, um deles terá que ceder. Todavia, uma questão necessária a ser ressaltada, é a de que o princípio que cederá não precisará ser julgado inválido. Ainda, nele não deverá ser inserida uma regra de restrição para cada caso.

Acontece nessa situação que um preceito demonstrará prevalência sobre o outro. Isto é, nos casos concretos, os princípios evidenciarão ter pesos distintos, e os que tiverem um peso maior são os que têm um grau mais elevado de precedência. (ALEXY, 2012, p.90) É válido frisar que nos casos em que há a prevalência de um direito em relação a outro, protege-se o chamado núcleo essencial, ou seja, a esfera mínima de proteção do direito violado deverá ser preservada, caso contrário, estaria configurada uma ilegalidade.

Desta feita, "a questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder". (ALEXY, 2012, p. 97) Ainda, os princípios não possuem um peso predeterminado, sendo imprescindível o entendimento da realidade fática para se avaliar e conferir um valor mais elevado para um em detrimento do outro.

Procura-se demonstrar, portanto, que a privacidade e a intimidade do indivíduo não é e não deve ser considerada absoluta, de modo que se assim o fosse não estaríamos em um Estado Democrático de Direito, mas sim em um Estado de Exceção.

O mesmo vale para a garantia da segurança pública, a qual deve ser protegida, mas não sob pretextos esdrúxulos emanados por quem poder detenha a fim de destruir os direitos de determinados indivíduos. Destarte, buscou-se encontrar um método para que tais divergências fossem conciliadas de maneira a não preterir uma ou outra, e tal método é o princípio da proporcionalidade, o qual se utiliza de critérios racionais, para no caso concreto, apontar qual princípio deve prevalecer.

4 DA RELAÇÃO ENTRE O FILME "MINORITY REPORT – A NOVA LEI" COM OS ASSUNTOS PONTUADOS NO ARTIGO

O filme que se relaciona com o presente trabalho se chama "Minority Report – A Nova Lei". Trata-se de uma ficção científica, dirigido por Steven Spilberg, elaborado em 2002. A história acontece na cidade de Washington, no ano de 2054. Nele, há uma divisão policial chamada de "pré-crime", pela qual é possível visualizar o futuro por meio dos "precogs", quais sejam, seres paranormais, criaturas mágicas, os quais flutuam em um tanque que contém um fluído, e permanecem conectados entre si, uma vez que só conseguem trabalhar juntos.

Quando os referidos seres têm uma visão de um futuro delito, o nome da vítima surge em uma pequena esfera, bem como o nome do criminoso manifesta-se em uma esfera distinta. Além disso, mostra-se em uma tela a imagem do crime e o horário em que o mesmo ocorrerá.

Dessa forma, o setor policial consegue se antecipar-se, chegando ao local antes que o delito aconteça, impedindo-o de se concretizar. Nota-se, no filme, que o número de situações criminosas diminui consideravelmente, situação extremamente benéfica para a sociedade. Ainda, o indivíduo que cometeria o delito é levado pela polícia para sua prisão. É valido mencionar que, apesar de não ser o enfoque do artigo, que o referido sistema apresentado no filme se mostra imperfeito.

No decorrer da história, o protagonista, Tom Cruise, interpretando John Anderton, que é líder de uma equipe de policiais e já capturou diversos criminosos, encontra seu nome na esfera referente aos criminosos. De acordo com os paranormais, o protagonista cometeria um homicídio dentro de 36 horas, e o setor policial tem como meta capturá-lo. Na sequência, o protagonista procura provar sua inocência, e encontra uma chave para tanto: um caso não solucionado.

Durante a tentativa de provar que não cometerá crime algum, descobre diversas fraudes no sistema, sendo uma delas a de que as pessoas têm o poder de mudar o seu destino, uma vez que o futuro não é algo estável, e sim em constante mutação. Assim, conclui que o sistema em que confiou por anos pode ser manipulado pelo ser humano, além de perceber que existe uma realidade alternativa para todos.

Aqui, cabe uma ressalva a respeito do tema: a estrutura do crime é composta por fato típico, ilícito e culpável. Encontra-se abrangido pela tipicidade os elementos subjetivos do crime, quais sejam, dolo e culpa. Portanto, depreende-se que para o cometimento de um crime é necessária a atuação da vontade, pois somente interessa ao Direito Penal os litígios que poderiam ser evitados pelos envolvidos.

Tal situação é interessante, pois, uma vez que o crime ainda não se consolidou, não é possível saber se indivíduo de fato cometeria o delito. Ainda, acrescenta-se que para que um crime aconteça, são necessários fatores extrínsecos, como as circunstâncias externas que levam ao seu cometimento, bem como fatores intrínsecos, ligados à personalidade do cidadão.

De acordo com Fernandes, "na ocorrência do crime, seja qual for a sua natureza, sempre e invariavelmente haverá um fator endógeno ou interno, representado pela personalidade, que tem como seu núcleo central o temperamento." (2010, p. 296)

Portanto, depreende-se que a personalidade é um fator determinante para a realização de um crime. Dessa forma, observa-se que as circunstâncias apontadas como determinantes para o cometimento do delito não são levadas em consideração para o aprisionamento do futuro e possível assassino no filme.

No âmbito do filme há a prisão e condenação de um indivíduo que ainda não havia exercido qualquer vontade no sentido de cometer crimes, o que gera o risco de injustiças. Tal situação é demonstrada no decorrer da obra cinematográfica, por meio das fraudes e da manipulação que ocorriam por trás do sistema.

Todavia, o ponto a ser realmente destacado no presente trabalho diz respeito à prevenção de crimes na nossa realidade. Como não há indivíduos mágicos que possam prever o acontecimento dos delitos, questiona-se: o que poderia ser equiparado às referidas criaturas?

A resposta à indagação se encontra no que é chamado de interceptação telemática/informática. Por meio desta, é possível prevenir e combater de maneira adequada e eficaz a criminalidade. Neste ponto, encontra-se a segurança prevalecendo sobre a privacidade, situação justificável e feita de maneira razoável se, para tanto, for utilizado o princípio da proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos apresentados, percebeu-se que o direito à segurança pública, o qual pertence à coletividade, encontra-se em tensão com o direito à privacidade, que pertence ao indivíduo. Portanto, procurou-se achar um modo de resolver esse conflito entre dois direitos fundamentais.

Tendo-se em mente a inexistência de precedência absoluta de princípios constitucionais, a resposta encontrada foi o uso da proporcionalidade na análise do caso concreto, de modo a considerar as máximas da adequação e da necessidade aliadas ao

sopesamento.

Depreende-se, assim, que a privacidade não deve sofrer ingerência arbitrária por parte do Estado. Se alguém posta algo publicamente, então, concorda, de certo modo, com a exposição de sua vida privada, do contrário, se o usuário não expõe ao público informações íntimas, estas devem ser respeitas.

Porém, conforme estudado, quando houver o interesse da coletividade, e este se mostrando elementar no caso concreto, deve-se então pedir auxilio do princípio da proporcionalidade podendo-se chegar a resolução do caso concreto de maneira justa, decidindo qual preceito de magnitude constitucional deverá prevalecer.

É imperioso constar ainda que a respeito do filme "Minority Report – A nova Lei", nota-se que o Estado somente agirá de maneira adequada se for utilizado o princípio da proporcionalidade para o caso em tela. Isto se dá porque, no filme há a explicitação de uma violação da esfera individual em prol da segurança pública.

No decorrer da referida obra cinematográfica observa-se que o sistema é efetivo, hipoteticamente, tendo em vista que o número de crimes de fato diminui graças aos "precogs". Todavia, é de difícil resolução a seguinte dúvida: é correto aprisionar alguém que ainda não cometeu um crime?

Ademais, observou-se que a interceptação telemática/informática é o instrumento que mais se aproxima da função que os referidos 'precogs' efetuavam: é um meio capaz de combater a criminalidade, tal qual as criaturas faziam, e de maneira eficaz e adequada.

Conclui-se, destarte, que existe realmente uma tensão entre os princípios da segurança pública e a privacidade, os quais não possuem condições de precedência absoluta, devendo serem sujeitados à análise do princípio da proporcionalidade, e frente ao caso concreto sejam submetidos a correta valoração.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida.* Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge

Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas.* Trad. Flório de Angelis. 1.ed. Bauru: Edipro, 1997.

BENTHAM, Jeremy (1781). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.* Kitchener: Batoche Books, 2000.

_____. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 1988.

COSTA RICA, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José.* 1969. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/pactoSanJose.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.

_____. *Lei Carolina Dieckmann*, Lei n° 12.737. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2014.

_____. *Marco Civil da Internet*, Lei n° 12.965. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2014.

_____. *Código Tributário Nacional*, Lei Nº 5.172/66**.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, Distrito Federal, 1966.

_____. *Tribunal de Justiça - PI – Apelação Cível: 200800010041300* PI, Relator: Des. José James Gomes Pereira, Data de Julgamento: 04/05/2010, 2a. Câmara Especializada Cível. Disponível em: < http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15257752/apelacao-civel-ac-200800010041300-pi>. Acesso em: 24 mar. 16.

_____. *Tribunal de Justiça – PI. Apelação Cível 200900010031668*, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 23/02/2011, 3a. Câmara Especializada Cível. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183 10180/apelacao-civel-ac-200900010031668-pi-tjpi>. Acesso em: 27 mar. 16.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo***.** 26. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 5.7.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Newton. *Criminologia Integrada.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. rev. ampl. e atual.Salvador: Editora Juspodvm, 2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital.* 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROMA, *Convenção Europeia dos Direitos Humanos.* 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2016.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da Personalidade e a Sistemática Civil Geral.* Campinas/SP: Julex, 1987.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2015.

O PODER, A LEI E A ÉTICA: QUAIS OS LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO ADVOGADO?

Alfeu Paulo da Silva Júnior[46]

Letícia da Silva Beluzio[47]

RESUMO

O presente trabalho estuda a ética na advocacia, e os limites para a atuação do advogado, se utilizando do filme "o poder e a lei" como pano de fundo, fazendo um paralelo entre as atitudes da personagem principal do filme, e a legislação vigente em nosso ordenamento jurídico, que deve ser seguida pelos profissionais do direito. Citando jurisprudências, casos no sentido, notícias, leis, o trabalho visa apresentar as devidas sanções a serem aplicadas aos advogados que atuam de maneira antiética e imoral em suas profissões, prejudicando seus clientes e a estrutura judiciária como um todo. Também é a intenção aqui, demonstrar que devido a atitudes desprovidas de probidade realizadas por uma pequena parcela dos operadores do direito, que boa parte da sociedade alimenta uma enorme descrença no poder Judiciário como um todo. É enfatizado o fato de existir sim grande preocupação da OAB em coibir e coagir a classe advogada, a não atuar de maneira a se desviar dos preceitos éticos aprendidos nas universidades, e prometidos no juramento do advogado, pois apenas se houver uma mudança de postura por parte daqueles que em uma busca desesperada por vantagens pecuniárias, passam por cima de qualquer valor moral, é que a sociedade mudará sua visão acerca dos advogados.

Palavras-chave: Ética. Advogado. Poder Judiciário. OAB.

ABSTRACT

This paper studies the ethics of law and the limits for the lawyer's performance, using the film "The power and the law" as a backdrop, drawing a parallel between the attitudes of the main character of the film, and the current legislation in our legal system, which should be followed by legal practitioners. Citing case law, cases in order, news, laws, the paper presents the appropriate sanctions to be applied to lawyers who act unethically and immoral in their

[46] Acadêmico de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)
[47] Acadêmica de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

professions, damaging their clients and judicial structure as a whole. It is also the intention here, show that due to attitudes devoid of probity carried out by a small number of jurists, that much of society feeds a huge distrust of the judiciary as a whole. It emphasized the fact that there is so great concern of the Bar Association in restraining and coercing the lawyer class, not to act so as to deviate from the ethical principles learned in the universities, and promised the lawyer's oath, because only if there is a change of attitude by of those who in a desperate search for financial gain, pass over any moral value, it is that society will change their view about the lawyers.

Key words: Ethic. Lawyer. Judicial power. OAB.

INTRODUÇÃO

O trabalho em pauta tem por objetivo abordar um tema de suma importância para os operadores do Direito, a ética aplicada ao profissional no exercício da Advocacia. Para tal fim, o trabalho irá se utilizar do filme “O Poder e a Lei” (The Lincoln Lawyer), uma adaptação do livro escrito por Michael Connely, para ilustrar o que ocorre no sistema judiciário quando a ética profissional é deixada a margem.

A trama é vivida pelo advogado criminalista Mickey Haller (Matthew McConaughey) que, exerce sua profissão de maneira desconforme aos padrões éticos estabelecidos exigidos para o exercício da Advocacia. Sendo assim, Hallercria situações para o ganho de dinheiro fácil, mesmo que isso dificulte a soltura do réu. Dentre elas, estão retardo no andamento de processos, a cobrança de taxas inexistentes de seus clientes para aumentar seu faturamento. Todavia, o filme ilustra perfeitamente que a prática de tais condutas não é exclusivamente praticada por advogados, estampando em inúmeras cenas, servidores da justiça privilegiando interessados quando são condecorados com alguma vantagem.

Destarte, mister será ressaltar que a ética não é somente um tema que assola os estudiosos da atualidade, mas sim um tema que nunca deixou de perdurar. Filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles dedicaram-se a examiná-la. Quem se empenhar em desbravar o estudo da ética, irá encontrar um vasto mundo de obras de inúmeros pensadores que, tiveram a preocupação e a dedicação para estudar o tema a fundo, o que conduz à certeza de sua relevância e atualidade.

Nota-se que, milhões de anos após desde o surgimento da humanidade, impasses relacionados a comportamentos humanos, como o desrespeito com o próximo, o egocentrismo,

a insensibilidade e o desprezo quanto aos valores morais, ainda permanecem tão vivos no quotidiano, o que acarreta na adoção de práticas reprováveis dentro do meio profissional.

1 ANÁLISE DA ÉTICA E CONCEITOS BÁSICOS PARA COMPREENDÊ-LA

Como se sabe, temáticas envolvendo a ética e suas nuances, estão sempre relacionadas com o mundo jurídico, fazendo-se muito presente neste. Como é sabido, inúmeros autores conceituaram a ética, e buscam entende-la, pois não é de hoje que a classe jurídica, vive em meio a desconfiança de boa parte da sociedade, quanto a idoneidade daquela, o que faz temas como moral, ética, direito e justiça, por exemplo, se tornarem temas de imensa relevância. Para Bizatto (2000, p. 77), "Ética provém do grego *Ethos* que significa costume, sendo, portanto a ciência que estuda a natureza dos costumes dentro de princípios morais".

Será comum encontrarmos os conceitos de moral e de ética, muitas vezes parecendo como se fossem sinônimos, sendo que realmente um acaba se ligando ao outro, ficando um pouco custoso imaginar um indivíduo antiético ser alguém dotado de moral.

Em relação a moral e ética, segue o seguinte entendimento doutrinário:

> Sob essa vertente, "moral" e "ética" significam algo muito semelhante. Por isso a aparente sinonímia das expressões "valor moral" e "valor ético", "normas morais" e "normas éticas". Todavia, a conceituação de ética ora adotada autoriza distingui-la da moral, pese embora aparente identidade etimológica de significado. Ethos, em grego, e mos, em latim, querem dizer costume. Nesse sentido, a ética seria uma teoria dos costumes. Ou melhor, a ética é a ciência dos costumes. Já a moral não é ciência, senão objeto da ciência. Como ciência, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis (NALINI, 2006, p. 26).

Como fica claro, apesar de possuírem um conceito distinto, ética e moral realmente acabam por andarem juntas, sendo uma ciência, e outra o objeto dessa ciência. Entretanto, é sabido que apenas impor um comportamento sem positivá-lo, acaba não possuindo grande efeito na prática, pois viver em sociedade, é ter a certeza de que o dever de cuidado que você possui em relação à determinada situação, muitas vezes não é o mesmo que os demais indivíduos possuem, e é nesse sentido, que se faz necessária a existência de um ordenamento jurídico e processual, impondo sanções caso determinado comportamento não seja seguido.

Atitudes antiéticas e imorais são repudiadas em todos os seguimentos da sociedade, mas o presente trabalho aborda as questões da ética no âmbito da advocacia, então passemos a analisar as previsões legais, que disciplinam tal questão.

1.1 Do Estatuto da Advocacia e do Código de Ética e Disciplina

As condutas de todos os advogados são regidas pelas disposições previstas na lei nº 8.906/94 (estatuto da advocacia), e também no código de ética e disciplina. Dessa forma, preleciona o art. 33 da mencionada lei:

> O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares (BRASIL, 1994)

Tal artigo deixa evidente que o advogado deve agir de forma ética tanto para com seu cliente, como também, em relação aos outros profissionais e a comunidade em geral. No filme "O poder e a Lei", fica evidente que a personagem principal Mickey Haller, não vê limites para ter suas pretensões atendidas no curso de um processo, subornando pessoas, se envolvendo com criminosos, dentre outras práticas que são reprováveis e repudiadas pelo nosso estatuto de advocacia.

Ressalta-se no presente trabalho, que tratamos especificamente da ética do advogado e dos limites para a sua atuação no curso de um processo, mas vale lembrar, que os demais sujeitos de um processo, como juiz, ministério público e demais funcionários do Judiciário, devem agir também de forma ética e moral, sendo que uma relação processual só se faz idônea, se todos aqueles que estão atuando nela, se comportarem como homens honestos, não apenas porque a lei os obriga a agirem assim, mas também por ser algo que é maciçamente ensinado e pregado nos cursos jurídicos, onde é visado que cada vez mais o Judiciário esteja cercado de pessoas éticas e morais, visando que todos aqueles que buscam o acesso a justiça, não se vejam logrados frente a vícios morais de seus agentes.

Nesse sentido, é preciso lembrar que o que é previsto no art. 33 do Estatuto da Advocacia, não se trata apenas de algo facultativo, sendo que caso não seja seguido, irá SIM acarretar sanções ao agente que incorrer em infração disciplinar.

Dessa forma, o art. 34 do já citato Estatuto, traz um rol de práticas reprováveis se praticadas pelo advogado, e o art. 35, as respectivas sanções:

> Art. 35. As sanções disciplinares consistem em: I - censura; II - suspensão; III - exclusão; IV - multa. Parágrafo único. As sanções devem constar dos assentamentos do inscrito, após o trânsito em julgado da decisão, não podendo

ser objeto de publicidade a de censura (BRASIL, 1994).

Assim, fica evidente a preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil e, coibir e até mesmo coagir os profissionais da advocacia a não praticarem condutas antiéticas e desprovidas de moralidade, visando resguardar o pólo mais fraco da relação processual, que é o autor ou réu, aquele que geralmente é desprovido de saber jurídico e acredita em seu advogado ter uma pessoa em quem possa confiar sua pretensão. Também visa resguardar a relação do advogado com os demais profissionais do judiciário, garantindo assim o andamento de um processo sem vícios que possam levar até a sua nulidade.

Entendidos alguns conceitos básicos, e como a OAB vê as atitudes antiéticas dos advogados, passaremos agora a uma análise minuciosa da atuação do advogado, seus limites e até que ponto uma conduta pode ser considerada mera "esperteza", e quando ela se torna um ataque a ética e a moral.

2 ALGUMAS PRÁTICAS REPROVÁVEIS NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Não é de hoje que existe uma preocupação exorbitante em se estudar a ética e a moral, vinculadas ao comportamento humano. O objetivo deste trabalho, não é retroagir ao início da humanidade, nem aos pensadores gregos (que já se preocupavam com o tema em pauta), muito embora retroceder na história para falar sobre tal tema rendesse muitas linhas de uma rica pesquisa. O que se busca aqui é entender o papel do advogado na sociedade, e como ele se torna nocivo a esta quando age de forma antiética.

Uma profissão vista com muita desconfiança pela sociedade, assim podemos definir um pouco do sentimento que boa parte das pessoas tem acerca dos advogados. E no filme "O poder e a lei", é demonstrado muito do porque a comunidade nem sempre vê com bons olhos a referida classe. Atuando como um legítimo advogado "porta de cadeia", Haller busca geralmente o dinheiro fácil, se envolvendo quase sempre com clientes perigosos e que vivem a margem da sociedade.

Tal prática isoladamente, não configura qualquer sanção disciplinar, pois no art. 5º de nossa Magna Carta, em seu inciso LV preleciona que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório, e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Logo, independente do crime que o indivíduo tenha praticado todos os cidadãos, sem exceções, tem acesso a defesa em processo judicial.

Acontece que, muitas vezes por se tratar de pessoas desesperadas, pouco instruídas, e

dispostas a qualquer coisa para se livrarem da prisão (no caso de advogados criminalistas), o que se vê, são profissionais do Direito que acabam por se aproveitarem de tais situações, para "lucrarem" abusivamente à custa de seus clientes, muitas vezes os expondo a processos onde fica claro que as chances de logras êxito são pífias. Nesse sentido, segue entendimento doutrinário:

> A síntese dos deveres éticos do advogado para com o cliente poderia ser resumida na **lealdad**e para com o constituinte. Por essa **lealdade** o advogado há de se inteirar da causa, conferir-lhe o melhor tratamento técnico, empenhar-se para fazer jus à confiança do cliente, representando-o da melhor maneira técnica e estratégica, sem prejudicar sua **independência,** recordando-se de que ao advogado o cliente não dá ordens. Profissionais liberais há que, vinculados contratualmente a uma **obrigação de resultado,** podem receber ordens de quem os contratou. Já os advogados, subordinados a uma **obrigação de meios,** não recebem ordens. Estão eticamente sujeitos a desenvolver o melhor de si na boa representação dos clientes, procurando a justiça em primeiro lugar, o interesse do constituinte em seguida, mas nada podendo prometer quanto ao resultado de sua lide (NALINI, 2006, p. 350. Grifo do autor).

O estudo doutrinário acima citado, de forma sintetizada, define bem o que se espera da relação do cliente com o advogado, e deste para com aquele. A lealdade é o que rege tal relacionamento, esta que muitas vezes no filme em questão, não existe, uma vez que Haller chega até a inventar taxas inexistentes para cobrar valores extras de seus clientes. Entretanto, quando assistimos a uma obra de ficção, fica a dúvida sobre até que ponto o que nos é passado ser um retrato da realidade ou não. Infelizmente, a realidade apresenta diariamente casos em que os advogados acabam por quebrarem o dever de lealdade que deveria existir para com seus clientes. Para ilustrar esse fato, segue como exemplo, a seguinte reportagem:

> A 4ª Câmara de Direito Civil do TJ manteve sentença da comarca da Capital que decidiu em favor de um cliente discussão sobre apropriação de valores por advogado em ação trabalhista. O advogado R. S. deveria ter pagado ao cliente, V. P. S., mais de R$ 100 mil em decorrência de um processo na justiça do trabalho, mas repassou pouco mais de R$ 60 mil. A ação que tramitou na 2ª Vara do Trabalho de Florianópolis reconheceu o crédito de R$ 82.554,64 brutos. O valor total corrigido foi retirado pelo advogado, que deveria repassar o montante correto ao requerente. Em honorários, o advogado deveria ficar com R$ 16.281,45. Valor este que foi posto em um recibo de quitação da obrigação pelos trabalhos prestados. Contudo, o cliente teve sua declaração de imposto de renda retida pela "malha fina". Em consulta à Receita Federal, os valores brutos da tal ação eram de R$ 137.851,21 e não fechavam com aqueles informados pelo requerente. Acionado para prestar contas, o advogado foi condenado pela 6ª Vara Cível da Capital. Ele apelou ao Tribunal de Justiça em busca das diferenças referentes aos honorários advocatícios, uma vez que o cálculo do percentual ocorreu sobre R$ 80 mil, e não sobre os R$ 130 mil. O pleito foi rechaçado pela Câmara. "O apelante, advogado que é, haveria de

> se precaver e fazer incluir no documento a ressalva de que a quitação era apenas parcial, ou, ainda, no mínimo, redigir qualquer outro instrumento capaz de indicar que sua remuneração ia além dos R$ 16,2 mil descritos no recibo", anotou o desembargador EláDioTorret Rocha, relator da matéria. A decisão foi unânime. Há possibilidade de recurso aos tribunais superiores (Jornal Jurid, 2011, *online*).

É devido a casos como o acima mencionado que, atualmente, a classe jurídica no Brasil vive em meio a desconfiança, sendo uma tarefa árdua e diária a dos profissionais honestos e dotados de boa-fé, passarem confiança a seus clientes, demonstrando a sociedade em geral, que como em todo segmento profissional, há sim as "laranjas podres", mas que também existem sim (a maioria da classe) profissionais que não se desvirtuaram daquilo que lhes foi ensinado nas salas de aula dos cursos jurídicos, e que seguem os preceitos de probidade, idoneidade e urbanidade, possuindo reputação ilibada e seguindo as normas do Estatuto da Advocacia e Código de Ética da OAB.

No seguinte trecho de artigo citado abaixo, pode-se ter uma breve noção de como deve ser a relação cliente/advogado:

> A relação contratual entre advogado e cliente tende a ser pacífica e cordial, já que ambos têm interesses comuns envolvidos. Contudo, nem sempre é assim. Quando a confiança recíproca entre esses dois personagens fica abalada, devido à falha de um deles, podem surgir conflitos e até mesmo novas ações judiciais. Diversos casos chegaram até o Superior Tribunal de Justiça que destaca, em suas decisões, que a boa-fé objetiva deve ser adotada como regra de conduta e que a obrigação assumida pelo advogado não é com o resultado da ação. De modo geral, as obrigações do advogado consistem em defender o cliente em juízo e orientá-lo com conselhos profissionais. Em contrapartida, este deve recompensar o profissional (exceto o defensor público) com remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da causa; muitas vezes, independentemente do êxito no processo (Conjur, 2013, *online*).

Contudo, fica evidente com mencionado entendimento, que também existem deveres do cliente para com o advogado, aqueles que devem ser cumpridos, uma vez que não só deveres possui a classe de juristas, mas também direitos, positivados no Estatuto e Código de Ética já maciçamente citados neste trabalho.

Entretanto não é só no tratamento com os clientes que o advogado deve ser ético e probo, mas também com todos os sujeitos envolvidos em uma relação processual. No filme, Haller também se vale do oferecimento de vantagens financeiras para "comprar" servidores da justiça, e assim ter seus anseios processuais atendidos com mais facilidade.

Não se pretende tratar neste artigo da questão ética dos demais sujeitos processuais, pois o foco aqui está na atuação do advogado, todavia vale ressaltar que a imoralidade e a

ausência de boa-fé, não são elementos presentes apenas na atividade advocatícia, abrangendo também juízes, promotores, e servidores da justiça em geral, o que corrobora mais ainda para que com frequência ouçamos frases do tipo “a lei é só aplicada para os pobres”, ou então “a lei atende apenas aos anseios dos grandes”.

É devido a atos totalmente inescrupulosos e desprovidos de probidade, que tanto se desconfia dos sujeitos da lei nos dias de hoje, onde os detentores do poder para executá-la e fazer com que ela valha, muitas vezes cometem desvios de conduta única e exclusivamente a troco de vantagem pecuniária ou de algum outro gênero, fazendo com que dessa forma, toda uma classe sofra com o descrédito popular.

3 DO FALSO TESTEMUNHO NO PROCESSO PENAL

Tratando-se a prova ilícita de questão relevante e constantemente presente no processo penal (e também em outras áreas do direito), vemos a necessidade de tratar sobre tal assunto em capítulo apartado.

No filme “O poder e a lei”, é apresentada a utilização do falso testemunho (classificado como prova ilícita) quando Haller descobre que seu cliente Roullet é culpado não só do crime no qual aquele é seu advogado, mas também de outro crime pretérito. Dessa forma, ao se ver acuado por uma série de situações ocorridas durante a trama, Haller acaba se utilizando do testemunho falso de um antigo cliente seu, para criar toda uma situação contrária a Roullet.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu artigo 5º, LIV, aborda o tema das provas ilícitas. Seu dispositivo legal afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Considerando-se como provas ilícitas as obtidas com violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo, a das comunicações telefônicas.

O Código Penal, ainda em seu artigo 157, com redação dada pela Lei 11.690/08, dispõe no mesmo sentido: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Sabe-se que obviamente o falso testemunho é crime e deve ser punido como qualquer outro, entretanto usamos aqui o caso do filme como mero elemento alegórico para trazerem à tona as reflexões que devem ser feitas acerca de quais seriam os limites para a lei ser seguida literalmente ou não.

Pode até certo ponto parecer utopia o que aqui é levantado, mas é mais comum do que

se imagina, ouvirmos que determinado indivíduo foi preso e cumpriu pena no lugar de outra pessoa, e outras coisas do tipo. Claro que de uma maneira "torta" (combinando com sua personalidade no filme), mas foi assim que Haller conseguiu "fazer justiça" no caso apresentado na obra de ficção.

O Código Penal traz a previsão legal do citado crime em seu art. 342, que assim diz:

> Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001) Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. (Vide Lei nº 12.850, de 2.013) (Vigência) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência) § 1º - Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. § 2º - As penas aumentam-se de um terço, se o crime é praticado mediante suborno. § 3º - O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade.§ 1o As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)§ 2o O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Apesar do fato de muitas pessoas não acreditarem na possibilidade de serem sancionadas por tal crime, existem diversas jurisprudências que condenam testemunhas por faltarem com a verdade, quando tentam prejudicar ou beneficiar alguma das partes do processo. Assim segue o entendimento jurisprudencial acerca do tema:

> PENAL. FALSO TESTEMUNHO. CRIME DE NATUREZA FORMAL. RESULTADONATURALÍSTICO. NÃO EXIGÊNCIA. 1. É pacífico, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que ocrime de falso testemunho é de natureza formal, consumando-se nomomento da afirmação falsa a respeito de fato juridicamenterelevante, aperfeiçoando-se quando encerrado o depoimento. 2. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no REsp: 1121653 PR 2009/0103141-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 04/10/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2011).

É óbvio que a reflexão aqui apresentada poderia nos levar a mais outras inúmeras linhas acerca daquela, outrossim o objetivo central aqui é tratarmos sobre a atuação do advogado, mas seria impossível ao ser trazida à tona a questão do "falso testemunho" fecharmos os olhos para essa questão que é levantada no filme de forma implícita.

4 REFLEXOS NA VIDA PESSOAL DO ADVOGADO GERADOS POR SUA ATUAÇÃO PROFISSIONAL

A atividade advocatícia exige certos cuidados ao ser exercida, pois não é sempre que a parte vencida em um processo assimila isso facilmente, sendo que na maioria dos casos surge um culpado natural pelo insucesso: o advogado.

Profissão das mais ingratas, a advocacia muito embora seja uma atividade de meio, para os seus clientes ela é vista como uma atividade de resultado, pois muitos pensam que ao levarem a um escritório determinado litígio, o profissional do Direito que está sendo contratado para "solucionar a questão", passa a ter obrigação de assim fazê-la.

Entretanto, dentre todas as áreas de atuação do advogado, uma delas é vista por muitos como a mais arriscada, e temida por muitos postulantes a tal carreira jurídica. A advocacia criminal não é uma área do direito destinada a qualquer indivíduo, pois não se tratade ramo jurídico onde a atividade profissional não gera riscos nem reflexos na vida pessoal do indivíduo.

Evidentemente, a partir do momento que um criminalista age de forma antiética com seu cliente, os riscos da profissão aumentam significativamente, como retrata o seguinte trecho de artigo extraído do canal Ciências Criminais:

> Se usares a franqueza e a lealdade com o cliente, sem falsas promessas, risco nenhum correrás na profissão, como escrevi na coluna passada. Acerta um preço justo, faz o contrato de honorários e trabalha, no entanto, existe um modelo de advogado ainda pior daquele que promete que vai soltar o cliente amanhã! Qual seja: O que recebe os honorários e não faz NADA. Foi-se o tempo em que cliente era ludibriado, um completo ignorante jurídico; hoje, com a internet, qualquer "boneco" do presídio está vendo se você peticionou ou não. Para quê enrolar o cara; se não vai trabalhar, deixa que outro colega o faça, porque brincar com a liberdade das pessoas? É brincar com o perigo!(Severo, 2016, *online*).

É nesse sentido que vem a questão ética no tema tratado no presente capítulo, pois como ficou evidente no filme (através das atitudes temerárias de Haller para com seus clientes), e como é demonstrado na citação acima, o advogado "brincar" com seus clientes, agindo de maneira a ludibriá-lo e fazendo falsas promessas apenas para conseguir lucrar com determinado caso, pode acarretar sérios riscos a um advogado, que muitas vezes pode culminar até na morte deste.

Lembramos também, que não é apenas a si próprio que determinado indivíduo irá

causar riscos, mas também as pessoas próximas e entes queridos, sendo que muitas vezes uma atitude que hoje lhe dá um retorno financeiro interessante, pode ser causadora de dor futura.

A notícia que segue abaixo exemplifica aquilo que se tem a intenção de destacar neste capítulo:

> Dois homens que estão presos e quatro foragidos foram indiciados pela Polícia Civil pelo assassinato do advogado Jayme Eulálio de Oliveira, morto há dois anos e cinco meses com mais de 30 tiros na porta de casa, no Bairro Castelo, Região da Pampulha, em Belo Horizonte. Segundo fontes da corporação, as investigações mostraram que Jayme foi assassinado por cobrar R$ 100 mil de um grupo de criminosos pela defesa de ladrões de um posto de gasolina. Ele pediu o valor dizendo que atuaria para livrar os criminosos da cadeia, mas não conseguiu evitar as prisões. Como se recusou a devolver a quantia acabou executado. Ele foi metralhado quando chegava a casa com tiros de pistola automática .40 e fuzil 556, armas de uso restrito das forças de segurança do país (Paranaíba, 2016, *online*).

No caso mencionado, é notório que o advogado, pensando apenas no dinheiro que receberia de seus clientes, claramente fez promessas acerca de fatos os quais não possuía domínio para que ocorressem, pois é sabido que em um processo criminal (ou de qualquer outra área do direito) em curso, não tem como prometer que A ou B será o vencedor de um litígio, ou afirmar taxativamente se determinado indivíduo irá ser considerado culpado ou inocente, pois mesmo quando certa pessoa ingressa com uma ação onde seu direito parece ser evidente, há apenas expectativa de tal direito, onde com a sentença será dito se aquele realmente existia.

Contudo, a intenção aqui não é criticar a atuação do advogado criminalista, tampouco apavorar ninguém com os riscos dessa área, pois se trata de um ramo nobre da advocacia, visto que todos independente do crime que cometeram tem direito a ampla defesa e ao contraditório, consagrados no art. 5º da Constituição Federal.

A atividade advocatícia, desde que exercida de forma proba, onde o advogado expõe claramente ao seu cliente as reais chances que ele tem de vitória e derrota em determinada lide, sem acobertar fatos nem se valer de ilicitudes para atingir alguma vantagem, elimina quase que totalmente muitos dos riscos acima citados, além de estar cumprindo com os preceitos éticos da profissão, que são aprendidos nas Universidades, mas muitas vezes colocados em desuso por alguns profissionais com o passar dos anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No título deste trabalho encontra-se uma pergunta: “quais os limites para a atuação do

advogado?", e com tudo o que aqui foi apresentado, buscou-se apresentar de forma breve e direta, aquilo que é permitido ou não ao advogado, o que é o "dentro" e o "fora" da lei ao se trabalhar em um caso concreto, e quais as consequências disso tudo na vida e na carreira de um advogado.

A exposição de jurisprudências, artigos e notícias acerca da ética na advocacia e atuação do advogado, foram trazidas visando apresentar indícios reais de que são presentes no cotidiano práticas imorais e antiéticas pelos profissionais do direito, e que ao contrário do que muitas pessoas pensam, há uma grande preocupação por parte do poder Judiciário e da OAB em coibir tais práticas e aumentar ainda mais a credibilidade da classe.

Dessa forma, através da análise de todas as informações, legislação e estudos aqui expostos, Fica uma coisa evidente: todos os advogados devem seguir aqueles dispositivos previstos no Estatuto da Advocacia e no código de ética da OAB, sendo que a partir do momento que são tais dispositivos transgredidos, a devida sanção será aplicada sobre o operador do direito que assim agir, podendo acarretar inclusive na perda do registro na Ordem dos Advogados do Brasil.

O filme "O poder e a lei" serve aqui apenas como um pano de fundo para tratarmos de um tema que é motivo de muitas discussões, principalmente entre aqueles que não são do meio jurídico, que é a questão da ética na advocacia, o que é defeso ou não aos advogados no exercício de sua profissão.

Haller nada mais é do que um retrato de vários advogados, pois infelizmente, muito embora a maioria da classe ainda seja composta por pessoas dignas e honestas, que colocam em prática tudo aquilo que é ensinado nas Universidades e atuam dentro dos preceitos éticos, há algumas "laranjas podres" que contribuem para boa parte da sociedade alimentar sentimentos de desconfiança e muitas vezes até descrença pelos profissionais do direito.

Essa falta de crédito colocada pelas pessoas sobre a classe dos advogados, só mudará se os próprios operadores do direito que realizam práticas reprováveis no exercício de suas profissões, passarem a se preocupar com isso e mudarem suas atitudes.

A função principal desta nobre função jurídica não é tão somente o lucro, pois antes de qualquer coisa deve ser atendida a função social da profissão advocatícia. Advogar é "falar o Direito" em um caso concreto, é postular algo desejado por outra pessoa, que pela lei não possui capacidade postulatória para ingressar com uma ação (salvo exceções previstas em lei), o que é algo muito delicado, pois um processo envolve uma série de fatores, até mesmo emocionais, onde o autor deseja ver sua pretensão atendida, e o pólo passivo visa ver sua defesa técnica feita da melhor forma possível para não ser vencido.

Também há outro aspecto muito difícil de ser demonstrado para as pessoas leigas juridicamente: todos (sem exceções) têm direito ao contraditório e a ampla defesa, previstos em nossa Magna Carta, independente do quão sórdido e cruel tenha sido o crime cometido por um indivíduo.

Muitos indivíduos tendem a pensar, que há ausência de ética no fato de um advogado trabalhar para um cliente que cometeu um crime altamente reprovável socialmente, o que aqui ratificamos não ser verdade de forma alguma (deixando as questões de princípios e convicções pessoais de lado). Assim, o que torna advogados como Haller antiéticos, não é o tipo de cliente que eles atendem, mas sim a maneira como eles conduzem o andamento processual, e o trato com seus próprios clientes, inclusive.

É preciso haver uma relação de respeito com o cliente, com os profissionais da justiça e com a lei de uma forma ampla. O advogado que atua dentro de tudo aquilo que não é proibido por nenhuma lei, está atendendo minimamente ao que se espera dele, e no momento em que isso for uma prática usual por todos os profissionais do ramo, não haverão mais discussões nesse sentido, pois aquilo que o advogado pode ou não fazer é bem claro e especificado pelos dispositivos da OAB e outras leis, basta querer seguir aquilo que está previsto, não se preocupando apenas com vantagens pessoais.

Agir com probidade e de maneira ética e moralmente aceitável, não deve ser algo feito apenas porque existem sanções previstas em lei aos advogados com desvios de conduta, mas acima de tudo por uma questão de sinceridade, uma vez que ao fazer o juramento do advogado, é firmado um compromisso de como aquele indivíduo irá agir enquanto profissional da advocacia, onde dentre outros preceitos, é prometido defender valores como a ética, os deveres e prerrogativas previstos no Estatuto do Advogado, a Constituição Federal, justiça social, etc...

Escândalos envolvendo operadores da justiça são vários, mas o motivo para se acreditar no Direito, na Justiça e na Lei é óbvio: a maioria da classe jurídica é proba, ética e honesta, e enquanto essa realidade perdurar, sempre as imoralidades e falta de ética serão combatidas, visando proteger os clientes, a legalidade dos processos, e principalmente o ordenamento jurídico como um todo.

REFERÊNCIAS

BIZATTO, José Ildefonso. *Deontologia jurídica e ética profissional*.2.ed. São Paulo: Editora de Direito, 2000

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Estatuto da Advocacia e da OAB Regulamento Geral e Código de Ética de Disciplina.* Brasília-DF: OAB Conselho Federal, 2013.

BRASIL. Constituição federal. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Jornal Jurid. BRASIL. 2011. Disponível em: http*:<//www.jornaljurid.com.br/noticias/justica-condena-advogado-por-nao-repassar-valores-corretos-para-cliente*>. Acessado em: 22-04-2016.

Conjur. BRASIL. 2013. Disponível em: <*http://www.conjur.com.br/2013-mar-31/veja-conflitos-entre-advogado-cliente-sao-julgados-st>j. Acessado em 22-04-2016.*

BRASIL. Código Penal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo n. *2009/0103141-6 Re*lator: Ministro Jorge Julgado em: 04-10-11. Publicado em: 11-10-11. Disponível em: <*http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21067160/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1121653-pr-2009-0103141-6-stj*>. Acessado em: 24 de abril de 2016.

Canal ciências criminais. BRASIL. SEVERO, Jean de Menezes. 2016. Disponível em: <*http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/advocacia-criminal-e-os-riscos-da-profissao/*>. Acessado em: 26 de abril de 2016.

Estado de Minas.com. BRASIL. PARANAIBA, Guilherme. 2016. Disponível em: <*http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/03/21/interna_gerais,745551/advogado-morto-no-bairro-castelo-foi-alvo-de-vinganca-de-quadrilha.shtml*>. Acessado em: 26 de abril de 2016.

O VELHO SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO E O FILME *MINORITY REPORT – A NOVA LEI*

Simone Valadão Costa e Tressa[48]

RESUMO

O cinema aborda questões comuns ao cotidiano das pessoas, adentrando em matérias jurídicas, direta ou indiretamente. O filme *Minority Report – a nova lei* utiliza a temática jurídica diretamente. Este trabalho analisa as hipóteses apresentadas pela obra cinematográfica referida, conjugando-as com a ordem jurídica brasileira, a fim de avaliar propostas do filme para o aperfeiçoamento da persecução criminal no sistema processual penal. A metodologia utilizada consistiu na revisão da legislação e literatura jurídica brasileiras. O filme, embora do gênero ficção científica, contribuiu com a sugestão de investimento em novas tecnologias para maior eficiência e agilidade na resposta do Estado diante do fato criminoso; e a demonstração, *a contrario sensu*, da necessidade de observância dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito e cinema. Processo penal. Direitos fundamentais. Novas tecnologias. Razoável duração do processo.

ABSTRACT

The cinema addresses issues common to daily life, entering into legal matters, directly or indirectly. The movie *Minority Report - the new law* addresses the legal issues directly. This paper analyzes the assumptions made by the film work that, combining them with the Brazilian legal system in order to evaluate proposals of the film for the improvement of criminal prosecution in the criminal justice system. The methodology consisted of a brazilian's legal review and its doctrine. The movie, although the science fiction genre, contributed the investment suggestion in new technologies for greater efficiency and agility in the State's response to the criminal act; and demonstration, *a contrario sensu*, the need to respect fundamental rights.

[48] Graduada em Direito (Faculdade Vianna Júnior, Juiz de Fora/MG, 2001) e Letras (Universidade Federal de Juiz de Fora, 2004), pós-graduada em Direito Público (Escola Paulista de Direito, 2007), Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Keywords: Law and cinema. Criminal proceedings. Fundamental rights. New technologies. Reasonable duration of the process.

INTRODUÇÃO

O cinema, enquanto manifestação artística e cultural, agrega diversas áreas do conhecimento, produzindo obras para o entretenimento, a educação, a comunicação, a documentação, dentre outros fins.

Posta tal premissa, pode-se afirmar que várias produções cinematográficas abordam questões relacionadas direta ou indiretamente à área jurídica. Tal assertiva é valida especialmente porque o Direito é uma ciência presente em vários aspectos da vida humana, e, descrita esta no cinema, inevitável a presença do Direito.

Há filmes que abordam as questões jurídicas como assunto principal, tal como acontece no filme *Minority Report – a nova lei*.

Gabriel Lacerda, em seu livro "O direito no cinema", propõe uma classificação dos filmes que abordam assuntos relacionados ao Direito. No grupo 01 (um), inclui obras sobre justiça, processo, prova, atuação de advogados, e outros (LACERDA, 2007, p. 18).

Minority Report – a nova lei é uma obra cinematográfica do gênero ação/suspense (MINORITY…, 2002), produzida no ano 2002 e dirigido por Steven Spielberg, com a temática ficção científica e ações desenvolvidas no ano 2054. Por sua natureza, apresenta hipóteses não condizentes com a realidade atual. Contudo, o filme em referência traz consigo grande importância, pois apresenta sugestões de combate ao crime, cujo exame se mostra interessante na área de processo penal, com o objetivo de avançar os limites desta área de pesquisa.

Diante da criminalidade sempre crescente, o processo penal, assim como o direito penal, é uma área do Direito exposta a constantes aperfeiçoamentos, a exemplo, no Brasil, das recentes reformas legislativas nos procedimentos, Júri, provas e prisões.

Nesse contexto, o filme contribui para uma reflexão sobre possíveis mudanças no procedimento de persecução criminal. Além disso, propõe uma discussão sobre os limites impostos por princípios constitucionais e direitos fundamentais à ação do Estado no combate ao crime.

O assunto central apresentado na película está relacionado à forma de apuração, julgamento e condenação de criminosos que supostamente estariam prestes a cometer o crime

de homicídio.

Deve-se deixar claro que, embora a obra estudada apresente, como resultado da aplicação do novo sistema, a completa eliminação do crime de homicídio, por ser uma hipótese inteiramente baseada na ficção, é descabido qualquer argumento que direcione as questões aqui levantadas à possibilidade de extinção de qualquer espécie criminosa.

Tal êxito, em realidade, numa sociedade composta por seres humanos falíveis, se mostra, no mínimo, impossível. Portanto, as questões propostas têm como objetivo a análise do sistema real e o levantamento de hipóteses, visando impulsionar o avanço no estudo do processo penal.

O presente trabalho tem por objetivo avaliar as hipóteses apresentadas pelo filme, buscando responder o seguinte questionamento: os direitos fundamentais devem ser sacrificados ou ignorados em nome do controle da criminalidade?

A resposta a tal pergunta se dá pela análise de princípios constitucionais e processuais penais, especialmente o direito fundamental ao devido processo legal, avaliados de acordo com as proposições expostas no filme. Assim, a metodologia utilizada é a revisão da legislação pátria e respectiva doutrina, buscando identificar as contribuições da obra cinematográfica e as hipóteses que divergem da legislação brasileira.

A importância do trabalho aqui proposto reside nas reflexões levantadas pela ficção, pois a partir destas é possível extrair elementos que possibilitam uma avaliação crítica do atual sistema processual penal adotado no Brasil. O filme serve de fonte de inspiração para a formulação de sugestões de aperfeiçoamento do sistema e de reforço aos aspectos positivos dos princípios vigentes, que priorizam o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

1 BREVE RELATO SOBRE O FILME

Neste tópico será apresentada uma breve exposição sobre as principais fatos apresentados pelo filme, sem ênfase em detalhes sobre os acontecimentos narrados, quando desnecessários para o fim deste trabalho. Os dados foram obtidos pela observação do próprio filme e a partir da transcrição de Lacerda (LACERDA, 2007, p. 177 a185).

O filme apresenta um contexto no qual é aplicado um novo sistema de investigação e julgamento de crimes de homicídio, chamado *Precrime*. Referido sistema foi inicialmente testado em Washington DC e havia uma consulta popular em andamento buscando a ampliação do sistema para todo o território americano.

Como o próprio nome indica, as ações da polícia, validadas pelo Poder Judiciário, são realizadas antes que o crime seja consumado, evitando a conduta criminosa, salvando a vítima e punindo o criminoso.

Importante destacar que, de acordo com o filme, o local onde o sistema foi adotado experimentou a completa eliminação dos assassinatos e a promessa das autoridades era de total infalibilidade do sistema.

A história tem como personagem central um policial, John Anderton, cuja perda de um filho ainda criança é apresentada como sua motivação para a dedicação ao *Precrime*. Lamar Burgess é seu chefe e diretor do sistema.

Essa nova estrutura é baseada em visões do futuro vivenciadas por três "videntes" denominados *precogs*, dois rapazes e uma moça, Agatha, os quais são mantidos pelo Estado, imersos em um líquido que os nutre e com eletrodos na cabeça que viabilizam a transmissão das visões para equipamentos eletrônicos, transformando-as em imagens, sob a monitoração do *Precrime*.

Minority Report – a nova lei tem a origem de seu nome baseada no relatório de minoria gerado quando houvesse discordância de previsão entre os "videntes". Esses relatórios eram destruídos para evitar insegurança no público (LACERDA, 2007, p. 178).

O local onde são mantidos os *precogs* é chamado de *templo*, havendo nítida correlação do sistema com uma ideia religiosa de Justiça.

A partir das imagens fornecidas pelas visões, são identificados o homicida e a vítima, com indicações pelos nomes inscritos em esferas liberadas pelos equipamentos.

Todos os dados ou provas disponíveis são oriundos das imagens produzidas pelos *precogs*. O lugar do crime é identificado a partir da análise das imagens e o tempo do crime é determinado pelos "videntes" momentos antes do ato criminoso, havendo período razoável para a ação da polícia.

Há presunção absoluta, a partir das visões, de que o crime ocorrerá, tão certo como é a queda de um objeto pela força da gravidade (exemplo dado pelo filme).

Tão logo o evento criminoso seja identificado, ocorre uma validação do procedimento por Juízes previamente designados. Contudo, toda a atividade de análise dos dados fornecidos pelos *precogs*, julgamento, prisão e condução do criminoso ao estabelecimento prisional é feita pela autoridade policial.

Em razão da possibilidade de expansão do novo sistema para todo o território americano, o Poder Judiciário manifesta interesse em executar todas as atividades do *Precrime*, encarregando um representante para avaliação do sistema, Danny Witwer, o qual acaba

descobrindo falhas no sistema e é assassinado por isso.

Não há julgamento com contraditório e ampla defesa. O criminoso é detido no instante exato em que cometeria o ato delituoso, identificado e levado à prisão.

A identificação do autor do delito é feita pela leitura da íris, imediatamente, no local dos fatos. É feita uma explicação verbal ao criminoso quanto aos motivos da privação da liberdade e a própria autoridade policial coloca uma espécie de capacete (*halo*) na cabeça do ofensor, visando imobilizá-lo, permanecendo dessa forma por todo o cumprimento da pena.

O criminoso é, então, levado para uma prisão denominada *containment*, uma espécie de depósito onde cada condenado permanece imobilizado, envolvido por um halo (*halowed*), perpetuamente.

Quanto os crimes apresentados, o filme retrata, inicialmente, a ação policial preventiva de um homicídio que seria realizado por um marido contra sua mulher que o traía com outro homem. Toda a ação policial se passa conforme as regras determinadas pelo *Precrime*.

Três outros homicídios são retratados. Contudo, nestes, é descrita a manipulação do sistema por um de seus idealizadores, demonstrando sua falha. Um deles é a condenação de John Doe, o homem acusado do assassinato da mãe de Agatha, a *precog*, a partir da manipulação do sistema perpetrada por Lamar Burgess, o verdadeiro homicida. Outro, se dá com a tentativa de manipulação de provas do desaparecimento do filho de John Anderton e a acusação e condenação deste pelo homicídio de Leo Crow, o suposto assassino do filho de John. A motivação do crime praticado por John Anderton fora manipulada por Lamar Burgess em razão do receio deste de que John Anderton descobrisse a verdade sobre a morte de Anne Lively, mãe de Agatha. E, por fim, o assassinato de Danny Witwer por Burgess, em razão da descoberta de falhas no sistema.

A história é encerrada informando que o *Precrime* deixou de ser aplicado, após seis anos de funcionamento.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E GARANTIA

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover, o direito processual tem "finalidade preponderantemente sócio-política" e "evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado" (2008, p. 70).

Assim, se de um lado, as ações de um Estado comprometido com o princípio democrático impõem a aplicação da sanção penal como forma de salvaguardar a ordem pública;

de outro, o direito individual à liberdade, à dignidade e ao devido processo legal, com seus consectários, assegura a cada cidadão que o processo penal seja guiado pelos direitos humanos, há muito apregoados como supraestatais.

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". (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, 2012, p. 19; NUCCI, 2008, p. 76).

O devido processo legal é um direito humano, previsto, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz em seu artigo 11 a seguinte determinação:

> Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (ONU, 1948).

Na Constituição brasileira vigente, está previsto como direito fundamental em seu artigo 5º, inciso LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet que o direito de igualdade formal (perante a lei) e as garantias processuais, sendo o devido processo legal um exemplo, estão compreendidos entre os direitos fundamentais de primeira dimensão (SARLET, 2012, p. 32).

Segundo Sarlet, "os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo" (Ibdem, p. 48).

A doutrina de Direito Processual Penal reconhece, ainda, o devido processo legal como um princípio constitucional geral do processo penal (NUCCI, 2008, p. 95). Portanto, a partir desse princípio decorrem outros que garantem sua observância e protegem as liberdades individuais contra a ação do Estado.

Adotando o raciocínio ensinado por Nucci, é possível afirmar que não haverá devido processo legal se não forem assegurados o contraditório e a ampla defesa, se não houver justa causa para a Ação Penal, se o julgamento for presidido por juízo parcial, incompetente ou de

exceção, dentre outros direitos (Ibdem, p. 96).

Importante acrescentar que o devido processo legal e os princípios que dele decorrem têm por fim a observância do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista que este abriga um conteúdo mínimo de proteção do indivíduo (SARLET, 2012, p. 397).

Utilizando os ensinamentos de Pedro Lenza, temos que a dignidade da pessoa humana foi consolidada, no ordenamento jurídico brasileiro, como fundamento da República Federativa do Brasil, podendo ser definido como o "núcleo essencial do constitucionalismo moderno" (2011, p. 1153).

Dentre as normas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil como direitos fundamentais, em consonância com previsões contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e/ou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), concernentes ao processo penal, temos: juiz natural; contraditório e ampla defesa; igualdade processual ou igualdade de armas; publicidade; motivação das decisões judiciárias; licitude dos meios de obtenção das provas; inviolabilidade do domicílio; sigilo das comunicações em geral e de dados; presunção de não culpabilidade; vedação à identificação criminal datiloscópica de pessoas já identificadas civilmente, ressalvadas as hipóteses legais; indenização pelo erro judiciário e pela prisão que supere os limites da condenação; prisão ordenada somente por autoridade judiciária competente, salvo flagrante e transgressões propriamente militares; comunicação imediata da prisão ao juiz; relaxamento da prisão ilegal; direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório; liberdade provisória; vedação à incomunicabilidade do preso; informação ao preso de seus direitos; assistência do defensor e da família; razoável duração do processo.

Todos esses direitos são consectários do devido processo legal e sua observância é imperiosa, sob pena de infringência do fundamento da dignidade da pessoa humana e violação aos princípios do Estado Democrático de Direito.

3 ANÁLISE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO FILME *MINORITY REPORT*

Há no filme uma sugestão de correlação entre o conceito religioso de Justiça e o *Precrime*, ao serem utilizados videntes para a identificação do fato criminoso, os quais são mantidos em um local denominado *templo*. Com isso, é possível visualizar um possível retrocesso apresentado pelo sistema fictício, o qual remonta ao Tribunal de Inquisição, orquestrado pela igreja (MIRABETE, 1998, p. 35).

O filme retrata um procedimento sumaríssimo de apuração e julgamento de criminosos. Observa-se que o procedimento adotado viola direitos humanos definidos atualmente como indispensáveis no Estado Democrático de Direito, pautado pelo fundamento da dignidade da pessoa humana.

Consideradas algumas adaptações, o sistema processual penal adotado pelo *Precrime* é o inquisitivo. As características que enquadram o procedimento fictício no sistema mencionado podem ser assim enumeradas: concentração do poder nas mãos de um único representante do Estado, que exerce a função de acusador e julgador; não há debates; o julgador não está sujeito a recusa; o procedimento não observa a publicidade; há ausência de contraditório e ampla defesa; não existem partes; há presunção de culpa (NUCCI, 2008, p. 116).

É possível observar a violação ao princípio do juiz natural no *Precrime*, na medida em que todo o processo é comandado pela polícia, cujas ações são apenas validadas pelos Juízes designados. O sistema apresentado não permite que o Juiz avalie o processo, as provas e a acusação de forma profunda e imparcial. A ação policial é considerada suficiente para condenação do criminoso. Pode-se afirmar que há motivação tácita das decisões que levam à condenação.

Dentre os princípios processuais penais violados na obra cinematográfica, os que mais chamam a atenção é o contraditório e a ampla defesa. Em nenhum momento é assegurado ao acusado uma defesa, seja técnica ou a autodefesa. Tampouco há contraditório, a condenação se dá unicamente com base na acusação orquestrada pelos representantes estatais.

Não é assegurada a igualdade processual ou igualdade de armas no sistema em comento. É possível observar que somente a acusação produz provas e argumentos. Não há igualdade entre acusação e defesa, mesmo porque esta última é inexistente.

Quanto à publicidade, o filme não mostra atividades que garantam a publicidade, sugerindo a violação deste princípio. Ressalte-se que há nítida preocupação governamental com a opinião pública sobre o *Precrime,* o que não significa que haja observância da publicidade.

Em relação à licitude dos meios de obtenção das provas, o filme nos traz hipóteses que deixam dúvidas quanto à licitude. As provas colhidas estão sedimentadas em visões, uma espécie de ação espiritual de videntes escolhidos para tanto. Logo, possível questionar a licitude de tais provas. Aqui, importante frisar a confusão que o filme aponta entre a persecução penal legalmente validada e a interferência da religião no processo penal.

O princípio da presunção de não culpabilidade é fortemente violado. Isto porque, não é dado ao réu o direito de defender-se e provar sua inocência num procedimento amparado pelo contraditório e ampla defesa. O acusado é condenado no momento da abordagem em razão do

fato criminoso e é levado à prisão.

No filme, ocorre a identificação do réu pela íris, tanto nas perseguições, quanto no momento da prisão. Na perseguição com uso de aranhas eletrônicas que fazem identificação pela íris, há indicação de lei autorizando a ação. Nesse caso, aplicando-se a legislação brasileira como parâmetro, tal identificação, de fato, somente deveria ser permitida por lei, no caso de pessoas já identificadas civilmente.

Quanto à prisão, a validação do procedimento por autoridade judiciária teria a finalidade de convalidá-la. Contudo, após a prisão, o sistema fictício não permitiria que o Juiz avaliasse a legalidade da privação da liberdade, possibilitando hipóteses de prisões ilegais, como ocorreu no caso relatado pelo filme, quando o sistema foi manipulado para condenação de um inocente, John Doe, pela morte de Anne Lively, verdadeiramente assassinada por Lamar Burgess.

Outro aspecto incompatível com o sistema brasileiro é a incomunicabilidade do preso. Vemos que os réus presos no *Precrime* são mantidos incomunicáveis, violando a dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, o *Precrime* não permite assistência por defensor e pela família.

Por outro lado, o filme demonstra que há informação ao preso sobre seus direitos no momento da prisão, fato reconhecido por Gabriel Lacerda como um respeito ao devido processo legal americano (2007, p. 182) e, diga-se, também ao brasileiro.

Finalmente, não há dúvidas quanto ao atendimento do princípio da razoável duração do processo. Esta é uma face positiva do sistema ficcional apresentado.

Muitas violações aos direitos fundamentais foram abordadas, mas é importante utilizar as hipóteses apresentadas como meios de avaliação do sistema real utilizado no Brasil, o qual possui uma ordem jurídica que prevê diversos direitos e garantias ao indivíduo, preservando sua dignidade e liberdade contra qualquer abuso do poder estatal.

O filme *Minority Report – a nova lei* traz uma profunda reflexão sobre a necessidade de utilização de novas tecnologias e novos paradigmas legais para o combate eficaz da criminalidade. Mas, um questionamento pertinente diz respeito ao limite imposto pela dignidade da pessoa humana, a qual não deve ser preterida frente a necessidade de combate ao crime e garantia da paz e ordem públicas.

O próprio filme nos mostra que o sistema ficcional do *Precrime* apresentou suas falhas, apesar do sacrifício de diversos direitos fundamentais. Além disso, a pena imposta aos condenados no referido sistema é equivalente à morte, a qual é vedada na ordem jurídica brasileira, salvo uma única exceção: guerra declarada.

A supressão de direitos fundamentais em prol do combate à criminalidade significa, em última análise, na banalização do ser humano. Sem este não há sociedade, não há Estado e todo e qualquer sistema processual penal perde seu sentido. Logo, ainda que a proposta fosse real e infalível, haveria necessidade de observância dos direitos fundamentais estritamente necessários à dignidade da pessoa humana.

É inegável que o filme mostra atividades de persecução criminal e imposição de pena que devem ser avaliadas positivamente, tais como: aplicação de novas tecnologias na apuração de crimes; maior integração entre investigação policial e processo judicial; celeridade processual; e investimento no sistema prisional.

O filme expõe uma sugestão de relativização do devido processo legal com a simplificação do sistema, sem apego a formalidades e procedimentos inúteis. Mas, conforme já descrito, necessária também a observância do fundamento da dignidade da pessoa humana, bem como conjugação de valores, a fim de assegurar os direitos fundamentais.

4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Brasil, a presunção de inocência é direito fundamental previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Sem adentrar em matéria propriamente de Direito Penal, imperioso destacar que, no sistema brasileiro, é admitida a condenação pela tentativa criminosa, seja nos crimes classificados como de atentado, seja pela aplicação da causa de redução de pena.

Não há observância ao princípio da presunção de não culpabilidade no filme analisado, pois o réu é preso a partir de uma investigação fundamentada em visões, não lhe é dado o direito de contraditório e ampla defesa, não há julgamento que avalie as provas produzidas, não é dado direito de recurso e o condenado é levado à prisão perpétua.

Ademais, embora a própria obra cinematográfica deixe registrado que os *precogs* não vêm a pretensão, mas a ação futura que de fato acontecerá, é nítida a interferência do Estado na vida privada do criminoso, agindo diretamente sobre suas intenções futuras que, como o próprio filme pontua, integram sua liberdade de escolha. Ao se admitir um sistema penal como o ficcional, estaria sendo permitida uma invasão do Estado na esfera individual, sem respeito à liberdade de escolha do indivíduo.

Aspecto recente e relevante neste tema refere-se a decisão da Suprema Corte brasileira, na qual foi determinado o cumprimento de pena provisória, antes do trânsito em julgado da

decisão condenatória, desde que a condenação tenha sido confirmada em segundo grau de jurisdição (PENA ..., 2016).

No referido julgamento, a Corte Maior brasileira foi na contramão de entendimento até então por ela mesma adotado desde 2009 (BRASIL, STF, HC 84.078, 2009), segundo o qual a execução da pena se daria somente após o trânsito em julgado, ressalvada a necessidade de decretação de prisão preventiva, preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Referida decisão recente traz nova interpretação para o princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República, ao permitir o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

O novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal contribui para a celeridade da resposta do Estado à ação criminosa, pois não permitirá que o condenado procrastine o cumprimento da pena privativa de liberdade em razão de questionamentos unicamente de direito, haja vista que o conteúdo fático não poderá ser revisitado após o julgamento de segundo grau.

Minority Report apresenta reflexões diretamente relacionadas a tal aspecto, pois o que se busca com o *Precrime* é a eliminação do crime de homicídio, o que poderia ser estendido a outros tipos penais. E para se alcançar esse objetivo é necessária a relativização da interpretação de alguns princípios, aplicando-se a ponderação e a concordância prática ensinadas por J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 190), por meio da qual deve-se ponderar a aplicação das normas, de acordo com o caso concreto.

5 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A razoável duração do processo está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil entre os direitos e garantias fundamentais, conforme inciso LXXVIII, do artigo 5º (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Encontra amparo, ainda, no inciso I do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 1969).

O *Precrime* apresenta uma hipótese de apuração, julgamento e condenação de criminosos que exige apenas algumas horas.

A tecnologia e seu uso apropriado em favor do Poder Público é um aspecto muito importante na obra cinematográfica sob análise. A polícia, na ficção, é dotada dos mais diversos

equipamentos modernos que possibilitam a apuração da materialidade e autoria em pouco tempo.

Os juízes acompanham remotamente a *notitia criminis* e a apuração preliminar, bem como validam a ação policial por meio de videoconferência, evitando complexos e demorados procedimentos.

Nesse ponto, devemos aproveitar a sugestão de aprimoramento tecnológico da polícia e a validação das investigações de modo simplificado.

Observadas as garantias constitucionais e processuais mínimas ao respeito da dignidade da pessoa humana, a persecução penal, no Brasil, necessita de reformulações que tornem efetiva a razoável duração do processo.

Em nosso país, utilizando como exemplo processos-crime de notoriedade nacional, vemos que a resposta penal proveniente do julgamento é demorada e se arrasta ao logo do tempo, gerando insegurança jurídica. Vejamos:

Crime	**Processo**	**Datas do fato e da condenação em primeiro grau**
Caso Amarildo[1]	0271912-17.2013.8.19.0001	Fato criminoso: 13 ou 14 de julho de 2013. Sentença de 1º grau: 29/01/16.
Canibalismo em PE[2]	0005961-91.2012.8.17.0990	Fato: maio/2008. Sentença de 1º grau: 14/11/2014
Menino Bernardo[3]	0001839-82.2014.8.21.0075	Fato: 04/04/2014 Sentença de 1º grau: até 1º/03/16 não há.
Boate Kiss[4]	0002353-19.2013.8.21.0027	Fato: 27/01/2013 Sentença de 1º grau: até 1º/03/16 não há.

[1] (CASO Amarildo..., 2016)

[2] (BRASIL. TJPE, 2014)

[3] (BRASIL. TJRS, 2014)

4 (BRASIL. TJRS, 2013)

A proposta, embora fictícia, apresentada em *Minority Report*, pode ser avaliada como uma boa sugestão para aprimoramento do sistema processual penal, de modo a, com a utilização da tecnologia, torná-lo realmente efetivo e capaz de proporcionar à sociedade uma resposta rápida, diante da violação de bens jurídicos essenciais violados pela conduta criminosa.

Deve-se ressaltar que o sistema processual misto, composto pela fase inquisitiva e acusatória, naturalmente requer um lapso temporal maior para a conclusão da persecução penal.

Isto se dá, especialmente em razão dos princípios do contraditório e ampla defesa garantidos na fase acusatória.

Contudo, a sugestão do filme ainda é válida, pois certamente o aprimoramento tecnológico da investigação criminal e processo judicial acusatório só tem a contribuir para um processo penal mais ágil e eficiente.

6 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Outro aspecto que chama a atenção na obra de ficção analisada é a ausência de contraditório e ampla defesa no *Precrime*, pois realizado sob o sistema inquisitivo, no qual, por sua natureza, tais princípios de defesa não são observados.

A agilidade com que a apuração é feita induz a conclusão de que o sistema hipotético é eficiente. Entretanto, o aproveitamento incondicional das provas colhidas na ausência do contraditório e da ampla defesa infringe postulados basilares do Estado Democrático de Direito, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Exemplos de tal afirmativa são demonstrados no próprio filme, com a equivocada condenação de John Doe, o homem acusado do assassinato da mãe de Agatha, a *precog*, a partir da manipulação do sistema perpetrada por Lamar Burgess, o verdadeiro homicida.

Um segundo exemplo se dá com a tentativa de manipulação de provas do desaparecimento do filho de John Anderton e a acusação e condenação deste pelo homicídio de Leo Crow, o suposto assassino do filho de John. A motivação do crime praticado por John Anderton fora manipulada por Lamar Burgess em razão do receio deste de que John Anderton descobrisse a verdade sobre a morte de Anne Lively, mãe de Agatha.

Nos dois exemplos, são expostas condenações de inocentes que não puderam se defender das acusações, isto é, não tiveram garantidos o contraditório e a ampla defesa.

O sistema processual penal acusatório é justamente uma reação ao inquisitivo, tendo florescido após a Revolução Francesa, trazendo consigo traços fundamentais, como: contraditório; igualdade entre acusação e defesa; publicidade; distinção entre a pessoa que acusa, defende e julga; não é dado ao juiz iniciar o processo (MIRABETE, 1998, p. 40).

Hoje, em muitos países, é adotado o sistema misto, que conjuga fases nas quais há o predomínio de um ou outro sistema.

Por outro lado, salienta Nucci, o Inquérito destina-se à formação de opinião do órgão acusatório, não havendo necessidade de contraditório e ampla defesa eficiente, haja vista que

tal direito é garantido na fase judicial acusatória (NUCCI, 2008, p. 167). Embora tal argumento seja válido, é possível observar que a produção de provas unicamente pelo Estado para fundamentar o processo judicial penal, sem que seja dada a oportunidade à defesa de, no mínimo, ter amplo conhecimento das provas produzidas, importa supressão de direitos fundamentais.

O filme traz à reflexão o prejuízo sofrido pelo acusado que não pode se valer de meios defensivos para afastar a condenação, o que, em nossa realidade, ocorre na fase preliminar de apuração penal, ou seja, na investigação criminal. No Brasil, essa fase preliminar não permite defesa, havendo a produção de provas apenas pela Polícia Judiciária ou Ministério Público.

A ausência de defesa na fase inquisitiva pode ter como consequência a dificuldade defensiva na fase acusatória judicial, pois o réu terá que se defender de provas produzidas com liberdade pelos representantes do Estado, sem qualquer possibilidade de interferência da defesa.

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14 que assegura ao defensor o acesso amplo aos elementos de prova documentados em procedimento investigatório, no interesse do representado e naquilo que diga respeito ao exercício do direito de defesa (BRASIL, STF, Súmula Vinculante nº 14).

Acrescente-se que, recentemente, a Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016 (BRASIL, Lei Ordinária…, 2016), garantiu aos advogados o direito de examinar autos de flagrante e de investigação; e assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração apresentar razões e quesitos. Não houve mitigação à natureza inquisitiva do Inquérito Policial, pois as regras expostas pela recente legislação não implica contraditório e ampla defesa no curso do Inquérito. Mas, a atividade defensiva foi preservada, ainda no curso da investigação policial.

As garantias de acesso e oferecimento de razões e quesitos no curso do Inquérito têm o objetivo de proporcionar à defesa o conhecimento e a formulação de estratégias defensivas para a fase judicial. Ademais, no próprio Inquérito, o advogado tem a oportunidade de consignar possíveis nulidades e irregularidades, bem como levar ao conhecimento da autoridade policial e do Ministério Público possíveis razões que culminem com o arquivamento dos autos investigatórios.

Ademais, embora no procedimento inquisitivo não haja oportunidade de interferência efetiva da defesa, o acesso do defensor aos elementos de prova permite o controle de legalidade da investigação, podendo se valer de meios judiciais cabíveis em caso de ilegalidade ou abuso de poder, por exemplo, de Habeas Corpus ou Mandado de Segurança.

Conclui-se que o filme, *a contrario sensu*, reforça a necessidade de contraditório e

ampla defesa, especialmente ao apresentar hipótese na qual um inocente, John Doe, foi injustamente condenado em razão da manipulação do sistema pelo verdadeiro criminoso, Lamar Burgess.

É necessária a observância dos direitos fundamentais sem apego a formalidades e procedimentos desnecessários, complexos e demorados. A rápida solução de crimes exige a otimização do sistema processual penal.

Necessário explicitar que o sistema processual penal adotado no Brasil é, também, falível, sendo de conhecimento notório a ocorrência de condenações injustas, ainda que observados direitos fundamentais. Entretanto, a falibilidade do sistema está em segundo plano, tendo em vista a importância de proteção dos direitos fundamentais, os quais são inerentes à própria natureza humana.

7 O APROVEITAMENTO INCONDICIONAL DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITIVA PARA CONDENAÇÃO

Em *Minority Report*, as ações policiais são meramente validadas pelo Poder Judiciário. Todas as provas policiais são utilizadas incondicionalmente para a condenação.

No Brasil, a jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal indica que as provas colhidas em fase policial não podem servir de forma isolada para justificar uma condenação criminal (BRASIL, STF, RE 607.173, 2010). Contudo, a realidade de diversas condenações proferidas pelos Juízos brasileiros de primeiro grau demonstram total desrespeito ao devido processo legal.

Utilizando-se o argumento frágil de que as provas colhidas em fase policial estão em consonância com os demais elementos contidos nos autos, as provas realizadas unicamente em fase de investigação preliminar são aproveitados para fundamentar condenações penais por todo o país, a exemplo da decisão reformada pela Suprema Corte brasileira, acima referenciada.

As provas colhidas em contexto inquisitivo, deveriam servir tão somente para suportar a propositura da Ação Penal pelo Ministério Público, amparando seus argumentos acusatórios e viabilizando uma demanda judicial sólida, evitando procedimentos desnecessários pelo Poder Judiciário.

No mesmo sentido, quanto ao aproveitamento de provas testemunhais produzidas unicamente por policiais, é possível observar, no Brasil, que os depoimentos de policiais são utilizados sob a condição de não estarem isolados no conjunto probatório (BRASIL, TJSP

Apelação nº 0018209-83.2011.8.26.0405, 2015).

O filme contribui para a reflexão quanto à utilização das provas produzidas em fase inquisitiva em conformidade com aquelas obtidas sob o contraditório e a ampla defesa, pois demonstra que um procedimento unicamente inquisitivo pode apresentar muitos prejuízos aos direitos individuais.

CONCLUSÃO

Minority Report – a nova lei aborda de forma direta aspectos de direito processual penal visando levantar questões referentes ao combate da criminalidade.

Apresentando uma proposta fictícia de sistema processual penal moderno e inovador, o filme postula por uma ação do Estado eficaz e capaz de eliminação da conduta criminosa.

Como observado desde o início, impossível a adoção de qualquer sistema que elimine por completo a criminalidade, haja vista que a sociedade é regida por comportamentos humanos. O ser humano, falível por natureza, produz ações contrárias ao convívio social, violando bens jurídicos penalmente relevantes.

Embora inaplicável o sistema *Precrime*, tal como apresentado em *Minority Report – a nova lei*, sua contribuição é inegável. Como visto, a obra cinematográfica contribui para reforçar a necessidade de contraditório e ampla defesa e observância do princípio da presunção de inocência, evitando condenações baseadas unicamente no velho sistema inquisitivo.

A película contribui com a ordem jurídica, ainda, ao propor a adoção de novas tecnologias e a simplificação de procedimentos para a apuração e julgamento de crimes, garantindo a razoável duração do processo e, consequentemente, uma resposta rápida do Estado frente a sempre crescente criminalidade.

Este trabalho trouxe uma análise sobre o devido processo legal a partir do procedimento proposto pelo filme, podendo concluir-se que, sendo um direito fundamental intrínseco ao Estado Democrático de Direito e sendo garantia individual frente a autoridade estatal, deve ser observado.

A rápida solução do crime exige, além da adoção de novas tecnologias, a relativização na interpretação de alguns direitos. Contudo, para se alcançar tal finalidade, os direitos fundamentais não devem ser ignorados ou sacrificados, sob pena de retrocesso, condenação de inocentes em grande escala e violação do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Por óbvio, o sistema hoje adotado no Brasil é, também, falho. Mas suas falhas são

pontuais e não podem ser atribuídas à inobservância de direitos fundamentais.

Aproveitando as reflexões propostas pelo filme e, por pertinência temática, foram abordadas, ainda, recentes modificações legislativa e de entendimento jurisprudencial que trouxeram uma garantia ao direito de defesa na fase de investigação policial e a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença. Ambos os aspectos apresentam uma mitigação de regras até então adotadas, visando, de um lado, a proteção de direitos individuais e, de outro, a rápida resposta do Estado frente ao fato criminoso. Tais posicionamentos do ordenamento jurídico pátrio refletem a necessidade de aperfeiçoamento do sistema, exatamente como proposto pelo filme analisado neste trabalho.

O Direito é uma ciência intrinsecamente relacionada ao comportamento humano. A contribuição do cinema para a ciência jurídica deve ser sempre objeto de estudo, visando ampliar o campo de pesquisa na área. Afinal, as obras de ficção têm por base pontos de vista comuns ao cotidiano das pessoas ou ilustram aspirações de cientistas e estudiosos para o futuro, sendo campo fértil para a elaboração de novas teorias e apresentação de hipóteses proveitosas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 mar. 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.

_____. *Lei Ordinária Federal nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. *Habeas Corpus* nº 84.078, Brasília, 05 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84078%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. _____. _____. *Recurso Extraordinário nº 607.173*, Brasília, 11 fev. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+607173%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ctwt4y4>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. _____. _____. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em:<http://www.stf.jus.br /portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Consulta processual. *Processo nº 005961-91.2012.8.17.0990*. Recife, 14 nov. 2014. Disponível em <http://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/xhtml/resultado.xhtml>. Acesso em 01 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consulta processual. *Apelação nº 0018209-83.2011.8.26.0405*, São Paulo, 30 jan. 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=0C9D1EF913D43C9946678E4ABA4E828B.cpo1?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0018209-83.2011&foroNumeroUnificado=0405&dePesquisaNuUnificado=001820983.2011.8.26.0405&dePesquisaNuAntigo=>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consulta processual. Processo nº 0001839-82.2014.8.21.0075. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 01 mar. 2016.

_____. _____. _____. Processo nº 0002353-19.2013.8.21.0027. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 01 mar. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed, rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos humanos e fundamentais*. Coleção saberes do direito, 57. Coordenação: Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASO Amarildo: condenados policiais que participaram do crime de tortura. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 01 fev. 2016. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/29301>. Acesso em: 18 fev. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

LACERDA, Gabriel. *O direito no cinema: relato de uma experiência didática no campo do direito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 15. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo:

Saraiva, 2011.

MINORITY Report. Direção: Steven Spielberg. Produtores: Geral R. Molen, Bonnie Curtis, Walter F. Parkes e Jan de Bont. Estados Unidos: 20th Century Fox, 2002. Disponível em: <http://www.netflix.com/br>. Acesso em: 14 jan. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo:Atlas, 1998.

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

PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 fev. 2016. HC 126.292. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 03 mar. 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.

"*SEVEN*" E O APRIMORAMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: "VALE A PENA LUTAR POR ELE"

Vanessa Rui Fávero[49]

Ana Luiza Godoy Pulcinelli[50]

RESUMO

O filme "*Seven: Os Sete Crimes Capitais"* é um thriller policial que para muitos entra no grupo dos melhores do gênero, ao demonstrar cinematograficamente parte da crueldade que domina o mundo em que vivemos em crimes bárbaros que guardam correlação com os sete pecados capitais. Neste envolvente enredo, a frase proferida por um dos personagens ao final do filme –"*Ernest Hemingway escreveu uma vez 'O mundo é um lugar bom, e vale a pena lutar por ele'. Eu concordo com a segunda parte*" – pode nos levar a intrigantes reflexões. Nos aproveitando dessa mensagem final de que vale a pena lutar pelo mundo, mesmo diante das aberrações que o permeiam, o presente artigo busca ventilar o aprimoramento da política criminal brasileira que, mesmo ainda arraigada de um certo viés reativo-repressivo excessivo, pode ser melhor operacionalizada "valendo a pena lutar" por seu aperfeiçoamento, bem como somos convidados a refletir sobre a criminalidade aparente – que por "sangrar" chama muito mais atenção dos holofotes da política criminal –, em detrimento da criminalidade oculta, muito mais nefasta que essa primeira em uma visão macroestrutural do sistema.

Palavras-chave: criminalidade aparente; criminalidade oculta; política criminal; aprimoramento.

[49]Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Aluna Especial para o Doutorado em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FD/USP (Largo de São Francisco) na disciplina de "Mediação em Conflitos de Justiça, Cultura de Paz e Promoção dos Direitos Humanos". Curso em andamento de Formação de Mediadores e Conciliadores pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2013). Advogada. Integrante dos Grupos de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais; Democracia e Direitos Fundamentais e Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas..– e-mail: vanessa_vrf@hotmail.com.

[50]Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós graduanda em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito. Professora de Direito Tributário na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, *campus* Cornélio Procópio. Assistente de Magistrado. Integrante dos Grupos de Pesquisa Políticas Públicas – e-mail: luizapulcinelli@uenp.edu.br.

ABSTRACT

The film "Seven: Seven Capital Crimes" is a crime thriller that for many entering the group of the genre's best, to show cinematically part of the cruelty that dominates the world we live in barbarous crimes that keep correlation with the seven sins capital. In this engaging storyline, the phrase uttered by one of the characters at the end of the film - "Ernest Hemingway once wrote" The world is a good place, and worth fighting for it. "I agree with the second part "- can lead us to intriguing reflections. In taking advantage of this final message that is worth fighting for the world, even before the aberrations that permeate, this article seeks to ventilate the improvement of Brazilian criminal policy even further entrenched a certain excessive reactive-repressive bias can best be operationalized "paying off fight" for their improvement, and we are invited to reflect on the apparent crime - that by "bleeding" draws a lot more attention from the spotlight of the criminal policy - at the expense of hidden crime, much more ominous that this first in broader structural aspects of the system.

Keywords: apparent crime; hidden crime; criminal policy; enhancement.

INTRODUÇÃO

Seven foi um marco importantíssimo na filmografia de David Fincher e apresenta um trabalho muito aclamado no que diz respeito à conjugação dos vários elementos essenciais ao sucesso do filme tais como luz, som, tipografia dentre vários planos; chamando atenção ainda a frase de efeito utilizada para o fechamento do enredo, posicionando-se um de seus personagens em concordar apenas com a segunda parte da citação de Ernest Hemingway consistente em “O mundo é um bom lugar e vale a pena lutar por ele”.

Diante desse convite a reflexões, o artigo tem como pressuposto uma sociedade que vê no sistema penal uma importantíssima forma de controle social – atribuindo-lhe, em alguns momentos, até mesmo maior relevância do que deveria possuir –, demonstrando-se, assim, essencial a importância da tomada de decisões políticas racionais que busquem direcionar de forma adequada o modo de atuação das mais diversas formas de composição dos conflitos sociais para uma melhor operacionalização do sistema. Isso porque, tais decisões quando eleitas de forma engajada com a realidade social, passam a fazer parte de uma política criminal consistente e eficaz no tratamento da problemática social, que, consequentemente, acaba por melhor operacionalizar todo o sistema penal brasileiro – da atividade legislativa à imposição e execução da pena –, contribuindo para o seu aprimoramento e alinhada com a máxima de que

"vale a pena lutar por ele".

Para isso, a pesquisa desenvolveu-se passando, primeiramente, pela análise da atual sistemática de resposta aos conflitos sociais. Em seguida, passou-se para a aferição dos principais traços característicos de uma adequada política criminal; pelo modo de atuação do sistema penal brasileiro, bem como pela visualização do modelo de atuação do sistema penal brasileiro, que ainda possui bases altamente repressivas. Após delineado tal cenário – em um terceiro momento –, pontua-se a distinção entre a criminalidade aparente e a criminalidade oculta e seus desdobramento; pleiteando-se, por fim, pelo aprimoramento da política criminal brasileira, atacando-se as causa e raízes do problema, em uma visão macroestrutural do sistema.

Dessa forma, por meio de análises engajadas com a realidade social vigente acerca da especulação a respeito do fenômeno jurídico e seus mecanismos (em consonância com o Grupo 5), buscou-se – através da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo-indutivo –, a apreciação de que o objetivo último de uma eficaz política de contenção da delinquência inicia-se por um olhar atento para a prevenção do delito através de políticas públicas compromissadas, almejando a implementação de direitos sociais básicos do cidadão, tais como saúde, educação de qualidade, trabalho, moradia digna, dentre outros; sem os quais, quaisquer outras medidas de política criminal eleitas pelo Estado como forma de contenção dos conflitos sociais – tais como o exacerbado aumento de tipificações penais –, seriam apenas paliativas, sem encarar de fato a problemática a ser enfrentada.

1 A ATUAL SISTEMÁTICA DE RESPOSTA AOS CONFLITOS SOCIAIS

Atualmente é bastante evidente a marca de intervenção do sistema penal em nossa sociedade atual, de forma que podemos facilmente verificar a presença de reclamos sociais por maior segurança que acabam sendo depositados pelo Estado na conta do direito penal.

Nessa sistemática de atuação, tentando atender a essa demanda, o Estado, lamentavelmente, acaba elegendo fórmulas drásticas e repressivas para camuflar o problema sem de fato encará-lo, utilizando-se erroneamente do direito penal para tal fim; quando a este deveria ser resguardado tão somente a proteção contra ataques de bens jurídicos, que não pudessem, de forma alguma, ser protegido por nenhum outro ramo do direito.

Alerta Marco Aurélio Florêncio Filho que "O problema é que o Estado tenta solucionar através de uma política penal, e não de uma política criminal, o problema da criminalidade." (2007, p. 168), deixando de levar em consideração a utilização de outras medidas não penais,

que deveriam ser anteriormente utilizadas para solucionar os conflitos sociais.

Para que possamos compreender o fenômeno social da criminalidade, é essencial que, antes de se recorrer ao sistema penal como forma de controle social, analisemos primeiramente a suficiência das demais formas de pacificação social, conjuntamente com as estruturas sociais nas quais estão inseridas as interrelações entre seus participantes – que desencadeiam o fenômeno criminal – de forma que, somente assim, poderemos compreender em qual ponto é falho o sistema para que a intervenção ocorra de forma eficaz. Isto exposto, temos que, conforme ensinamentos de Ivan Luiz Silva que:

> Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise de estrutura social, na qual estamos inseridos, e das inter-relações entre seus participantes. Só assim poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice-versa. (SILVA, 1998, p. 31),

A inexistência de políticas públicas adequadas para lidar com as mazelas sociais acaba por sobrecarregar o sistema penal em sua atividade policial[51]. Isso ocorre quando no desempenho do exercício da atividade de controle social, o sistema penal, pretendendo firmar-se como sistema garantidor de uma ordem social justa acaba por depositar na atividade policial responsabilidade que ela, sozinha, não pode assumir.

Para Eros Roberto Grau (1996, p.22):

> O Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Dentro desse conjunto de atuações estatais no campo social deveriam estar inseridos programas de ação nos mais variados setores sociais atuando de forma conjunta e integrada na missão da pacificação social. Entretanto, ao quedar-se omisso o Estado na missão de propiciar direitos básicos ao cidadão no campo social, acaba o Estado por depositar no sistema penal o remedeio dessa inércia.

A atividade policial, nesse diapasão, pode ser encarada, conforme dispões Carlos

[51]Com propriedade observa Nilo Batista (2005, p. 25) que o sistema penal é conduzido pelos aparelhos policial, judicial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais. Entretanto, afirma, em seguida, que seu desempenho real ao pretender firmar-se como 'sistema garantidor de uma ordem social justa' contradiz-se com essa aparência quando sobrecarrega seus aparelhos.

Alberto Baptista, (2007, p. 148) como "a ponta do *ice Berg* que movimentará toda a máquina judiciária para a contenção do delito cometido". Dessa forma, irracionalmente o Estado deixa de analisar toda a problemática envolta na questão do fenômeno criminal, não pensando em uma preparação para o deslinde da criminalidade, que possui também caráter social.

Desse caráter social que também possui o fenômeno criminal é que decorrem as exigências de que o delito seja amplamente analisado antes da intervenção do sistema penal; uma vez que, deve este ser cercado por todos os lados para maior efetividade das medidas propostas. Reafirma-se novamente a posição subsidiária que deve desempenhar o direito penal em face do controle social. Nesse sentido, é o pensamento de Luiz Flávio Gomes:

> Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa da criminalização primária a ser tratada pelas forças policiais, quando estas recaem sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim, não todos os ataques, senão unicamente os mais graves. (2002, p.89)

Dada a afirmação de que a cruel intervenção do sistema penal, desencadeada inicialmente pela atividade policial, só deve se dar quando nos vemos diante de gravíssimos ataques a bens jurídicos, podemos verificar que não se justifica a sobrecarga da atividade policial atualmente verificada, – que acaba consequentemente movimentando toda a estrutura judiciária na contenção do delito – quando podemos observar que os conflitos sociais ocorrem em decorrência da omissão do Estado em outros setores também responsáveis pela pacificação social.

Winfried Hassemer com propriedade, acerca da interrelação que deve ocorrer entre todos os setores responsáveis pela pacificação social, afirma ainda que:

> Política de segurança pública não equivale à política policial, mas compreende também à política criminal que por sua vez, compreende não apenas ao ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais; o que mesmo assim é muito pouco. [...], política pública sem consideração para com a juventude, a mão de obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperança e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz sentido no contexto de uma verdadeira política interna bem definida, sincronizada e coordenada. (HASSEMER, 1994, p. 32)

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina, muito bem observam que "Convêm recordar, a propósito, que a intervenção penal possui elevadíssimo custo social. E que sua suposta efetividade está longe de ser exemplar" (MOLINA, GARCIA, 2008, p. 368),

trazendo importante argumento no questionamento a respeito da efetividade que se tem dado ao enfrentamento dos conflitos sociais.

O resultado disso, é que acabam por sobrecarregarem os entes policiais que desempenham seu papel como podem, diante dos clamores sociais que conclamam braços fortes na repressão do delito, sendo visível a delegação dessa função à polícia. Exige-se, dessa forma, que as instituições policiais dêem conta de controlar toda uma estrutura que deveria ter sido anteriormente respaldada por um alicerce sólido de medidas de políticas públicas encampadas pela atuação do Estado. Estado este que ao quedar-se inerte no momento correto de encampar uma atuação minimizadora de conflitos sociais, transfere oportunamente, em um momento posterior, à atividade policial essa função, depositando mais uma vez no sistema penal uma responsabilidade que ele sozinho não pode assumir.

Diante dessa forma de atuação fragmentária, em que se demonstra evidente a intervenção exagerada do sistema penal, Débora Regina Pastana (2009, p.231), traz pertinente apontamento, condensando todo essa problemática propondo a redução da intervenção do sistema penal a níveis aceitáveis e de forma subsidiária; afirmando que ele somente deve atuar quando falharem os demais mecanismos de intervenção estatal que devem antecedê-lo.

Não se pode admitir a intervenção desse sistema institucional de controle social conduzido por uma atuação eminentemente penal e repressiva já de plano, pois essa sistemática acaba por sobrecarregar os entes policiais na árdua tarefa de gerir a segurança pública, quando podemos, facilmente, visualizar a antecedente omissão do Estado, em garantir condições mínimas para lidar com as disfunções sociais existentes em seu seio.

Nesse sentido temos então que:

> Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, a marca de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também, como se disse, um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1º), que declara, como seus fundamentos, a "dignidade da pessoa humana", a "cidadania", os "valores sociais do trabalho", e proclama, como seus objetivos fundamentais, "constituir uma sociedade livre, justa e solidária", que promete "erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais,", "promover o bem de todos, sem de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º), não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é o Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte co-responsável pelas gravíssimas disfunções sociais. (PASTANA, 2009 apud QUEIROZ, 1998, p.31-32).

Para que a eleição de uma política criminal ocorra de forma eficaz no tratamento das

demandas sociais existentes em nossa sociedade, demonstra-se essencial uma análise engajada com a realidade social fática, partindo inicialmente de políticas públicas fortes e consistentes, que busquem efetivar um sistema penal coerente, garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade; e, para que consigamos atingir de forma eficaz toda a sistemática penal, imprescindível à eleição de políticas públicas que antecedam a prática da infração penal, garantindo condições existenciais mínimas de uma vida digna a todos.

2 POLÍTICA CRIMINAL E O MODO DE ATUAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: "VALE A PENA LUTAR POR ELE"

A política criminal consagrou-se como uma ciência que cria medidas de combate à violência, tanto pela prevenção, quanto pela repressão e que através de decisões políticas desenvolve meios e técnicas para diminuir e controlar os "desvios" da sociedade, tendo, também e essencialmente, o papel de analisar a realidade social, os delitos e os desvios sociais para propor medidas eficazes em seu tratamento

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p.129), sobre política criminal dizem que:

> A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Dessa forma, a política criminal tem o papel de eleger bens a serem, jurídico e penalmente tutelados, traçando diretrizes e caminhos para efetivar tais tutelas; o que implica em crítica aos valores e caminhos 'socialmente' eleitos pelas decisões políticas já tomadas anteriormente. Como bem explicita Zaffaroni e Pierangeli, podemos afirmar assim que a política criminal cumpre a função de guia e de crítica, uma vez que guia as decisões tomadas pelo poder político e proporcionam os argumentos para criticar essas mesmas decisões políticas tomadas.

Relatam assim, que trata-se de mais um capítulo da política geral, de forma que "Política Criminal seria a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal" (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004, p.129).

Destarte, a política criminal teria o papel de analisar a realidade social, os delitos, e os

desvios sociais, para propor ao direito penal, em momentos de reforma política, alterações que pareçam úteis à prevenção e ao combate da criminalidade, visando à coerência e a paz social.

Cabe então ressaltar, e não se deve jamais perder de vista que a formulação de qualquer norma jurídica, assim como também a legislação penal, surge de uma decisão política. Como consequência, o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal tem sua escolha determinada por fatores políticos, de forma que, suas concepções se alteram conforme isso seja necessário para acompanhar as aspirações sociais.

Recorrendo novamente às lições de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p.129), assevera-se que a política criminal guia as decisões tomadas pelo poder político, bem como proporciona argumentos para criticar essas decisões, cumprindo, portanto, a função de guia e de crítica.

Assim, faz-se necessário um constante reexame crítico das instituições vigentes, com vistas à sua atualização e melhoria dentro dos ditames constitucionais que orientarão a instituição de sistema penal brasileiro mais humanitário e menos intervencionista, o que deve se dar conforme evoluam as aspirações sociais de sua sociedade civil.

Diante de uma sociedade que vê no sistema penal uma importantíssima forma de controle social – atribuindo-lhe, em alguns momentos, até mesmo maior relevância do que deveria possuir – essencial demonstra-se a importância da tomada de decisões políticas que direcionarão o modo de atuação das mais diversas formas de composição dos conflitos sociais. Tais decisões quando eleitas de forma engajada com a realidade social, podem fazer parte de uma política criminal consistente e eficaz no tratamento da problemática social a que se destina tutelar.

Segundo Valter Foleto Santin (2005, p. 209) “A criminalidade não é estática, fato que pressupõe a necessidade de dinamismo na fixação e alteração da política de segurança pública e no seu plano de ação, para a efetiva prestação de serviço de prevenção e combate das práticas delituosas”; o que demonstra a necessidade da adoção de medidas interdisciplinares no tratamento da problemática a ser enfrentada.

Dessa forma, para que a eleição de uma política criminal ocorra de forma eficaz no tratamento das demandas sociais existentes em nossa sociedade, demonstra-se essencial uma análise engajada com a realidade social fática, partindo inicialmente de políticas públicas fortes e consistentes, que busquem efetivar um sistema penal coerente, garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade; e para que consigamos atingir de forma eficaz toda a sistemática penal, imprescindível faz-se que iniciemos pensando em políticas públicas que antecedam a prática da infração penal, gênese do sistema, garantindo

condições existenciais mínimas de uma vida digna a todos.

Assim, demonstra-se de fundamental importância a análise do modo de atuação de nosso vigente sistema penal brasileiro.

Débora Regina Pastana conclui pela existência de um 'discurso democrático, ainda permeado por práticas autoritárias', que prefere, comodamente, privilegiar a repressão em detrimento de práticas que, se adotadas, poderiam minimizar posteriores gastos com a segurança pública.

Alertando acerca dessa drástica intervenção do direito penal como forma de controle social que deve ser utilizada apenas minimamente, temos que:

> Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis. (COPETTI, 200, p. 87)

No mesmo sentido, dispõe também César Roberto Bitencourt afirmando que se outras medidas de cunho não penal forem capazes de reestabelecer a ordem violada, devem ser elas prioritariamente utilizadas em detrimento da adoção de medidas de cunho penalista. Assim, nas suas palavras, temos que:

> Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada então recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais. (2009, p. 13)

Segundo essa teoria a pena só deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não puder, de forma alguma, ser protegido por nenhum outro ramo do direito; devendo a pena ser utilizada apenas como um recurso de *ultima ratio*. Afirma-se que este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente inspiradas no princípio da humanidade. Assim, continua Bitencourt (2009, p.14) explanando que antes de se recorrer ao direito penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, de forma que somente quando todos os demais meios se demonstrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico é que é que se justificará a utilização desse meio repressivo de controle social, apenas de forma subsidiária.

Deve o Estado, antes de qualquer coisa, sempre considerar as consequências maléficas

da drástica intervenção do direito penal; devendo sempre verificar previamente a eficácia da prevenção dos delitos dirigida por outros ramos do ordenamento jurídico, quando estes se demonstrarem fortes o suficiente na proteção de determinado bem. É preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito ao invés da utilização, já de início, da intervenção do direito penal como meio de se atingir controle social almejado.

Destarte, conforme nos é lecionado já nas noções preliminares de Direito, este possui condição de oferecer formas diferenciadas de proteção aos conflitos sociais, podendo esta tutela ser civil, penal, administrativa, dentre outras. Somos instruídos ainda de que deve a tutela penal ser reservada apenas à proteção daquilo que efetivamente perturba o convívio social de forma tão drástica que as demais formas de controle social não conseguem sozinhas gerir; donde verificamos a célere designação do direito penal com *ultima ratio*.

Com propriedade, Claus Roxin (1997, p.54) afirma que o Direito Penal é tão somente uma dentre as diversas formas de tutela de bens jurídicos, que deve se resguardar apenas à ataques veemente a eles, que nenhum outro ramo do direito consiga tutela. Vejamos:

> O direito penal é a última dentre todas as medidas protetoras que se deve considerar, quer dizer, que somente pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema – como a ação civil pública [...], as sanções não penais, etc. – Por isso, se denomina a pena como a *ultimaratio* da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Assim, por força do subprincípio da "subsidiariedade do direito penal", que deve ser utilizado com o significado de *ultima ratio* da política social, a intervenção penal só seria justificável quando outras instâncias formais ou informais de controle social não se apresentem mais como suficientes para a efetivação da tutela ao bem jurídico considerado.

Logo, como muito bem expõe Bismael B. Moraes (2000, p. 89) "a repressão é fácil, viciosa e atraente", e essa não pode ser o caminho a ser adotado pelo Estado; uma vez que ele próprio, por ação, e principalmente por omissão, pode ser corresponsabilizado por desencadear certas disfunções sociais.

Ao escolher esse caminho, o Estado diante de carências basilares e constitucionalmente consagradas, por ele não supridas, acaba, consequentemente depositando na conta do sistema penal, a função de garantir a segurança, o que se pode ser verificado até mesmo nos clamores populares pelo recrudescimento do sistema, frente aos desvios sociais de uma massa de desamparados pelo Estado.

Dado o exposto, acaba-se depositando na atividade das instituições policiais uma conta

muito alta com uma imensidade de débitos anteriores, escondidos em baixo dos panos. A ausência de políticas públicas essenciais na causa do problema acaba fazendo com que se sobrecarregue a posterior atuação das forças policiais que passam a ter que dar conta dos sintomas criminais apresentados em decorrência da ausência de adequada atuação estatal na gênese do problema que já deveria ocorrido.

Qualquer medida proposta deve estar sempre amparada por políticas públicas que a antecedam, pois uma política de segurança só tem efetividade diante de uma verdadeira política social interna bem definida que caminhe no mesmo ritmo das aspirações sociais. Tais medidas devem visar sempre menores intervenções do sistema penal quando se fizerem cabíveis outras medidas de políticas sociais eficientes no tratamento do problema, pois, mais uma vez volta-se a reafirmar que, o direito penal deve ser resguardado como *ultima ratio*, no tratamento dos conflitos sociais, dada a sua subsidiariedade em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico.

Temos assim que, diante dessa atuação fragmentária exposta, na ausência de segurança pública ofertada pelo Estado (que deposita no sistema penal a responsabilidade de garanti-la sem todo um arcabouço de políticas públicas que o dê sustentação) parte fundamental de atuação do sistema penal, responsável pela imposição e execução da pena também acaba por ser atingida, resultando na realidade caótica evidenciada, no sistema prisional dos dias atuais com graves ofensas aos direitos humanos.

3 A DISTINÇÃO ENTRE A CRIMINALIDADE APARENTE E A CRIMINALIDADE OCULTA

Vivemos em uma sociedade envolta por contradições socioeconômico-políticas, o que acaba acarretando na potencialização de conflitos sociais. Formalmente, vivemos em um Estado Democrático de Direito, que deveria ser marcado pela democracia social, na qual nossa carta magna, conhecida como "Constituição Cidadã", preconiza, conforme se verifica pela leitura do art. 6º, constante do Capítulo III, correspondente aos Direitos Sociais, do Título II, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais, serem direitos sociais dos cidadãos a saúde, a educação, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a proteção à maternidade e a infância, a previdência social, a assistência aos desamparados, dentre outros direitos fundamentais que deveriam ser inerentes a todo ser humano.

A passagem e transformação de um Estado Social para um Estado Penal demonstrou-

se a mola propulsora do processo de inflação legislativa em que atualmente nos encontramos; de forma que o direito penal simbólico transformou-se em uma das ferramentas preferidas dos nossos governantes com o fim de dar uma satisfação a sociedade, em virtude do aumento da criminalidade;conforme afirma Rogério Greco (2009, p.138), em sua teoria a respeito do "Direito Penal do Equilíbrio"

Muitas ainda continuam sendo as dificuldades para a consolidação de uma sociedade democrática, de forma que, se no campo político as alterações foram visíveis com o fim da ditadura militar, nas demais áreas as mudanças foram bem menos significativas.

Dulce Chaves Pandolfi bem observa tal fenômeno afirmando que:

> O novo regime não conseguiu reverter a desigualdade econômica acentuada e o fenômeno da exclusão social expandiu-se por todo pais. A despeito da implantação de um Estado de Direito, os direito humanos ainda são violados e as políticas públicas voltadas para o controle social permanecem precárias. Se formalmente pela Constituição de 1988, a cidadania está assegurada a todos, a todos os brasileiro, na prática, ela só funciona para alguns. Sem dúvida, existe aqui um déficit de cidadania, isto é, uma situação de desequilíbrio entre os princípios da justiça e da solidariedade. (PANDOLFI, 1999, p. 45)

Assim, para o tratamento deste "déficit de cidadania" necessário demonstra-se uma análise engajada de todos os mecanismos de contenção do fenômeno criminal, com a eleição pelo Estado de estratégias dinâmicas que consigam abarcar toda a realidade social de forma eficaz e efetiva, direcionando esforços preventivos às raízes do problema. Nesse contexto, Rogério Grego expõe a carência de direitos e garantias fundamentais como precursora do fenômeno da "criminalidade aparente", nos seguintes termos:

> Uma família na qual seu mantenedor não tem emprego, não possui casa própria ou mesmo um endereço fixo, em que seus membros, quando adoecem são abandonados à própria sorte pelo Estado, os filhos não podem ser educados em escolas dignas, as crianças são desamparadas, usadas como ferramentas no ofício da mendicância; enfim, enquanto houver tantas desigualdades sociais, a tendência será o crescimento da criminalidade aparente, ou seja, aquela criminalidade de que cuida os noticiários, a criminalidade violenta, urbana, que faz que seja derramado sangue quando da suas ações. (GRECO, 2009, p.142)

Como já trazido, não é difícil perceber que estamos em uma sociedade permeada por contradições socioeconômico-políticas que acabam por potencializar os conflitos sociais. Ao nos deparamos com um novo mundo globalizado hegemônico podemos facilmente perceber sua heterogeneidade, capaz de desenvolver processos socializadores distintos aos diversos

seguimentos sociais, amparando alguns com a satisfação dos sedutores bens de mercado e avanços tecnológicos, e privando outros até mesmo do acesso a direitos vitais.

Observando tal conjuntura, verificamos constantemente a valorização pelo Estado dos anseios do mercado em detrimento de demandas da sociedade civil, quando não seguida também de uma atuação imediatista destinada principalmente a camuflar as gritantes mazelas sócias da sociedade brasileira; o que consequentemente acarreta uma reduzida credibilidade dos partidos e instâncias políticas junto a população. Dessa ausência do Estado Social, evidencia-se a tão conhecida e criticada "criminalidade aparente" praticada pelas camadas sociais mais baixas.

O problema dessa criminalidade apontada é de natureza eminentemente social, surgindo, nas palavras de Rogério Greco, da "incapacidade do Estado de fazer diminuir o abismo econômico existente entre as classes sociais permitindo o surgimento de um espírito de revolta que, com sua própria força, tenta, a todo custo, diminuir as desigualdades" (GRECO, 2011, p. 143).

Em estudo minucioso sobre esse tipo de criminalidade, Ivan Luiz da Silva (1998, p. 31-32) afirma que a realidade social do indivíduo interfere diretamente na criminalidade aparente, o que é evidenciado na ausência de efetividade de direitos fundamentais, cuja implementação é renegada a segundo plano pelo mal planejamento de políticas públicas inexistentes ou ineficazes; declarando o autor ainda, como já exposto anteriormente que:

> Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise da estrutura social, na qual estamos inseridos, das inter-relações entre seus participantes só assim, portanto, poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice versa.

Nesse ponto, importante demonstra-se, mais uma vez, o alerta acerca da evidente diferença existente entre a "criminalidade aparente" – devido a ausência das funções sociais do Estado –, e da "criminalidade oculta" – muito pior quando verificado seus desdobramentos e consequências – que em sentido oposto, possui causas diversas; merecendo, dessa forma, tratamentos diferenciados.

A criminalidade aparente, como regra, existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública, sendo tais infrações geralmente praticadas pelas camadas sociais mais baixas da sociedade em função da precariedade das condições sociais a que estão relegados, devido a insuficiência ou ausência de políticas públicas engajadas a ela direcionada. Já criminalidade oculta, muito mais perversa quando observada a amplitude dos danos que causa

a toda a sociedade – colaborando inclusive para o desenvolvimento da criminalidade aparente –, é praticada pelos intocáveis das camadas superiores; constituindo a criminalidade organizada, que como expõe Rogério Greco possui mentores intelectuais que:

> [..] fazem parte das camadas sociais mais elevadas, que ocupam os noticiários dos jornais na qualidade de membros respeitáveis e admirados da nossa sociedade, que por um erro de cálculo, vez por outra caem suas máscaras em público e todos tomam conhecimento do seu verdadeiro (mau) caráter. (GRECO, 2009, p.143)

Esta forma de criminalidade é extremamente perversa não só pelo crime em si que a constitui, mas também e principalmente por agredir implacavelmente todo o corpo social de forma incomensurável; impossibilitando investimentos em setores essenciais para toda uma melhor dinâmica na solução dos problemas estruturais da sociedade.

Nesse panorama, a partir do momento em que o Estado assume a sua função social, de forma a diminuir o abismo social existente entre as classes sociais, entende-se ser possível, não eliminar, mas reduzir a criminalidade tida como aparente, como anteriormente já aduzido. Assim temos, novamente, que "No marco de um Estado social e democrático de direito, a prevenção do delito suscita inevitavelmente o problema dos 'meios' ou 'instrumentos' utilizados, assim como dos 'custos' sociais da prevenção." (MOLINA, GOMES, 1992, p.72); e tais elementos não devem ser visto como pontos desfavoráveis a ponto de desestimular nossos governantes no momento da tomada de decisões políticas, mas devem ser encarados e levados em consideração na busca de medidas realmente eficazes no manejo de nossa realidade social e criminológica. Nas palavras de Rogério Greco:

> O estabelecimento do Estado Social e o necessário processo de diminuição de figuras típicas, nos termos propostos pelo Direito Penal do Equilíbrio, farão com que diminuam os índices de criminalidade violenta, aparente, bem como permitirão ao Estado ocupar-se daquela considerada a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada. (GRECO, 2009, p.144)

Assim, a efetividade do uso exacerbado da intervenção penal no seio da sociedade visando atacar majoritariamente a criminalidade aparente, não demonstra ser uma medida eficaz e frutífera no enfrentamento do problema.

A eleição dos fatores a serem articulados para o tratamento do fenômeno criminal deve ser feita de forma responsável e engajada com a realidade social.

Decisões políticas responsáveis e bem sucedidas, capazes de implementar políticas públicas fortes e eficazes são essenciais para a tão almejada concretização do Estado

Democrático de Direito tão almejado por todos os brasileiros, e fundamental demonstra ser que nossos governantes conscientizem-se dos malefícios da criminalidade oculta – ou do 'colarinho-branco', como também é corriqueiramente intitulada – e passem a se preocuparem macroestruturalmente com a atual dinâmica eleita para a gestão da política criminal brasileira, visando o aprimoramento de seu foco para as causas e raízes do problema.

4 PELO APRIMORAMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: ATACANDO ÀS CAUSA E RAÍZES DO PROBLEMA

Ponto marcante, para Carlos Alberto Baptista, do desafio que o Brasil deve enfrentar, são as imensas dificuldades jurídicas, políticas e operacionais de reestruturação do sistema de prevenção da criminalidade; afirmando o autor que os recursos mal direcionados acabam por fomentar as causas da crescente criminalidade (BAPTISTA, 2007, p. 160). Dessa forma, é de fundamental importância a constatação de que compete ao Estado criar as condições para que a segurança pública seja uma realidade a todos os cidadãos; direcionando políticas adequadas para cada fator de carência social que pode vir a desencadear conflitos. Assim temos que:

> Os desafios para o Estado brasileiro são, portanto, urgentes e imensos. E não menos para as políticas públicas, particularmente na área social, que acaba por imiscuir-se nas questões de criminalidade. Mostra-se necessária uma análise multidimensional da criminalidade capaz de mostrar com mais precisão que tipo de política é mais adequada para cada um dos fatores de seu surgimento.

Tratando-se de políticas públicas que antecedem a prática do delito, é de fundamental importância que elas sejam elaboradas com precisão e de forma engajada com a realidade social fática vigente, devendo as medidas propostas serem direcionadas exatamente para cada um dos fatores que visa regular.

Virgílio Luiz Donnici (1976, 94-95) já propunha que a planificação da defesa social deveria ser elaborada conjuntamente com o plano de desenvolvimento nacional visando atender as necessidades sociais a curto e longo prazo; obrigando, dessa forma, o Estado a estar atento à realidade social de seu país para planificar uma defesa social perspicaz e efetiva. Segundo o autor, a implementação de uma defesa social consistente, não pode deixar de passar pelo exame crítico do sistema penal e de sua legislação; não bastando a ela, limitar-se ao aumento da severidade de sua atuação atendendo aos clamores da opinião pública sem antes realizar uma análise multidimensional do fenômeno criminal que busque apresentar com precisão a política

pública mais adequada para seu enfrentamento.

> Com o processo de desenvolvimento econômico da sociedade moderna, aceita-se sem discussão que a planificação da defesa social deve fazer parte da planificação do desenvolvimento nacional que deverá atender às necessidades sociais, a curto e longo prazo [...]A planificação da defesa social obriga, necessariamente, ao exame e a reforma da legislação penal de cada país, que deve estar atento às realidades sociais. Na sociedade moderna não mais é admissível a simples imposição de sanções penais cada vez mais severas, em que pese os clamores da opinião pública exigindo medidas contra o aumento da criminalidade.

"As políticas públicas constituem um tema oriundo da ciência política e há uma estreita relação entre política e direito" (BAPTISTA, 2007, p. 156), de forma que as políticas públicas devem buscar munirem-se de uma visão jurídica centrada nas garantias fundamentais dos cidadãos que devem ser implementadas pelo Estado, uma vez que este possui o dever constitucional de zelar pelo desenvolvimento nacional promovendo o bem de todos, sem qualquer forma de distinção, objetivando erradicar a pobreza a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.[52]. Uma ordem jurídica bem estabelecida pode ser instrumento significativo de melhoria social, afirma Carlos Alberto Baptista.

Isto posto, temos que as políticas públicas atuam no campo mais operacional do direito, sendo necessário dotá-lo com os instrumentos adequados para a concretização dos direitos e garantias fundamentais e sua promoção social igualitária para todos, o que consequentemente refletirá na gênese do fenômeno criminal, que deve ser agasalhado por uma prevenção eficaz aos delitos, através de uma política criminal coerente e compromissada com a realidade social fático vigente.

Um Estado que não garante direitos fundamentais, e que igualmente não gerencia os conflitos gerados em decorrência da ausência da garantia desses direitos não pode esquiva-se de suas responsabilidades depositando no direito penal a missão pacificadora pela qual clama a sociedade.

Importante alerta consiste, ainda, na constatação de que:

> Mais dureza, mais Direito Penal, não significa necessariamente menos crime. Do mesmo modo que o incremento da criminalidade não pode ser explicado como consequência exclusiva da debilidade das penas ou do fracasso do

[52]Art. 3º CF Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

controle social (MOLINA, GOMES, 2008, p. 368)

Para a alteração da atual crise de insegurança social faz-se necessário que se coloque em pratica políticas públicas fortes, com objetivos bem definidos, e, acima de tudo, passíveis de efetivação; pois vale a pena relembrar que conforme alertam Antonio Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, "a intervenção penal possui elevadíssimo custo social. E que sua suposta efetividade está longe de ser exemplar." (2008, p. 368).

Dessa forma, como já trazido anteriormente, é de extrema importância a definição de critérios sólidos e pertinentes de seleção de bens jurídico-penais que busquem evitar o expansionismo infundado do direito penal, uma vez que, como já analisado, é de fundamental importância uma atuação precípua de meios não penais, visando uma maior coerência do sistema, possibilitando a demonstração mais precisa acerca de qual tipo de política é mais adequada para cada um dos fatores sociais que se busca contornar.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

De uma forma simples, conforme exposto no decorrer de todo o trabalho, temos que a política criminal é mais abrangente que a mera política penal, uma vez que ela contempla outros meios para o enfrentamento do problema da criminalidade, como por exemplo, a adoção de políticas públicas que antecedem a prática da infração penal, em um âmbito macrossocial, na busca da efetivação de direitos sociais básicos que deveriam ser inerentes a todo cidadão – diferentemente da política penal – que tenta resolver o problema da criminalidade simplesmente através da utilização do aparato jurisdicional clássico, com a imposição da pena.

Dessa forma, evidencia-se ser de fundamental importância que o Estado busque solucionar o problema da criminalidade através de uma política criminal preventiva sólida, consistente e engajada com a realidade social vigente, direcionando investimentos aos mais diversos setores, formais ou informais de controle social; e não simplesmente por meio de uma política penal, que se utiliza de recursos eminentemente repressivos, como o aumento da quantidade de pena e de crimes; a serem implementados somente após a manifestação do problema.

Faz-se necessária uma solução conjunta de medidas eficazes em todos os âmbitos, devendo o sistema buscar operar como uma máquina que precisa de todas as suas engrenagens para funcionar com precisão.

Assim sendo, “vale a pena lutar” pelo aprimoramento da política criminal brasileira e, para isso, deve o Estado focar na adoção de políticas públicas com investimento nos mais diversos setores, almejando a desconstrução de fenômenos multicausais geradores de conflitos sociais que ensejam o desencadeamento do fenômeno criminal, partindo-se sempre de soluções plurais adequadas a cada situação de carência identificada no caso concreto, para que o sistema penal brasileiro não permaneça tão próximo ao colapso, tal qual se encontra.

Tendo como cenário o filme “*Seven: Os Sete Crimes Capitais”* que expõe a crueldade de crimes praticados por um *serial killer*, fomos convidados durante as reflexões do artigo a nos centrarmos na diferença da ótica de enfrentamento da criminalidade aparente e da criminalidade oculta; e dessas reflexões propõe-se que os holofotes de uma política criminal sólida, consistente e engajada se voltem preponderantemente para essa última, em países em desenvolvimento, como o Brasil. Apesar da criminalidade aparente – tal qual a do filme – “sangrar” e chamar muito mais atenção, a criminalidade oculta é muito mais perversa quando observada a amplitude dos danos que causa a toda a sociedade – ao ser praticada pelos intocáveis das camadas superiores –; e merece primordial atenção para que possa ocorrer o aperfeiçoamento de todas as demais ferramentas de contenção dos conflitos sociais.

A repressão veemente à criminlidade aparente é fácil, viciosa e atraente, e essa não pode ser o único caminho a ser adotado pelo Estado; uma vez que ele próprio, por ação, e principalmente por omissão, pode ser corresponsabilizado por desencadear certas disfunções sociais. Ao escolher esse caminho, o Estado diante de carências basilares e constitucionalmente consagradas, por ele não supridas, acaba, consequentemente depositando na conta do sistema penal, a função de garantir a segurança, frente aos desvios sociais de uma massa de desamparados pelo Estado; quando a criminalidade oculta – também intitulada como “do colarinho branco” – acarreta conseqüências bem mais drástica, quando analisada macroestruturalmente, podendo até mesmo considerar que ela contribui sobremaneira com a aparente.

Assim sendo, o sopesamento das medidas de política criminal propostas deve ser sempre minuciosamente analisadas pelo Estado a fim de que se leve em conta, sempre e a todo o momento, a efetividade da decisão política a ser tomada no enfrentamento do fenômeno criminal.

Não se demonstra aceitável a omissão do Estado na garantia de direitos básicos do cidadão, constitucionalmente consagrado – principalmente quando deixa impune a criminalidade oculta –; devendo-se exigir uma postura mais engajada do Estado com a realidade social, capaz de operacionalizar todo o sistema na busca de maior efetividade às medidas

propostas.

Na assunção de sua responsabilidade diante da apreciação da complexidade do fenômeno criminal, deve o Estado prezar sempre pela implementação de políticas públicas fortes e engajadas com a realidade social que visa tutelar, buscando tratar a problemática do fenômeno criminal diretamente em suas raízes através da prevenção, tendo também como foco a repressão da criminalidade oculta, responsável por tantas mazelas que acabam desencadeando o fenômeno criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Direitos humanos: coisa de polícia*. CAPEC – Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania, Passo Fundo: Pater, 2010.

BAPTISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da Criminalidade e Atuação Estatal.* Curitiba: Juruá, 2007

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.* Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Presidência, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7 ao.htm >. Acesso em: 25 jan. 2016.

FLORÊNCIO FILHO, Marco A. *Abolicionismo X Direito Penal Mínimo: A doutrina garantista como opção para a (RE) Legitimação do Sistema Penal*. Revista Ideia Nova. Ano 5, n. 3. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios de Criminologia**. Valencia: Tirandiloblanch, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas a privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito.* Revistade Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, n.3, p. 20-34, dez. 1994**.**

COSTA, Yasmin Madeira da, Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro.* Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio *Criminologia.* 2°. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos - uma introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 6°. ed. reform., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Bismael B. (Cord.). *Segurança Pública e direitos individuais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PANDOLFI, Dulce Chaves. *Cidadania, Justiça e Violência – Percepção dos Direitos e Participação Social.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PASTANA, Débora Regina *Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária.* São Paulo: ed. UNESP, 2009.

SANTIN, Valter Foleto. *Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública.* Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.v. 5, Jacarezinho, p. 208-216, 2005.

SILVA, Ivan Luiz. *Crime organizado: aspectos jurídicos e sociológicos*. Belo Horizonte: Ciências Jurídicas, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal.* Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro.* vol, 1. 5. Ed. rev e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SIGILO PROFISSIONAL: O MOMENTO EM QUE O DIREITO SE TORNA NEGATIVO À EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

Giovanni Araújo Biaginni[53]

Layana Mara Laiter Martins[54]

RESUMO

Há tempos, na necessidade de comunicação entre impérios as correspondências eram seladas à cera e marcadas com o brasão do remetente, permitindo ao destinatário verificar se as informações foram ou não violadas. Logo, a palavra sigilo tem suas raízes no latim e significa "pequeno selo", fazendo alusão à violação das correspondências de outras épocas.

Surge então o dever de segredo daquele que carrega a informação, situação que avança aos nossos tempos e é tema relevante de relações entre profissionais e seus clientes.

O presente artigo tem o objetivo de trazer à tona a discussão do momento em que o direito, através do dever de sigilo impede o profissional de exercer totalmente seus deveres éticos com a sociedade. Caso retratado no filme "The Lincoln Lawyer", ou como foi lançado no Brasil "O Poder e a Lei", em que um advogado se vê de mãos atadas pela própria lei e não consegue se desvencilhar da obrigação de guardar um segredo que pode solucionar um caso de homicídio.

Palavras Chave: Sigilo profissional, quebra de sigilo, direito puro, ética.

ABSTRACT

There are times, the need for communication between empires matches were sealed with wax and stamped with the sender's arms, allowing the recipient to check whether the information have been breached. So the secret word has its roots in Latin and means "little seal", alluding to the violation of correspondence of other times.

Then comes the duty of secrecy that it carries the information, a situation that goes to our times and is relevant topic of relations between workers and their clients.

This article aims to bring to light the discussion of when the law, by the duty of confidentiality prevents the professional fully exercise their ethical duties to society. If depicted in the movie

53

54

"The Lincoln Lawyer", or as it was released in Brazil "The Power and the Law," in which a lawyer finds himself hamstrung by the law and cannot disentangle the obligation to keep a secret that can solve a murder case.

Keywords: Professional secrecy, breach of confidentiality, pure law, ethics.

INTRODUÇÃO

Com sua estreia em 2011, o filme “O poder e a Lei” aborda um tema atemporal. O sigilo na relação cliente\advogado foi reconhecido no Brasil pela primeira vez através da Lei 4.215/63, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e hoje tem um capítulo dedicado ao tema na Lei 8.906/94, o Código de Ética e Disciplina da OAB, porém a problemática apresentada, por óbvio, originou-se anteriormente à sua regulamentação e ainda encontrará seus dilemas em tempos futuros, eis aí o motivo por se tratar de um assunto não vinculado ao tempo.

Dentre os dispositivos apresentados como dever do advogado em sua relação contratual com o cliente, o Código de Ética (Lei 8.906/94), levanta a questão do sigilo profissional, pauta em que o filme de Brad Furman foi roteirizado. O filme traz à tona a dificuldade do advogado Mickey Haller (Matthew McConaughey) em garantir a justiça de um caso em que um réu foi penalizado por um crime que não cometeu, sendo o verdadeiro culpado o seu próprio cliente, que ata as mãos do advogado através do dever de sigilo profissional.

Mickey Haller é um advogado de idoneidade duvidosa que tem como costume buscar seus clientes em minorias de baixa renda que, como destaca o filme, sofrem com o pré conceito do sistema Judiciário, como traficantes, prostitutas, imigrantes e gângsters. Em sua jornada pelo aumento dos honorários, o jovem advogado retarda o processo dos seus clientes e inventa gastos, é nesse cenário que o imigrante Jesus Menendez contrata seus serviços. Negligente, Haller dá pouca importância ao caso em que o réu é acusado de estupro seguido de homicídio o que acarreta na condenação do mesmo. Anos depois um milionário contrata os serviços do advogado para a defesa de um caso semelhante e o leva a desvendar o mistério que cerca a novela, Louis Roulet, o jovem rico, na realidade era o responsável por ambos os crimes, aquele que há anos foi motivo da prisão de Menendez e este pelo qual respondia a acusação.

Pra deixar a trama mais interessante, a análise fria do roteiro nos mostra que o próprio

Direito impede Haller de garantir que a justiça seja feita, já que o sigilo profissional obriga-o a silenciar-se diante de situações que exponham seus clientes pelos fatos e intenções mencionadas ao profissional quando em exercício.

Por certo, o assunto tratado neste artigo é de grande mérito. O sigilo profissional vale-se para a proteção de um bem jurídico tutelado pela constituição em seu artigo 5º, XIV, mas é tema recorrente em dispositivos no Código Penal, Código Civil, Consolidação de Leis Trabalhistas, Código de Conduta da Alta Administração, em muitos Códigos de Ética de inúmeras profissões, leis e decretos.

A doutrina insistentemente atrela o dever de sigilo à Declaração de Direitos Humanos, promulgada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, documento este que cita, explicitamente, em seu artigo XII o direito a não interferência na vida pessoal ou familiar, sendo a quebra do segredo profissional uma afronta ao direito de privacidade, visto que em algumas profissões se faz necessária, obrigatoriamente, a criação de um laço de confiabilidade, como no exercício da advocacia, faz-se mister que o cliente tenha segurança em seu advogado ao relatar fatos e entregar documentos na certeza de que o contrato e a ética do profissional o impedem de revelar qualquer informação restrita ao exercício do ofício.

O segredo profissional também é bastante proveitoso ao advogado, pois permite que este tenha acesso a todo e qualquer tipo de informação de seu cliente, quando há confiabilidade, ajudando-o na construção de argumentos e na excelência do exercício.

Embora pareça simples, o debate acerca do assunto é mais complexo do que se mostra, sendo mais que uma questão deontológica, depois de devidamente regulamentada, a quebra de sigilo passou a ser também uma discussão nas esferas civil e penal, ainda assim, tendo como exaurido, o tema é de grande desafio a todos profissionais atuais. É tido como direito disponível por se vincular a discricionariedade do cliente, podendo ser revelado no caso em que este permitir.

A grande problemática acerca do assunto é que o próprio direito impede o advogado, em algumas situações, de lutar pela justiça, mesmo que isso signifique penalizar um indivíduo inocente.

As exceções previstas no dispositivo que regra o assunto são carentes de valoração, "justa causa" é um termo bastante amplo para definir o momento em que um profissional pode despir-se do dever de guardar segredo e revelar, seja em juízo ou não, informações que expõem seus clientes. Como supracitado, deixa de ser uma discussão ética e passa a ser um debate jurídico de qual bem tutelado tem mais importância.

Ao advogado é resguardado o direito de quebra de sigilo quando em xeque o direito a

vida, a honra ou quando o profissional se vê afrontado por seu cliente.

Quem faz essa valoração? Quando, em exercício, o advogado se vê impedido de solucionar casos de grande importância e que maculam a honra de outros, que não o seu cliente, é permitida a quebra do sigilo? Ou deve este se valer de meios extrajudiciais, como no filme analisado? E quando um médico se vê confrontado pelo dever de segredo e o risco da saúde pública? É comum um advogado se questionar se o dever moral com a sociedade é maior ou menor que seu dever de confiabilidade com o cliente.

1 SIGILO PROFISSIONAL

1.1 Etimologia

A palavra "sigilo", tem sua origem no latim, onde é derivada do termo *"sigillum",* "pequeno sinal, selo", a utilização do termo no sentido atual faz alusão ao tempo em que era necessário enviar algum documento secreto a alguém, este documento era colocado em um envelope o qual era selado com cera, permitindo assim, que quando a carta chegasse ao destinatário este soubesse se a carta havia sido violada ou não, daí então a relação entre selo e sigilo.

1.2 Conceito

O termo "sigilo" é utilizado para fazer referência à algo que deve ser mantido em segredo, o sigilo profissional está previsto no código de ética de diversas áreas – medicina, psicologia, enfermagem, advocacia, entre outras – sendo que a função deste é assegurar ao cliente, no sentido de que todos os acontecimentos que tanjam aos serviços solicitados sejam prestados com profissionalismo e discrição.

O sigilo é importante dentro do campo profissional, pois isso permite que aqueles que procuram estes serviços sintam-se mais confiantes e consequentemente sejam mais fiéis ao relatar a situação pela qual procuraram o atendimento, exemplos desse tipo de situação há em todas as áreas já supracitadas, citando caso análogo, na psicologia, um paciente sente-se à vontade para apresentar seus problemas pessoais ao seu psicólogo pois sabe que este é regulado por um código de ética, sendo assim o profissional não pode divulgar os fatos que lhe são confidenciados secretamente em razão de sua função, destarte o paciente será mais sincero ao

expor os seus impasses, o que consequentemente fará com que o psicólogo o atenda com mais eficiência, afinal, poderá analisar seus problemas de maneira mais acurada.

1.3 Quebra do Sigilo e suas exceções

A quebra do sigilo profissional têm previsão em diversas áreas, dentro da esfera do Direito Penal, dentro do Art. 154 – Violação do Segredo Profissional:

> Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Neste sentido o Art. 207 do Código de Processo Penal também proíbe àqueles que em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho.

Vale ressaltar que o sigilo não se restringe exclusivamente às declarações verbais entre o profissional e o cliente, o sigilo estende-se também aos arquivos físicos e equipamentos eletrônicos, neste último, há inclusive regulamentação jurídica recente, encontrada no Art. 154 – A, que tutela sobre o sigilo de documentos que se encontram em dispositivos informáticos.

> Art 154 - A - Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Além destes a quebra do sigilo é abordada em diversos outros dispositivos legais, afinal, de modo amplo, trata-se de uma transgressão ao direito à privacidade, defendido na Constituição Federal pelo Art 5º, inciso X *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*.

No Código Tributário Nacional em seu Art. 198, a o legislação diz que:

> Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

No caso supracitado, o legislador teve a cautela de estabelecer algumas circunstâncias

em que o sigilo pode ser quebrado, fazendo com que o entendimento da norma fosse mais efetivo, evitando possíveis interpretações equivocadas, tais circunstancias estão elencadas nos seguintes parágrafos:

> § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:
> I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
> II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.
> § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.
> § 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:
> I – representações fiscais para fins penais
> II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
> III – parcelamento ou moratória.

Analisando tal preceito, observar-se-á que em sua maioria as normas são extremamente submissas a hermenêutica, visto que não há conceitos concretos previstos para o caso em que a quebra do sigilo possa ser aplicada. O Art. 154 do Código Penal traz uma expressão que define com clareza o quão abstrato é o tema, *"Revelar,* ***sem justa causa****, segredo, de quem tem ciência em razão da função (...)",* a justa causa merece uma atenção especial, pois abre um campo para se discutir até onde o sigilo deve ser mantido, e quando este transcende a norma e deve ser revelado. Portanto fica sujeito ao profissional, aquilatar a situação, sopesando o caso concreto à norma, pois são conceitos extremamente abstratos, afinal a definição de "justa causa" é extremamente pessoal e depende da gnose de quem examina o caso específico.

1.4 O sigilo profissional na advocacia

Imergindo na obrigação do sigilo em específico à advocacia, há de se dizer que a confiança é primordial para o exercício da atividade, visto que o profissional para um bom desempenho, precisa de informações minuciosas a respeito da vida de seu cliente, muitas vezes essas informações vão além do caso concreto para qual o cliente procura solução, o advogado em alguns casos necessita de informações sobre o passado do cliente para que se possa elaborar uma boa peça, e a principal fonte para essas informações, é o próprio cliente, sendo que este, apenas revela os dados solicitados, pois tem um laço de confiança com seu advogado, tornando

assim indispensável as discrição do profissional em questão.

Idealizando uma realidade onde não haja regulamentação do sigilo profissional, o sistema jurídico não teria a mesma eficácia, visto que aqueles que procurassem assistência jurídica, não teriam confiança em relatar a situação pela qual querem ser assistidos com clareza nos fatos, tornando-os assim, mais brandos no que tange a sua boa índole, sabendo que o seu consultor, poderia por seu bel-prazer, divulgar os fatos que fazem referência a conduta errônea da pessoa em determinado momento de sua vida.

A instituição responsável pela regulamentação do sigilo profissional dentro da advocacia no Brasil, é a Ordem dos Advogados do Brasil, a qual o faz por meio da Lei 8.906 de 4 de Julho de 1994, especificamente, no artigo 34, inciso VII, caracteriza o ato de violar, sem justa causa o sigilo profissional como infração disciplinar, sendo passível de aplicação de censura, suspensão, exclusão e/ou multa, conforme o artigo 35 da referida Lei.

A OAB também é responsável pela edição do Código de Ética e Disciplina da própria, conforme prevê o artigo 53, inciso V. Tal compilação traz em capítulo específico o Sigilo Profissional, o Capítulo III, composto por três artigos, Art. 25, de suma importância para a profissão, dentro do qual é estipulado em quais circunstâncias o segredo profissional pode ser quebrado:

> Art. 25. 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.

Um assunto importante a se abordar é a questão de a maioria dos dispositivos legais que diz respeito ao Sigilo Profissional deixarem uma lacuna quando se refere da quebra do sigilo, em sua maioria, as leis, deixam por conta do próprio advogado, aquilatar a situação e julgar se é realmente necessário a aplicação da quebra, o uso de termos como *"(...)revelar, sem* ***justa causa****(...)",* há diversos artigos que se valem de palavras do mesmo calibre para fazer referência a quando a quebra do sigilo não é tolerada, porém tal feito, abre margem para que erros possam acontecer, afinal, a *"justa causa"*, pode ser julgada de maneiras totalmente diferentes de acordo com a gnose de cada um, tornando assim, a norma completamente submissa a hermenêutica.

1.5 O dever de guardar sigilo e outras profissões

Embora o tema tenha grande relevância social, é muitas vezes dado como exaurido e não motiva o interesse dos pesquisadores na área, dada sua abordagem sucinta no nosso

ordenamento jurídico. É de bom tom, porém, ressaltarmos que não é apenas a profissão de advogado que tem inerente ao seu exercício o dever de sigilo, são várias as outras figuras que em razão de seus ministérios, ofícios ou funções carregam consigo a obrigatoriedade do segredo.

Tomada como profissão mais importante para este artigo e dissecada com minúcia em tópico oportuno, a categoria de advogados e defensores públicos, em decorrência da fundamental posição de confidente, tem regulado o sigilo em seus artigos 25, 26 e 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB, não obstante o assunto é inicialmente versado no artigo 18 da mesma lei: *"Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional".* Sendo abarcada pelo sigilo toda e qualquer informação dispendida do cliente ao advogado, no âmbito de seu exercício jurídico, incluindo o assessoramento e a consultoria.

Para algumas profissões, faz-se mister que o cliente confie em seu profissional e estabeleça com ele uma indispensável relação de segurança e credibilidade. A advocacia, a medicina e a psicologia são exemplos disso e, embora seja nítida a essencialidade desse tipo de liame não há, em nosso ordenamento, um rol ao menos explicativo das profissões compreendidas pela obrigação de sigilo.

A lei 5.766/71 criou o Conselho Federal de Psicologia que posteriormente viria a redigir, por força do artigo 6º, alínea "e" da referida lei, o Código de ética do Psicólogo (Resolução nº10/2005). Esse conjunto de dispositivos, assim como o Código de Ética da OAB, procura regular relação psicólogo/paciente, incluindo a questão do sigilo.

O psicólogo, bastante relevante e procurado atualmente, é um profissional da saúde mental que ajuda os indivíduos em suas relações interpessoais, bem como no tratamento de doenças emocionais e psíquicas, como a depressão. Para tanto é primordial para diagnóstico e tratamento corretos que o paciente confie seus segredos ao psicólogo com a segurança de que este os guardará independente do teor da confissão, limitando-se apenas à avaliação do nexo de causalidade com o comportamento do paciente e seus traumas.

"*O sigilo profissional é marcado por um elemento subjetivo, a pessoa do profissional a quem o indivíduo é obrigado a recorrer para obter assistência.*" Observa a conselheira Cristina Pellini, membro da Comissão de Ética do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo (CRP SP) que a confidência, neste caso, não é espontânea. "O cliente não relata aspectos íntimos ao psicólogo ou ao médico por mero capricho, mas deposita nele sua confiança para a defesa de um bem material ou espiritual."

É válido lembrar, que para o profissional da psicologia, não são apenas as sessões que se valem do direito de sigilo, mas também seus prontuários.

O Código de Ética do Psicólogo aborda a questão do sigilo no seu artigo 9º - "*É dever do psicólogo respeitar o sigilo profissional a fim de proteger, por meio da confidencialidade, a intimidade das pessoas, grupos ou organizações, a que tenha acesso no exercício profissional."*

Outra profissão cujo sigilo se faz essencial é a de médico. O segredo abrange, não só o que é informado pelo paciente, mas tudo aquilo que o profissional venha a descobrir em decorrência de seus exames e diagnósticos. A primeira referencia ao dever de sigilo se faz no Juramento de Hipócrates, sendo associado a uma virtude ética do médico, assumindo posteriormente o caráter legal e deontológico a que se pese.

Bem como na psicologia e na advocacia, a medicina prevê em seu Código de Ética Médica, através da Resolução CFM nº 1931/2009, nos Art. nº 73 e nº 79, situações em que o médico é vedado à revelação, sendo caracterizada a quebra, teremos uma infração ética, penal e civil.

Jussara de Azambuja Loch, nos traz à tona os argumentos em que o sigilo profissional do médico são pautados:

> O direito do paciente à privacidade se justifica, portanto, com base em três argumentos: 1) A privacidade se constitui um direito pessoal e de propriedade, que é violado quando ocorre o acesso desautorizado a essa pessoa ou a informações referentes a ela; 2) A privacidade tem valor instrumental, uma vez que serve para a criação e a manutenção de relações sociais íntimas e para a expressão da liberdade pessoal, sendo necessária para o estabelecimento da confiança entre o médico e o paciente; 3) A privacidade se justifica pelo respeito à autonomia do paciente e consiste em um exercício de autodeterminação.

O Código de Ética Médica em seu artigo 73, alínea “d” prevê ainda a situação de um médico intimado a testemunhar, que, segundo o dispositivo citado deverá comparecer perante autoridade e informar seu impedimento.

Recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a proteção jornalística assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Para Celso Mello, o texto constitucional intensificou, ainda mais, a ideia de que o sigilo da fonte é um "dos valores essenciais à preservação do Estado Democrático de Direito, além, de ser uma garantia básica de acesso à informação".

Como já vimos anteriormente, algumas profissões têm inerente ao seu exercício o

dever ético e jurídico do segredo, para tanto há um dispositivo em nossa Lei Maior, mas geralmente também há legislações específicas como o Código de Ética e Disciplina da OAB, Código de Ética Médica, e no caso do Jornalista o Código de Ética dos Jornalistas Profissionais do Brasil, aprovado pela Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), que trata, em seu artigo 8º o tema de resguardo de fonte.

Há divergência na doutrina no que tange ao uso dessa prerrogativa por aqueles que não possuem o registro profissional obtido depois da graduação no curso de Comunicação Social, já que no artigo 5º XIV, a prerrogativa é garantia na necessidade do cumprimento de exercício profissional.

Darcy Arruda Miranda, para mais, nos esclarece:

> O jornalista ou radialista que publicou ou transmitiu a informação sigilosa, ainda que interpelado, não fica obrigado a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações. Este silêncio é direito seu, não podendo ser interpretado neste ou naquele sentido e não fica sujeito a sanção de qualquer natureza, nem a qualquer espécie de penalidade. Esclareça-se, porém: o que não sofre sanção civil, administrativa ou penal, é o silêncio do divulgador, não a publicação ou transmissão incriminada.

A Lei nº 5.250/67, art. 71, também garante que o profissional do jornalismo não sofrerá nenhuma sanção, direta ou indireta, coação e nem será submetido a situações vexatórias motivadas pelo sigilo, nem mesmo pelo próprio Estado.

Em 1997 o Ministério Público requereu busca e apreensão na sede do Jornal da Folha de S. Paulo de fitas que continham diálogo entre uma fonte (Senhor X) e alguns deputados acusados de votar a favor da emenda constitucional da reeleição presidencial mediante suborno. O Jornal se recusou a entregar alegando que caso o fizesse estaria quebrando o sigilo da fonte e em consequência colocando-a em risco, em resposta ao recurso interposto pelo Ministério Público, o juiz emitiu a seguinte decisão:

> Tenho, em princípio, como lícita a recusa do Jornal Folha de São Paulo em entregar à Polícia Federal as fitas contendo as gravações originais dos diálogos telefônicos ocorrido entre os parlamentares federais e o, assim denominado "Senhor X", informante daquele periódico. A preservação dos informantes da imprensa poderá estimular outras condutas idênticas, possibilitando que o público tenha acesso a informações valiosas e reveladoras do comportamento criminoso dos agentes públicos, imprescindível, tal ciência, para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e da cidadania. Este sigilo, repiso, de envergadura constitucional, poderá ceder diante de sua colisão contra outra garantia constitucional, que em caso concreto deva prevalecer, como por exemplo, os direitos individuais fundamentais.

Figura não menos importante, que também recebe diariamente informações gravadas de sigilo é o padre, porém, com uma situação um pouco diferente, pois não há na doutrina majoritária entendimento que coloque o sacerdote ao lado das profissões supracitadas como a de médico ou psicólogo.

O que aproxima as situações é que toda profissão tem seu regramento específico, no sacerdócio e em toda a instituição católica, as leis são conhecidas como canons.

O sigilo sacramental é inviolável, por isso, é absolutamente ilícito ao confessor, de alguma forma, revelar por palavras ou de qualquer outro modo e por qualquer que seja a causa, informações do penitente.

"Tem a obrigação de guardar segredo também o intérprete, se houver, e todos aqueles a quem, por qualquer motivo, tenha chegado o conhecimento de pecados por meio da confissão" (Código de Direito Canônico, 893).

O Padre portanto, não responde pelo crime de quebra de sigilo, mas é sancionado dentro da própria igreja, chegando a ser excomungado, como nos mostra o Cânon 1388: "O confessor que viola diretamente o sigilo sacramental incorre em excomunhão latae sententiae reservada à Sé apostólica; quem o faz só indiretamente seja punido conforme a gravidade do delito".

Embora não punido na esfera penal pelo crime de quebra de sigilo, o padre pode ser processado por danos morais, ou ser acusado de crime contra a honra.

É importante observar que no caso do sacerdote o direito de sigilo é inviolável e absoluto, ou seja, não há hipótese em que permita a quebra. A doutrina católica prega que é preferível que o padre vá preso ou morra em nome da informação e do sacramento do que revelar aquilo que lhe foi dito em confissão

CONCLUSÃO

Apesar de profissões diferentes, todas têm em comum o dever de sigilo, individualmente regulamentadas em suas legislações específicas, porém, todas pautadas na Declaração de Direitos Humanos, promulgada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, que garante a inviolabilidade da vida privada em seu artigo XII.

Tais profissionais, devem, para atingir o objetivo do exercício, criar com seus clientes/pacientes um liame de confiabilidade a fim de ter acesso à essas informações de ordem privada, e é em resguardo ao caráter sigiloso que surge um direito/dever. Para os profissionais

o dever de guardar o sigilo da fonte ou informação e para aquele que se abre o direito de ter suas “confissões” seladas.

O advogado que tem o dever de silêncio e o direito de se negar a testemunhar em casos que se vê envolvido ao cliente, percebe que em muitos momentos se faz detentor de uma informação capaz de mudar o rumo do processo, ou como no filme, inocentar alguém.

Existe, no dispositivo, a previsão da possibilidade de quebra de sigilo, porém há a necessidade de juízo de valor em todas as situações, o que deixa espaço para interpretações errôneas. É nítido que o legislador, quando tratou do assunto, o fez como se se referisse a algo simples, mas quando analisamos a probabilidade de o ordenamento jurídico atar as mãos do profissional e impedir que ele realize com eficiência aquilo que se propôs a fazer, percebemos que se trata de um assunto complexo e que merece muito mais atenção do atualmente recebe.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

LOCH, J. *A Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica.* Bioética. 2003;11(1):51-64.

OLIVEIRA, Edson Roberto Baptista de, *Prova penal e sigilo profissional: análise comparativa e casuística de algumas profissões*. Disponível em:<http://www.dpu.gov.br/images/stories/escola_superior/arquivos/Revista/revista-8/artigo 12_-_edson_roberto_baptista_de_oliveira_e_fernando_henrique_aguiar_seco_de_ alvarenga. compressed.pdf > Acessado em 25 de abril de 2016

Conselho Regional de Psicologia de SP, questões éticas o prontuário, a comunicação dos atendimentos e SIGILO PROFISSIONAL: Disponível em: http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/jornal_crp/163/frames/fr_questoes_eticas.aspx Acesso em 21 de abril de 2016.

A DESCRENÇA NOS PARES: A FALTA DE IDENTIDADE MORAL E ÉTICA ANTE AS DIFERENÇAS RACIAIS

Mariana Rolemberg Notário[55]

Wilton Boigues Corbalan Tebar[56]

RESUMO

O presente trabalho analisa a situação racial peculiar retratada no filme "Tempo de Matar" vivenciada em Canton no Estado do Missisipi – Estados Unidos. Para tanto analisa vários aspectos jurídicos desta questão como a divisão entre negros e brancos existentes a época, evidenciado, inclusive, pela atuação da KuKluxKlan. Não obstante a questão racial propriamente dita analisa, igualmente, os reflexos desta divisão racial, como a falta de parcialidade dos membros do Judiciário e da própria população [branca] quanto ao julgamento de um negro pelo Tribunal do Júri. Aborda também as fortes pressões da elite branca quanto a determinação de um resultado pré-concebido mediante a intolerância e violação dos direitos do próximo. Por fim, tem o escopo de analisar a questão moral e filosófica dos atos de um homem negro inserido neste cenário, enfatizando a perda da legitimidade do Poder Judiciário como pacificador de conflitos [sua finalidade precípua] e guardião da ordem jurídica.

Palavras-chave: Racismo. Crise na Justiça. Parcialidade dos pares.

ABSTRACT

The present paper analyzes the unique racial situation portrayed on the movie "Tempo de Matar" experienced in Canton – State of Missisipi – United States Of America. Therefore analyzes several juridical aspects of this film like the division between black and white people

[55]Discente do 7º termo do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Convidada à apresentação no Painel Especial de Direito Islâmico pela publicação do artigo "Circuncisão Feminina Islâmica: o direito islâmico em relação ao brasileiro", no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2013. Selecionada pelo programa Ibero-Americano de Intercâmbio, promovido pelo Santander Universidades, para cursar Direito na Universidade de Coimbra, em Coimbra/PT.

[56]Advogado. Professor titular de Direito Processual Civil e Direito Civil do CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Pós graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderpe/MS. Graduado em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Mestrando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de São Paulo do Largo do São Francisco.

who lived on that city evidenced, including, by the appearance of Ku Klux Klan. Regardless of the racial issue, the paper analyzes, equally, the reflexes about this racial division, as the partialityness of the Judiciary members and own population [white] with the trail of a black person by the Jury Court. Addresses, as well, the strong pessures of white bourgeois about the determination of a result preordained by intolerance and violation of the people´s right. Lastly, it has the scope to analyzes the moral and philosophical issue of man´s black act inserted on this scenario, emphasizing the lost of the legitimacy of Judicial Power as a conflict´s peacemaker [it his higher purpose] and guardian of the juridical order.

Keywords: Racism. Crisis Of Justice. Kind´sPartialityness

INTRODUÇÃO

Por uma razão estritamente metodológica, o recorte cinematográfico do filme "**Tempo de Matar**[57]" será apresentado desde logo, pois está intimamente ligado com a problematização jurídica e justificativa para o desenvolvimento deste artigo científico. Sendo assim, tão logo se desenvolva a narrativa da história do filme serão apontadas as problemáticas jurídicas/cinematográficas que serão desenvolvidas em cada capítulo e sua pertinência lógica com o objeto de pesquisa deste trabalho.

O objetivo do presente trabalho foi realizar uma análise jurídico-filosófica do filme supramencionado, que relata um caso de disputa racial ocorrido na cidade de Canton, no Estado do Missisipi – Estados Unidos. O personagem principal, Carl Hailey, assassina dois homens brancos responsáveis por estuprar, espancar e urinar em sua filha Tonya, de 10 anos de idade, dentro de uma instalação do Poder Judiciário momentos antes de irem a julgamento.

Este é o objeto de pesquisa central do trabalho, pois buscou analisar as questões raciais envolvidas no ato, mormente diante do fato do ambiente hostilizado ser extremamente intolerante, preconceituoso e avesso aos direitos das pessoas negras. Tem-se, como exemplo, a representação e atuação da KuKluxKlan em determinado momento do filme. A partir desta definição do objeto de pesquisa, o trabalho passou a abordar as problematizações dele decorrentes.

O segundo capítulo definiu como uma das problematizações a descrença do

[57] "A time do kill" é o nome original utilizado para a divulgação e veiculação do filme nos Estados Unidos.

personagem principal quanto ao julgamento justo e imparcial dos dois homens brancos responsáveis por violentar sua filha. A questão racial qualifica esta problemática, pois sua descrença não estaria afeta somente ao Poder Judiciário, mas aos membros da própria sociedade que está inserido que, em tese, privilegia o direito dos brancos elitistas.

O terceiro capítulo trouxe como problematização o aspecto moral/filosófico do ato do personagem principal. Teria o ato sido motivado pela questão racial ou seria algo inerente ao ser [jusnaturalistas]? E mais, seria algo criado em decorrência do ambiente hostilizado [moral do dever ser]?

Outra problematização que o capítulo apresentou trata das dificuldades enfrentadas pelo personagem principal em relação a seu próprio julgamento pelos atos a ele imputados. Seria aquele ambiente imparcial? Mesmo sendo negro, tem direito a um julgamento justo? E seus direitos mínimos, foram assegurados?

Por fim, a realização do trabalho possui como justificativa a análise da posição jurídica dos negros numa sociedade dominada pelo interesse dos brancos. Busca evidenciar se os negros são sujeitos de direitos ou são objetos de direito. Para tanto, buscou enfatizar os traços marcantes desta disputa no filme supramencionado como forma de legitimação das conclusões apresentadas.

Os métodos utilizados na pesquisa foram o dialético, dedutivo e indutivo. Dialético, pois haverá uma constante simbiose entre diferentes ramos do Direito e entre este e as demais disciplinas não jurídicas. Os ramos do Direito analisados foram o Direito Constitucional, Direitos Humanos e Teoria Geral do Direito quanto a análise da questão racial e suas implicações para a teoria do Direito [afetação do Poder Judiciário]. Além do Direito, o trabalho abordou questões atinentes a filosofia como forma de entender os atos praticados pelo ator principal da trama. O método indutivo teve o condão de evidenciar a prática recorrente do prejuízo da população negra por questões raciais no ambiente retratado no filme, através de uma análise casuística. Por fim, o método dedutivo se prestou a, juntamente com o método dialético, fornecer uma nova premissa interpretativa para as questões raciais [negros como sujeito de direitos] que seria aplicável a todos os cidadãos indistintamente.

1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO ENQUANTO PROMOTOR DA PAZ SOCIAL

1.1 O Estado Democrático de Direito: transposição do enredo ao Ordenamento Pátrio

O contexto da obra cinematográfica analisada neste trabalho, ao ser colocada em pauta

na condição legislativa atual, ou seja, no Ordenamento Jurídico pátrio vigente, reflete-se de maneira diferente daquela verificada no ambiente em que se passa o enredo.

Notadamente, o principal fundamento para referida assertiva é o fato se haver constituído um Estado Democrático de Direito, pautado em normas – e diretrizes – fundamentais, consagradas de maneira peculiar pela Constituição Federal de 1988, sendo importante ressaltar, nesse sentido, dentre as características basilares deste Estado Democrático de Direito – ou Estado Constitucional Democrático, como sugere Novelino (2013, p. 438) – a garantia jurisdicional da supremacia constitucional, bem como a busca pela efetividade dos direitos fundamentais.

Não obstante a isso, em seu primeiro artigo, ao serem descritos os fundamentos deste Estado Democrático, a Lei Soberana destaca, dentre outros institutos, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III). À frente, classifica também, como objetivo da República, a busca pela construção de uma sociedade justa, solidária, e a busca pela redução das desigualdades sociais e a promoção do "bem de todos", indistintamente a quaisquer atributos detidos pelo indivíduo sob proteção (Art. 3º, I, III e IV).

Surge, neste momento, a necessidade de se atentar ao fundamento da dignidade, uma vez que, não por outro motivo, a Carta Marga positiva uma série de direitos e garantias com intuito de fomentar e possibilitar que esta dignidade seja atingida por seus sujeitos. É o que explicita o Prof. Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 114): "sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade".

De forma uníssona:

> A nossa Constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente – no que acabou trilhando caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, pelas Constituições de Portugal e da Espanha – foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Consoante amplamente aceito, mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado

> democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988) ((2011, p. 86)

Assim, enquanto fundamento da República, enquanto fundamento do Estado de Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana serve não apenas como parâmetro para a regência das relações sociais de maneira geral, mas também como limitação; isso porque, ao reconhecê-la como preceito e sustentáculo para os atos estatais, e ainda, por entende-la como parâmetro para se alcançar os objetivos constitucionais *retro* elencados, passa-se a delimitar a atuação do Estado para que ele atue de forma a não transgredir e ainda, ao contrário, promover, a todo momento, este postulado (Sarlet, 2011, p. 132).

Outrossim, ainda nas palavras de Sarlet (2012, p. 69), o cumprimento dos direitos fundamentais, pressupostoà dignidade, serve de "legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional", o que reverbera a supremaciada Lei Máxima.Portanto, passa a haver mais do que a simples positivação de direito fundamental, mas sim sua garantia, uma vez que é assegurada sua observância, tendo em vista este caráter indispensável para que um Estado de Direito possa assim ser considerado.

Destarte, é permitido ao intérprete constitucional a visão de que, ao sacramentar o postulado da dignidade da pessoa humana, positivar uma série de direitos e classifica-los de forma fundamental, e ainda, os atribuiruma série de garantias, a Constituição da República guia-se, não pela efetivação simplista da literalidade da lei, mas sim pelo "valor de justiça material"(Sarlet, 2012, p. 71).

Nesta toada, lastreando-se no que preceitua Araújo (2011, p. 131)

> Uma análise sistemática do texto constitucional faz ver, no entanto, que um grande número de dispositivos constitucionais palmilhou claramente o caminho do chamado estado do **bem-estar social**[...] Note-se que os Direitos Fundamentais, modernamente, já não são enfocados de modo exclusivo como espécie de direitos subjetivos, mas também com uma dimensão institucional (Grifou-se)

Isto posto, reitera-se, toda a estruturação estatal remonta-se à consolidação dos direitos fundamentais, intermediada por esta supremacia da Constituição. Em outras palavras, a República Federativa do Brasil, ao ser fundada pela Carta Magna de 1988, estruturou um Sistema Jurídico capaz de, não só estabelecer um Estado soberano como se espera, mas também de garantir e efetivar direitos inerentes ao homem, trazendo, para tanto, artifícios e regulamentações estruturantes de instituições capazes de prestar, a contento, o mandamento jurisdicional da Constituição no que tange a esses direitos.

1.2 O Poder Judiciário e a Efetivação dos Pressupostos do Estado Democrático de Direito

A (re)estruturação judiciária atribuída à Constituição de 1988 fortaleceu o Poder Judiciário, revelando seu *status* de parte indissociável e indispensável do poder estatal, fiscalizador e "efetivador" último dos preceitos constitucionais[58], fazendo exsurgir necessidade de concretização destes objetivos e garantias (Barroso, 2013, p. 536 e ss).

Neste trilho, transpondo esta premissa,Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 94):

> Dizer que a lei tem a sua substancia moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, **tem o dever de definir os litígios fazendo os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais**. (Grifou-se)

Avançando no tema, importa ressaltar que

> Deve o órgão jurisdicional dar especial atenção à repercussão, *na realização da própria atividade jurisdicional e na sociedade*, da solução jurídica apresentada para o caso.
> As decisões judiciais repercutem *interna* e *externamente*, em relação ao processo [...] os pronunciamentos judiciais são atos que repercutem – positiva ou negativamente – na sociedade, razão pela qual devem ser vislumbrados *em sua relação com o meio social e econômico* em que devem atuar, devendo ser examinados *em sua globalidade*, tomando-se em consideração outros fatores sociais. (Medina, Wambier, 2009, p. 43)

Perceptível, deste modo, a aderência do "valor democracia como caráter instrumental, de conformação dos ideais individuais do processo com a sociedade" (Mitidiero, Zaneti Junior, 2004, p. 41).

Neste diapasão, e visando possibilitar o integral cumprimento destes paradigmas, o Ordenamento confere, aos entes do Poder Judiciário,uma série de garantias institucionais. Isso porque, mesmo enquanto pertencente a um sistema democrático, cuja uma das principais características é a efetivação da vontade da maioria social, bem como a prestação de contas à essa massa, o Poder Judiciário deve, quando necessário, exercer uma função contrária, efetivando não essa vontade popular, mas sim efetivando a supremacia constitucional, seus fundamentos, e seus objetivos:

> A Constituição de 1988 assegura aos magistrados as seguintes garantias: [...]
> A vitaliciedade assegura que o magistrado somente perderá o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado. No caso do juiz de primeiro grau, a vitaliciedade será adquirida após dois anos de exercício, somente podendo o juiz perder o cargo, nesse período, mediante deliberação do tribunal a que

[58] Nesse sentido, ver: Morais, 2011, p. 99 e ss.

> estiver vinculado (CF, art. 95, I). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão perder o cargo por decisão do Senado Federal, nos casos de crimes de responsabilidade, nos termos do art. 52, II, e parágrafo único, da Constituição de 1988.
> A inamovibilidade garante que o juiz não seja removido do cargo exofficio. Não se permite, igualmente, que, mediante qualquer mecanismo ou estratagema institucional, seja ele afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo. A ordem constitucional contempla a possibilidade de se efetivar a remoção do juiz – bem como a decretação de sua disponibilidade ou aposentadoria –, por interesse público, mediante decisão da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 93, VIII).
> A irredutibilidade de vencimentos, antes garantia exclusiva dos magistrados e hoje integrante da proteção dos servidores públicos em geral, completa esse elenco de garantias pessoais voltadas para assegurar a independência dos magistrados. Afasta--se aqui a possibilidade de qualquer decisão legislativa com o intuito de afetar os subsídios pagos aos juízes.(MENDES, BRANCO, 2012, p. 1163 e ss.)

Desta forma, é dever deste Poder, não só a concretização da democracia em sua maneira mais simplificada, visando atingir a maioria, como em sua forma mais complexa:

> O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. [...]De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social[...]
> Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral(Barroso, 2013, p. 561)

Em suma, é possível compreender que, embora exerça função democrática, não se afasta, do Judiciário, outra função a ele inerente, qual seja, a concretização dos dogmas constitucionais,com especial zelo aos direitos fundamentais (Barroso, 2013, p. 562).

Por derradeiro, indubitável o papel de promotor da justiça social do Poder Judiciário, em todas as suas formas, incluindo-se aqui a paz social por meio de decisões abalizadas pelos fundamentos basilares da Constituição Federal.

Assim sendo, e enfocada a obra objeto deste estudo, mais uma vez, é possível aferir a posição contrária adotada pelo Tribunal ao pré-julgamento do personagem principal, uma vez que, ao contrário do que se espera de um Poder também fundamental, é de se contrapor, sempre que necessário, às vontades do povo e não sucumbir a elas quando observa-se a clara transgressão do Ordenamento Jurídico, especialmente quando da promoção, absolutamente

contrária a este Ordenamento, de quaisquer que sejam as formas de discriminação.

2 A CRISE DA JUSTIÇA EM EVIDÊNCIA: A MORALIDADE POR TRÁS DOS ATOS NO AMBIENTE DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

No filme em questão, o personagem principal assassina, dentro da corte judicial, com uma metralhadora, os dois homens brancos que estupraram e espancaram sua filha, momentos antes de serem julgados.

Se o segundo capítulo nos forneceu como premissa cientifica que o Poder Judiciário tem como papel fundamental a pacificação social e que uma de suas características é a entrega de um julgamento justo mediante a repressão dos atos ilícitos, o que teria motivado tal ato? Se o Tribunal do Júri é composto por nossos semelhantes, justamente para entregar ao povo a importante decisão sobre a liberdade de uma pessoa, o que teria motivado tal ato?

Nos parece claro que o aspecto moral, confirmado pelo filosófico motivou o ato do personagem principal. As ações do personagem principal demonstram a veracidade desta constatação.

Primeiramente pesou em sua decisão o ambiente de hostilidade racial em que estava inserido. Ao não reconhecer a legitimidade das pessoas brancas para realizarem um julgamento justo quanto aos atos ilícitos praticados contra sua filha, o personagem principal não só duvidou da capacidade de seus pares de agirem corretamente, como duvidou do Poder Judiciário em contornar este problema, pois também contribuía para este lamaçal de preconceito racial.

Evidenciou-se, portanto, a crise da justiça. O personagem principal foi tomado pelo sentimento de impotência que mais tarde o atormentaria em seu próprio julgamento pelos mesmos pares que desacreditou na primeira vez. Sentia que seus pares num caso ou noutro, pela diferencia racial, não poderiam agir da forma que concebia como correta, isto é, conforme a justiça que lhe parecia a mais adequada.

A dúvida, portanto, do personagem principal repousava na descrença da atitude ética-moral a ser praticada por seus semelhantes no Tribunal do Júri. Sendo assim, podemos arguir:“que ética exigiríamos para definir el Derecho y para reconocerlo como Derecho válido? La legitimidade que há logrado legitimación para que los poderes sociales y políticos, mangengan com eficácia el aparato judicial-administrativo de la coacción (legalidade) (Diaz, 1998, p. 46)”.

Não reconhecia, portanto, aqueles atores sociais, responsáveis por entregar a justiça ao

caso de sua filha, como legítimos para tal mister. Acreditava que a aplicação da lei estaria fadada ao fracasso [crise de legalidade] em decorrência da parcialidade de julgamento dos infratores pelos seus semelhantes [identidade de intolerância racial].

Já alertava Piero Calamandrei (2003, p. 17-18):

> Julgar sempre foi a função mais árdua a que os homens podem ser chamados; talvez uma função demasiadamente onerosa para a fragilidade humana. O juiz não apenas é juiz; é um cidadão que possui determinadas opiniões e interesses comuns aos outros homens. É possível que todas essas condições pessoais não causem repercussão de algum modo sobre a justiça?

Está claro, portanto, que a motivação do ato do personagem principal partiu de um senso moral ao não reconhece-lo em seus semelhantes.

Não obstante a descrença na Justiça, a imoralidade do ato perpetrado contra sua filha, criou no personagem principal um sendo de justiça permitindo-lhe praticar barbárie de repulsa semelhante em defesa da honra daquela e impondo aos infratores uma espécie de Justiça moral.

Mas como deslegitimar uma instituição democrática e tão importante como o tribunal do Júri? Antoine Garapon (1997, p. 229-230; 310) discorrendo sobre o tema nos fornece algumas perspectivas:

> o ritual judiciário reforçaria a ilusão de uma ordem jurídica impermeável às influências sociais, quando ela não é mais do que uma opressão suplementar da classe dominante. Bem julgar exige que se renuncie a uma justiça puramente racional, a um direito natural. As instituições democráticas são mais frágeis do que as outras porque são órfãs de uma qualquer transcendência.

Em que pese igualmente imoral [vingança privada], na concepção do personagem principal seus atos guardam justificação com a imoralidade endêmica do sistema, legitimando seus atos.

O ambiente de intolerância racial, portanto, cria uma animosidade no íntimo do agente lhe causando transtornos de julgamento. Sendo assim, "onde não há espirito tolerante, compreensão e diálogo há imposição, castração, limitação, restrição. Os resultados deste processo somente podem ser o ódio, a competição, a rebelião, a eliminação, a opressão e o totalitarismo (Bittar, 2011, p. 140)".

Num ambiente democrático de diferenças culturais, ideológicas e raciais, permite que este pluralismo, "institui a possibilidade do convívio com a diferença, o que significa a inclusão do outro" (Bittar, 2011, p. 144), todavia, o ambiente era tão dominado pela intolerância racial, levando aos fatos ocorridos no filme.

Noutro giro, tal atitude poderia tem como fundamento algo inerente ao ser [jusnaturalistas]?

Além do ato praticado pela Justiça Moral, poderíamos também dizer que o ato poderia ter sido legitimado pela Justiça Natural. Há, portanto, "um modelo primitivo de justiça; uma ideia inata desta virtude. Não se localiza em algum espaço místico ou inacessível, mas junto ao próprio ser humano, em sua consciência, a causa primeira e síntese de sua existência (Pires; Martins, 2012, p. 37)".

Se considerarmos a ordem natural dos seres humanos, salvo situações excepcionais, o pai sempre verá seu filho crescer e todo filho tende a enterrar seu pai para o merecido descanso. Tendo em vista esta ideia inata de amor incondicional entre pai e filho e suas implicações éticas e morais, a reprimenda levada a cabo pelo personagem principal nos direitos primitivos a ele imanentes. "Hasta podría, en términos generales, decirse que, centrado como está en la ideia de justicia, en teoria todo iusnaturalismo alojaría potencialidades críticas y de oposición frente a situaciones de hecho que pudieran ser o resultar injustas (Diaz, 1998, p. 41)".

Pelo exposto, caso o ato do personagem principal tenha contornos de reprimenda moral e/ou natural, é certo que o fator racial foi responsável pela sua potencialização e justificação.

2.1 O Homem Como Dever Ser

Até o presente momento o personagem principal foi analisado enquanto ser, ou seja, o que ele é, pela cultura, moral e fatores sociais que o rodeiam. A análise, portanto, foi puramente ontológica. Doravante, as atitudes do personagem principal serão analisadas pelo dever ser, isto é, pela deontologia jurídica, ditada peloordenamento jurídico em que está inserido.

Sendo assim, outra problematização que o capítulo apresenta refere-se às dificuldades enfrentadas pelo personagem principal em relação a seu próprio julgamento pelos atos a ele imputados. Seria aquele ambiente imparcial? Mesmo sendo negro, tem direito a um julgamento justo? E seus direitos mínimos, foram assegurados?

Um paradoxo extremamente interessante presente na narrativa do filme trata-se do julgamento do ator principal pelo assassinato que cometeu, pelos mesmos pares que entendia parciais e incapazes de fazer justiça quanto ao julgamento dos homens brancos responsáveis pelo crime praticado contra sua filha.

Para tentar evitar o julgamento pelos "homens brancos" seu advogado tenta deslocar o julgamento para uma cidade que considera isenta e que poderia fornecer um julgamento justo, na qual lhe é negada tal possibilidade. Demais disso, para apimentar um pouco mais o

julgamento tão conturbado, o Magistrado limita a matéria de defesa do personagem principal impedindo-o de utilizar o estupro como legitimação de seu ato.

Filosoficamente, o Magistrado retirou do julgamento toda a dosimetria ontológica dos atos do personagem principal, estabelecendo um julgamento estritamente jurídico [deôntico] disciplinado pela ciência jurídica.

Sendo assim, a ciência jurídica obedece a unidade finalística. Às vezes empregamos a expressa 'unidade orgânica', quando nos referimos ao Direito, mas é preciso notar que é no sentido de uma unidade de fins (Reale, 2014, p. 07).

O seu destino seria decidido pelo mesmo Juri, cujos membros eram considerados parciais e racialmente intolerantes. O personagem principal, portanto, deveria receber a Justiça, mediante a aplicação do ordenamento jurídico vigente de acordo com o crime que cometeu.

Não são outros os ensinamentos de Miguel Reale (2014, p. 64-67):

> Direito veio a demonstrar que ele possui aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça), ou seja, Direito é a concretização da idéia de Justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores.

Seguindo a mesma lógica do primeiro ato, o personagem principal poderia ser assassinado por qualquer branco, seja para corrigir a imoralidade do ato ou proteger a ideia de direitos inatos ao ser humano.

Corroborando esta afirmação, note as palavras de Paulo Ferreira da Cunha (CUNHA, 2008, p.19):

> o Direito baseia-se sobre bases comuns comunicativas, e ele próprio surge de um consenso social e políticos sobre matérias que devem ser um mínimo denominador comum em que a mutação social e política não deve interferir a todo momento. Sem bases de comunicação significativa, e sem um acordo das forças políticas a propósito do núcleo de regularidades sociais em que convém não andar sempre a alterar as regras (o Direito), dificilmente uma sociedade não cairá na anomia.

No entanto, na segunda parte do filme, nesta guinada paradoxal, o personagem se submete ao regime deontológico, ou seja, se submete ao dever ser [ordem jurídica vigente]. Estava entregue, portanto, a um sistema que ele desacreditava e que era, na visão do personagem principal, influenciado pela intolerância racial.

O sistema deôntico, trata-se da imposição de comportamentos ao corpo social através de normas jurídicas. Essa imposição de comportamentos é feita pelos deônticos modais

(obrigatório, proibitivo e facultativo).

São as palavras de Miguel Reale (2014, p. 01-6):

> Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites a ação de cada um de seus membros. Direito, por conseguinte, tutela comportamentos humanos: para que essa garantia seja possível é que existem as regras, as normas de direito como instrumentos de salvaguarda e amparo da convivência social.

No âmbito deôntico, o Estado não permite a Justiça com as próprias mãos, como praticado pelo personagem principal, ainda que em sua concepção, o sistema estivesse corrompido e as normas não seriam adequadamente aplicadas.

Já dizia Kelsen que "o fundamento de validade de uma ordem normativa é- como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem" (1994, p. 33).

É justamente esta norma fundamental, representada pela Constituição de cada país, que estrutura todo o sistema deôntico e é responsável por legitimá-lo.

Sendo assim, ao estiolar o sistema deôntico na primeira oportunidade [assassinato dos homens brancos que violentaram sua filha], o personagem principal desconstruiu [relegou] a própria ordem jurídica.

Como nos ensina Eduardo Bittar (2011, p. 336):

> de fato, o esquema de funcionamento do subsistema a que se chama de Direito pressupõe fechamento operativo (norma válida ou invalida), mas pressupõe também abertura cognitiva, em que é possível entrever a possibilidade de influenciação de outros subsistemas (economia, política).

No entanto, é a racionalidade e confiança no sistema que permite que o sistema deôntico trabalhe pela pacificação social e crença na Justiça pela ordem jurídica. Por essa razão, as consequências advindas do descumprimento do sistema deôntico, "depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação. (Barcellos, 2005, p. 41)".

Portanto, mesmo o personagem principal evidenciando uma Justiça ontológica [sendo de moral e direitos naturais inatos] em seus atos, pela força do sistema deôntico submeteu-se a julgamento pelo sistema que desacreditava. No entanto, reforçando a ideia da intolerância racial extremista do filme, o personagem principal obtém sua absolvição quando seu advogado narra história semelhante a ocorrida com a filha de seu cliente encerrando: "agora imaginem que é uma menina branca".

O choque de realidade é tão intenso nos jurados, que mesmo o julgamento ocorrendo

pelas bases deônticas, o ser se sobressai no amago daquelas pessoas, experimentando do ódio e sede de vingança ocasionados pelo senso de Justiça ontológico. Notem que o argumento racial foi o responsável pela desconstituição de toda a base jurídica de reprimenda estatal ao ato ilícito praticado.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que o Poder Judiciário tem papel fundamental no controle do pluralismo dentro de uma determinada ordem jurídica. Sendo assim, suas instituições, tais como o Júri, expressão máxima da democracia e participação popular na representação da Justiça devem ser norteados pelos princípios fundamentais basilares previstos no ordenamento jurídico.

Para que esta Justiça seja alcançada pela ordem jurídica e participação democrática os princípios da imparcialidade, devido processo legal e isonomia devem nortear todos na dinâmica dos atos dos agentes envolvidos no procedimento.

Assim, é imprescindível que o Poder Judiciário exerça sua função democrática natural, mas que também aja de forma contramajoritária, prestigiando os direitos inerentes também das minorias, como é o caso do protagonista da obra analisada.

Não obstante a isso, é fundamental que o postulado da dignidade seja, a todo momento, verificado nos atos do poder público, uma vez que somente desta forma se efetivarão os preceitos constitucionais.

Ocorre que a ordem jurídica pertence ao sistema deontológico, ou seja, o sistema do "dever ser". Este sistema estabelece comportamentos a serem praticados pelos integrantes de uma sociedade pela coercitividade de suas normas jurídicas. Este é o padrão ideal de Justiça em uma sociedade jurídica. A justiça é obtida pela correta aplicação das normas.

No entanto, podemos concluir pela narrativa do filme "Tempo de Matar" que o sistema deontológico estava corrompido pela intolerância e discriminação racial. Os agentes do procedimento agiam de acordo com o sistema ontológico, ou seja, pelo que o homem é, enquanto ser.

O personagem principal atento a esta corrupção moral, impede que a Justiça deôntica julgue e puna os agressores de sua filha, assassinando-os por motivações morais e jusnaturalistas. Seja pelo aspecto natural, conferindo a ideia de que o homem possui um direito inato de reagir a bárbara agressão praticada contra sua filha, seja pela questão moral pelo

reconhecimento da corrupção do sistema em julgar e punir adequadamente os infratores.

Por fim, podemos concluir que os agentes do procedimento [jurados] realmente atuam de acordo com o sistema ontológico e não com os ditames de Justiça deôntica, pois acabam absolvendo o personagem principal pelos assassinatos, após seu advogado reforçar de maneira contundente a questão racial em sua explanação. Os jurados perceberam que se uma menina branca tivesse sido estuprada e espancada, eles teriam agido da mesma forma e, portanto, o pai desta menina branca estaria protegido pela Justiça moral naturalista ao reagir mediante a prática de igual ou maior gravidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011.

2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. SERRANO JUNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

BARCELLOS, Ana Paulo de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Democracia, Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Comunicação & Direito. Semiótica, literatura e norma*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DIAZ, Elias. *Curso de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* 7ª ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte Geral e Processo de Conhecimento.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: primeiras linhas em um paradigma emergente.* Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos***.** 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

PIERO, Calamandrei. *A crise da Justiça*. Tradução e adaptação Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes**.** *Um diálogo sobre a justiça. A justiça arquetípica e a justiça deôntica.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 9ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PARA ALÉM DA INSTRUMENTALIZAÇÃO

Daniel Amaral Ando[59]

Felipe Augusto Rodrigues de Mello[60]

RESUMO

A temática central do presente trabalho gira em torno do questionamento da compatibilidade da perspectiva dogmática com a democracia, com enfoque no personagem Maximillien, do filme ‘’Danton – O Processo da Revolução’’, o qual se vale de meios autoritários para defender seu ideal republicano. Discute-se também a abordagem jurídica atual para o problema da instrumentalidade pela qual a democracia se torna sujeita a depender dos interesses dos agentes políticos e jurídicos, apontando também as teorias normativas desenvolvidas para supostamente refrear tal fenômeno e as criticas a respeito de sua eficácia no objetivo de impedir que a democracia seja tratada como um meio para garantir interesses.

Palavras-chave: democracia, instrumentalidade, constitucionalismo, filosofia do direito

ABSTRACT

The central theme of the present article revolves around the questioning of the compaptibility of the dogmatic perspective with democracy, emphasizing on the character of Maximillien from the film “*Danton”*, in which the character makes use of authoritary means to defend his republican ideal. It will also be discussed the current juridical approach to the problem of the instrumentalization of democracy, in which it becomes subjected to the interests of political and judicial agents, also appointint the normative theories develop to supposedly withstand such phenomenon and the critics about the efficiency of such on impeding that democracy be treated as a means to guarantee interests.

Key words: democracy, instrumentality, constitutionalism, philosophy of law

[59]Discente do 5º termo do curso de Direito Matutino do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Membro do grupo de pesquisas de Direito Internacional e do Grupo de Estudos: Filosofia, Teoria Geral do Direito e Hermenêutica.

[60]Discente do 5º termo do curso de Direito Matutino do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Membro do grupo de pesquisas de Direito Internacional e do Grupo de Estudos: Filosofia, Teoria Geral do Direito e Hermenêutica.

INTRODUÇÃO

Estaria a democracia livre de inimigos? A essencialidade da pergunta em questão nos leva a outra indagação: Como podemos manter a democracia quando essa é muitas vezes tida como um instrumento de quem detém o poder?

Analisando a figura revolucionária de Maximilien de Robespierre através da história que nos é contada no filme "Danton, o processo da revolução", buscou o presente trabalho responder essas perguntas através de um enfoque critico da ciência política e do Direito.

É possível absorver, que mesmo o individuo mais republicano e defensor da igualdade pode passar por cima da democracia em nome de seus ideais.

Partindo dessa premissa, buscou-se ampliar o debate acerca de como a democracia pode prosperar livre de ameaças e riscos de quem a tem como um meio para seus fins particulares.

Para tanto, inaugurou-se o trabalho com a tarefa de expor a problemática da instrumentalização da democracia, conforme a tese de Gustavo Zagrebelsky (2011; p.31-34), através de constatações feitas a partir do filme que data o período do terror jacobino.

Nessa esteira, logo após pretendeu-se esclarecer do que se trata a referida tese, a contextualizando com a obra "A crucificação e a democracia" do autor supracitado, elaborando uma análise critica em relação ao espírito da necessidade prolatado pelas visões dogmáticas e céticas da democracia.

Por fim, demonstrou a insuficiência de uma visão meramente formal da democracia, portanto se contrapondo inclusive ao que defende Zagrebelsky (2011; p.132), busca na critica do direito uma possível – não exatamente necessária e absoluta – solução contra as autoridades que se utilizam da democracia para afirmarem sua vontade.

Para essa tarefa, procurou-sesuporte na obra "Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo, a qual expõe a síntese das teorias garantistas e pós-positivistas, representadas nas figuras Luigi Ferrajoli e Lênio Luiz Streck,respectivamente.

Assim sendo, o artigo não trouxe a pretensão de exaurir o tema - o que seria por si só uma ofensa às possibilidades democráticas - mas sim de demonstrar uma grave problemática, além de expor perspectivas atuais sobre a democracia e o direito após um período belicoso no qual houve diversas violações a direitos historicamente afirmados.

Como se vê, o trabalho partiu de uma premissa fática - fruto de uma análise bibliográfica/ filmográfica - e a problematizou através de uma crítica, objetivando a superação

do problema através da apresentação de possíveis alternativas que dialogam entre si.

Trata-se, portanto de uma pretensão de ruptura paradigmática da ciência política e do direito que se vale do método indutivo-dedutivo sob uma abordagem critica.

1 A REPÚBLICA DO TERROR E O AUTORITARISMO REVOLUCIONÁRIO

"Não esqueça nunca... que para o bem da República, temos todos os direitos" (DANTON – O PROCESSO REVOLUCIONÁRIO; 1983)

A assertiva utilitarista proferida de pronto por Robespierre, ao Fouquier afirmar que o direito não estaria mais com ele, mostra de maneira cristalina o que se pretende aqui denunciar.

O Terror imposto pelos jacobinos no período revolucionário francês nos demostra o que para o bem da democracia não pode ser esquecido: mesmo seus maiores defensores podem atentar contra esse regime político quando através dele não conseguem concretizar seus ideais.

A desculpa de garantir o triunfo da revolução serviu por muito tempo como subterfúgio ao Comitê de Salvação Publica, para que esse tomasse atitudes evidentemente antidemocráticas, que iam desde censura de jornais – tal como ocorreu com "O Velho Cordelier" – até a sistemática repressão contra suspeitos de conspiração contra a República.

A inquisição promovida pela "salvação publica" não poupava esforços, sendo que até exaltados lideres revolucionários, como Georges Jacques Danton, acabaram por se tornar vitimas do autoritarismo e arbitrariedade impostos pelos jacobinos.

No específico caso da condenação de Danton, o qual é a temática central do filme aqui analisado, é possivel notar que os jacobinos, e em especial Robespierre, estavam dispostos a qualquer coisa em nome da defesa de seus ideais, mesmo que isso os colocasse em risco.

Ferrenho opositor ao terror imposto por quem passou a deter o poder no período revolucionário, Danton aparece como uma figura dotada de tamanha articulação política e social que ameaçava por em risco o governo jacobino.

Um processo envolvendo um homem como este, aclamado pela opinião publica parisiense, não teria como obedecer aos trâmites e garantias processuais previamente estabelecidos com base em princípios republicanos e democráticos.

De fato, nesta esteira correu a irônica submissão de Danton (quem instituiu o Tribunal Revolucionário) e outros opositores às suas futuras condenações.

Mostra-se, durante todo o período do terror jacobino, evidente a manipulação do direito conforme os próprios interesses de Robespierre e seus aliados, os quais consideravam

essa prática necessária e útil para o desenvolvimento da República.

Não à toa foi a oposição de Danton, tido no filme como um defensor da paz e da liberdade, não poderia ser diferente diante a carnificina e arbitrariedades que prosperavam no governo Francês dominado pelos jacobinos.

Não outra pode ser também a atitude de pessoas que prezam a liberdade senão a de procurar meios para frear a ditadura e o autoritarismo, independente da ideologia que esse pregue.

A democracia para estes, é um mero instrumento; e qualquer decisão democrática que vá contra seus ideais, trata-se de algo que testemunha contra a democracia. Assim sendo, passam esses indivíduos a afirmar sua vontade se valendo de meios tiranos como se necessário fossem.

Essa é a conclusão exposta pelo próprio Robespierre em um diálogo no desfecho da obra cinematográfica:

> "Tenho a impressão de que as minhas crenças, para as quais eu vivo, desmoronaram para sempre. A Revolução tomou um caminho errado. Já não sei o que digo.Você reconhece que a ditadura se tornou necessária, não?Portanto, que a nação não pode se governar sozinha.Portanto, que a democracia é só uma ilusão?" (DANTON – O PROCESSO REVOLUCIONÁRIO; 1983)

2 REVOLUÇÃO INSTRUMENTAL

Tendo em vista todo o contexto apresentado pelo filme a respeito da situação política e social sobre os anos que se passaram durante o período da Revolução Francesa, pode ser observado um nexo entre o que foi narrado pelo filme e a análise crítica de Gustavo Zagrebelsky em relação à instrumentalização da democracia tendo em vista linhas de pensamento dogmáticas ou relativistas.

Em outras palavras: dentro de um contexto democrático, como é o caso de grande parte do mundo ocidental contemporâneo, as democracias podem ser usadas como meio para um determinado fim, tendo em vista os interesses e a ideologia daqueles que a usam de maneira finalística e almejam satisfazer os próprios objetivos.

> “Se considerarmos a condenação de Jesus por meio de um conjunto de fatores que a determinaram, aparece com evidência que tanto o dogma quanto a sképsis podem conviver com a democracia, mas ambos fazem da democracia um instrumento. Tanto o dogmático quanto o cético podem ser amigos da democracia, mas somente como falsos amigos.” (ZAGREBELSKY; 2011; p. 33).

Essa instrumentalidade pode ter ou uma interpretação relativista, na qual existe uma liquidez moral ou ideológica capaz de ser adaptada às circunstâncias que convém ao sujeito que a defende, ou então uma interpretação dogmática, como é o caso de ideologias que pregam sistemas rígidos e levam em conta verdades absolutas, inquestionáveis e indissolvíveis.

> “O dogmático pode aceitar a democracia somente se e até quando serve como força, uma força para impor a verdade. O cético, por sua vez, não acreditando em nada, pode aceita-la ou rejeita-la. Se for realmente cético, não encontrará nenhuma razão para preferir a democracia à autorcracia. Ou melhor, encontrará uma razão não na fé ou em algum princípio, mas em uma conveniência. Isso é, poderá ser democrático, até quando o puder ser, não por idealismo, mas pelo realismo do próprio interesse, quer dizer, por oportunismo” (ZAGREBELSKY; 2011; p. 33, 34).

Em ambos os casos, os defensores de determinado posicionamento irão se valer dos elementos de um regime democrático e seu funcionamento até o ponto que seja conveniente manter tais elementos. Os relativistas irão defender a democracia até o ponto em que seu próprio interesse seja direta ou indiretamente afetado, enquanto que os dogmáticos irão defender a democracia até o ponto em que seus elementos e funcionamento seja contrária ao dogma sustentado pelo sujeito dogmático ou enquanto ela for útil para implementar sua verdade absoluta e inquestionável.

> ‘’Ficam, assim, esboçadas duas mentalidades, duas formas de pensar: a do dogmático e a do oportunista. Ambas, em determinadas circunstâncias, podem ser compatíveis com a democracia; aliás, podem até abraça-la com ênfase e dessa maneira parecer até ultra ou hiperdemocráticas. Mas, de qualquer forma, atrás das aparências, sua adesão é mais uma adulação interesseira. Elas não servem à democracia, mas se servem dela, se e até quando puder servir. ’’ (ZAGREBELSKY, 2011, p.34)

No caso, Zagrebelsky faz essa observação a respeito da instrumentalidade da democraciafazendo uma comparação análoga aos tempos de Jesus; a multidão foi convencida a crucificar Jesus devido às acusações falsas por parte dos dogmáticos fariseus e sacerdotes, apesar daquele nada ter feito de criminoso; e pela manipulação do governador da província da Judeia, Pôncio Pilatos, que embora não tenha tido motivos iniciais para executar Jesus, ainda assim se valeu da aprovação popular para que nenhuma ira recaísse sobre ele caso optasse por não o executar, de modo que ele ‘’lavou suas próprias mãos’’, legitimando sua condenação.

Ou seja, os sacerdotes apenas se valeram do povo para satisfazer sua doutrina absoluta enquanto que Pilatos, que era um relativista cético, usou a democracia para satisfazer suas ambições políticas e parecer ter feito uma decisão legitima, mesmo que a decisão dessa tenha sido totalmente arbitrária.

Em nenhum momento a democracia, a decisão popular, foi uma finalidade, mas um meio para fins diversos.

De forma similar, o período turbulento pelo qual se passava a França e sua sociedade torna evidente essa mesma análise: os tribunais jacobinos agindo de maneira autoritária e arbitrária, tanto para com membros do governo, como para com a sociedade civil.

Defender a democracia se tornou uma ideia absoluta, inquestionável e como sendo o objetivo final supremo. Preservar a democracia, mesmo que fosse preciso viola-la e volta-la contra a própria sociedade.

O líder jacobino, Robespierre, em defesa de seu ideal dogmático de manter a França sob a tutela de um regime democrático, levou suas ações até as últimas consequências. Para supostamente defender a tão desejada democracia, violou princípios e garantias processuais para conseguir influenciar a decisão jurídica dos comissários do povo para que Danton fosse executado em praça pública e tivesse sua cabeça exibida.

Todo aquele que, ao seus olhos, parecesse ameaçar seu regime democrático, era um inimigo da democracia, e portanto passível de morte a fim de proteger um objetivo mais nobre.

Robespierredemonstrou uma atitude dogmática até mesmo para seu ideal democrático. Valeu-se da democracia até onde lhe era conveniente, tendo em vista que Danton era considerado um herói nacional e era impensável para a grande maioria da população que um dos líderes da revolução que acabou com o Antigo Regime fosse executado em praça pública como um criminoso traidor e conspirador contra a República.

Mas apesar de todos os apelos do povo, das apologias para que Danton fosse considerado inocente e de sua defesa perante o Poder Judiciário, ele foi executado, para a infelicidade do povo francês.

Nota-se que não necessariamente apenas ideologias antidemocráticas e autoritárias podem se valer de meios e garantias democráticas para efetivamente exercer poder sobre a sociedade e as pessoas que dela fazem parte. Até mesmo os apologistas da democracia podem tomar atitudes que contradigam esse mesmo espírito democrático para atingir sua finalidade de criar uma sociedade democrática.

Também é valido apontar que a própria democracia pode gerar um ambiente propicio para os relativistas desenvolverem suas ambições fazendo uso da própria pluralidade e diversidade político-ideológica que constitui uma democracia.

2.1 A instrumentalização da democracia hoje

Exemplos atuais e pátrios da crítica feita por Zagrebelsky podem ser apontados. Um exemplo de pensamento dogmático que instrumentaliza a democracia seria a bancada religiosa que se encontra presente em grandes números no Congresso Nacional.

Em diversas situações, congressistas que são ideologicamente compatíveis com essa bancada apresentaram projetos de lei que visavam implementar leis cujo teor era claramente religioso e por vezes até mesmo propunham restringir direitos humanos fundamentais garantidos pela Lei Magna, ou então se mostravam resistentes a propostas que ampliavam direitosque contradiziam sua doutrina religiosa.

Nessas situações, tais congressistas, embora democraticamente eleitos e que afirmam em seus discursos políticos que são defensores de um regime democrático, tomaram atitudes que vão contra a própria democracia ou então almejavam leis que não tivessem um caráter democrático, tendo em vista sempre a finalidade de implementar sua doutrina e influenciar a sociedade por acreditarem que esse seria o correto.

Sob outro prisma, um exemplo de pensamento relativista que instrumentaliza a democracia seria a rixa política entre partidos ideologicamente opostos e as políticas que tomam em seus respectivos mandatos.

Com frequência, é possível averiguar que políticos oposicionistas ao atual governo acusam os políticos governistas de terem deixado de fazer o que argumentaram em sua campanha, de corrupção política e de tomar medidas ilícitas. Todavia, os mesmos políticos oposicionistas, durante o mandato anterior, também perpetraram atos contraditórios à campanha política, cometeram atos de corrupção e violaram a legalidade.

O mais importante a ser notado neste parágrafo é que, qualquer que seja o lado, prevaleceu a conveniência pessoal de cada político, por mais que tenham tido atitudes

semelhantes. Acusam-se do que fazem e promovem-se como se não fizessem, ou seja, relativizam os próprios valores que costumeiramente todo político defende: integridade, respeito às leis, honestidade e coerência ás políticas propostas.

3 A CRITICA DO DIREITO COMO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA

Parece evidente que a história da repressão imposta por Robespierre e por fim a condenação de Danton – ambas mostrando a notória instrumentalização da democracia – nos remete a uma ideia que há muito está cristalizada no senso comum, qual seja que o direito é uma questão de poder.

O direito, de fato, foi e é diversas vezes usado como instrumento de afirmação da vontade de indivíduos e/ou grupos. No entanto, a aceitação e disseminação de teorias reducionistas como esta impede sua superação, consolidando assim uma forma de dominação.

Nesse sentido, a indagação que aqui se propõe é: sabendo que a democracia e conseqüentemente o direito é muitas vezes tida como um instrumento de quem passa a deter o poder, como podemos evitar a tirania, arbitrariedades e violações a pressupostos da democracia?

Ainda, como podemos preservar a democracia quando essa sofre atentados de quem tem seus interesses contrariados por decisões democráticas - seja por dogmatismo ou por simples conveniência relativista?

Vimos na figura de Robespierre, que a citada instrumentalização da democracia pode ocorrer até por quem tem como dogma a própria república e preceitos democráticos.

A partir disso, tentaremos aqui expor uma crítica em relação ao paradigma de que o Direito é o que a autoridade estatal determina, afirmando, portanto, a autonomia do direito, porém de forma a também se atentar para um eventual protagonismo judiciário, rechaçando de forma veemente também esta forma de fazer direito totalmente incompatível com a democracia.

Dessa forma, a crítica deve ser feita além da política, abrangendo de igual forma o senso comum teórico-jurídico predominante no Brasil que naturaliza e legitima atos de poder que se utilizam discricionariamente da ordem democrática e seus institutos.

O constitucionalismo, tido como a submissão da produção de normas a elementos materiais-e não só formais, como foi outrora-, nos oferece subsídios no sentido de defender a preservação do regime democrático frente às autoridades.

Para tanto, serão abordadas as concepções de constitucionalismo de acordo com as

teorias de jusfilósofos que nos permitem elaborar uma critica do direito que abrange a validade das normas não só no âmbito da produção legislativa, mas também no que tange a decisões judiciais, as quais constantemente também são utilizadas como afirmação da vontade e poder de determinados indivíduos.

Em ambas as situações, podemos notar dentro da ciência do Direito, a defesa de teorias, as quais acabam por legitimar a produção de normas como ato de vontade/poder da autoridade, sendo dignas de combate em sentido contrário, no intuito de construir um direito mais democrático, autônomo e livre de autoritarismos e/ou decisionismos.

Para tal tarefa, é de grande valia uma análise além da já madura abordagem das "regras do jogo", as quais constituem elementos fundamentais para se definir minimamente a democracia:

> "Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente." (BOBBIO; 2009; p. 30).

Em mesmo senso, Kelsen, sempre preservando seu pensamento científico-objetivista defendia uma avaliação democrática sob um prisma procedimental vinculado à liberdade política e à igualdade exercidas direta ou indiretamente pelo povo nas criações normativas/decisões.

Isso se mostra, inclusive, com o uso da história de condenação de Jesus, assim como faz Zagrebelsky.

O jurista em questão, por sua vez, deixa de fazer uma análise critica no que tange ao relativismo de Pilatos, uma vez que defende que a própria democracia se caracteriza pelo relativismo político determinado pelo voto majoritário, e não por um bem absoluto (KELSEN; 2000; p. 201-204).

A ideia que aqui buscamos superar é justamente a de não considerar o conteúdo do que determina os atores democráticos, contrapondo a defesa de Kelsen no sentido de que o poder popular é irrestrito e de que o elemento processual se sobrepõe ao que ele chama de

“elemento liberal”, que aqui tem a conotação de limitação do governo frente às liberdades individuais (2000; p.142-143).

Portanto, colocando como parâmetro de analise não um bem absoluto e/ou uma verdade objetiva, mas sim a Constituição, que nas atuais democracias se mostra como verdadeiro pacto social.

Com efeito, ao estipular que o processo democrático tem como objetos de legitimação regras procedimentais sedimentadas, os referidos autores, evidentemente colaboraram e muito para o desenvolvimento dessas democracias modernas.

Há de se ressaltar, no entanto, que deve ser feito um questionamento não somente em relação aos atores e os procedimentos pelos quais são tomadas as decisões democráticas, mas também do conteúdo material dessas.

E mais: com a judicialização da política muito promovida atualmente, se são legitimas determinadas decisões feitas pelo poder judiciário.

Nesse sentido, parece evidente que a afirmação de regras procedimentais não é suficiente para evitar que os atores investidos de competência para decisões democráticas não utilizem de sua autoridade para fins particulares.

Desnecessário se faz mostrar aqui acerca da critica de Bobbio referente aos *obstáculos à democracia*, visto que a já citada teoria de Zagrebelsky, dada sua amplitude, traz subsídios para questionar qualquer forma de instrumentalização da democracia, inclusive em relação às lógicas de mercado, burocratização da participação social e tantas outras formas de adequar o processo democrático a interesses escusos.

A partir dessas premissas básicas, após período marcado por totalitarismo e belicismo, buscou-se na filosofia e na teoria geral do direito o desenvolvimento de algo que limitasse substancialmente a produção normativa.

Apesar de reconhecer também na internacionalização dos direitos humanos uma forma de preservar a democracia (não livre de criticas, assim como qualquer outro assunto), o objeto de análise aqui vai girar em torno da filosofia do direito e de teorias que procuram delimitar o constitucionalismo atual.

Ocorre que, se contrapondo a sua própria finalidade, algumas dessas teorias continuaram a legitimar arbitrariedades, inclusive por parte de quem deveria garantir essa limitação de cunho material ou substancial sob a égide de uma constituição rígida: o poder judiciário, o qual passa nesse momento a não só ratificar a afirmação do poder pelo direito, mas também a emanar de suas próprias decisões, atos tão ou mais graves que os de origem legislativa e executiva.

Assim sendo, cabe propor uma discussão em relação às formas de abordagem do constitucionalismo jurídico como garantidor da própria democracia e direitos fundamentais frente a uma democracia política - entendida aqui como a vontade de um soberano legitimado pela maioria - no sentido de apontar sua tolerância a arbitrariedades estatais.

A priori, é interessante revisar a cisão proposta por Ferrajoli entre o constitucionalismo principialista e o garantista.

Discorre o autor sobre o constitucionalismo no seguinte sentido:

> "De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de "neoconstitucionalista", é seguramente a mais difundida" (FERRAJOLI, 2012; p.13)

Importante é salientar a diferença de ambos para identificar possíveis problemas que também podem se apresentar como incompatíveis ao que se entende hoje por democracia.

A respeito do desenvolvimento dessas teses na comunidade juridical brasileira, parece que a aposta no neoconstitucionalismo ou pós-positivismo tal como é aqui difundido, acabou preservando um antigo problema do juspositivismo: o protagonismo judicial.

Dessa forma, são recorrentes decisões discricionárias no âmbito do poder judiciário, as quais podem desencadear em um risco ao regime democrático e seus institutos mais fundamentais.

Contrapondo essa visão, o garantismo apresenta o constitucionalismo não como uma possível superação do positivismo, mas sim um reforço a esse. Dissertando sobre o assunto, afirma Luigi Ferrajoli:

> "Em suma, o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia que completa - enquanto positivamente normativo nos confrontos da própria normatividade positiva e enquanto sistema de limites e de vínculos substanciais, relativos ao "quê", em acréscimo àqueles somente formais, relativos ao "quem" e ao "como" das decisões - o velho modelo paleo-jus-positivista." (FERRAJOLI, 2012; p.26).

O rigor com que são tratados os direitos fundamentais pela teoria garantista, permitem uma análise vinculativa à democracia política. São esses, portanto, limites substanciais

emanados pela constituição, os quais, aliados à rigidez consticucional e ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade na cultura jurídica do ocidente criaram verdadeiro óbice a arbitrariedades cometidas pelo poder legislativo e executivo.

Operam então os direitos fundamentais como direção ao poder publico e garantias negativas e positivas em relação a este, mesmo que a decisões contrárias venham a ser legitimadas formalmente pela "lei da maioria".

Muito embora reconheça a origem da democracia constitucional no contratualismo (2011; p.28-30), o jurista italiano profere contundente critica em relação constitucionalismo principialista, uma vez que esse é confundido com a moral, legitimando a imposição de uma verdade objetiva através desta concepção, uma vez que restaria confundido o constitucionalismo com a ideologia liberal.

Nesse sentido, houve para ele apenas uma positivação dessa pretensão de justiça, não sendo razoável confundir o direito com a moral, mesmo nesse novo período marcado por grande produção cientifica em concordância com essa vertente.

Caso houvesse essa confusão, poderia ocasionar (FERRAJOLI; 2012; p.30-32) no enfraquecimento do constitucionalismo frente a um cognitivismo ético e conseqüentemente afrontar o pluralismo e abertura política próprios da democracia – respeitados, claramente, os limites substanciais a essa.

Não podemos nos olvidar, apesar das diversas "virtudes" do garantismo de Luigi Ferrajoli, a velha discrionariedade dos juízes ainda guarda intima relação com as teorias positivistas, isso porque, como analisa Lênio Streck (2012, p.76).

Nesse ponto, apesar da concordância em relação a certos pontos do dito (neo)constitucionalismo, tais como a o problema do "pan-principiologismo" e da ponderação como mera retórica, o jurista brasileiro têm como inconcebível - visão da qual partilhamos - em um Estado Democrático de Direito a admissibilidade da discricionariedade de uma autoridade estatal, seja ela qual for.

Dessa forma, diverge do autor positivista supracitado, no sentido em que afirma inconsistente a tese da separação do direito e moral, ressaltando ser perfeitamente possível o desenvolvimento de uma teoria séria acerca do pós-positivismo.

A referencia ao pós-positivismo, vem no sentido de superar o antigo positivism, marcado pela discricionariedade judicial, a qual compactua em partes a teoria de Ferrajoli, como já citado. Assim, a preocupação da teoria hermeneutica se baseia na aplicação do direito (2012; p.79).

Ancorado em uma fenomenologia hermenêutica, defende o autor (2012; p.77-78) que

a própria constituição e a tradição do direito - baseada em determinado "produto democrático" - serviriam de subsidio para vincular a aplicação feita pelos juízes, em defesa da integridade e da autonomia do direito.

Discorre, então, nessa esteira:

> "Na hermenêutica, há um efetivo controle da interpretação, a partir da tradição (da autoridade desta), da obrigação da coerência, da integridade, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais que podemos chamar aqui de virtudes soberanas, em homenagem a Dworkin" (STRECK, 2012; p.79).

Por fim, parece que a contribuição das referidas teorias são de extrema importância para a limitação material não só da atividade legislative e administrativa, mas também da jurisdicional, como forma de preservar a democracia contra arbítrios de indivíduos que constantemente se propõe a se utilizar dos institutos democráticos como simples instrumento para afirmação de sua vontade e/ou moral particular.

CONCLUSÃO

A partir do que pode ser observado do contexto que o filme expressou, é cabível dizer que na França, durante o período revolucionário que quebrou velhas correntes e mudou paradigmas, ainda assim é possível ver que o dogmatismo, até mesmo dentro de contextos democráticos e ensejando valores democráticos e republicanos, pode subjugar a própria convivência democrática, como pode ser exemplificada a atitude do jacobino Robespierre. Para realizar seus ideias, até as pessoas mais democráticas e republicanas podem se valer de meios contradizente a esses valores.

Diante do exposto pelo filme, é razoável considerar que pode ser feita uma relação com a teoria de Gustavo Zagreblesky a respeito da instrumentalização da democracia, e como autoridades ditas democráticas podem se valer de meios antidemocráticos para satisfazer os próprios interesses, no caso dos relativistas, ou então se valer de meios democráticos até o ponto em que tais meios contrariem a imposição de seus ideais e interesses absolutos, no caso dos dogmáticos.

O mesmo cenário pode ser observado mesmo na atual situação política do país, onde

partidos que se julgam democráticos e republicanos se valem de meios democráticos para atingir finalidades antidemocráticas, visando apenas o próprio interesse pessoal.

Assim, através da indagação a respeito de possibilidades de superar a ideia de que a finalidade de um governo, mesmo democrático, se resume a conflitos de poder e vontades, e, portanto, considerando a democracia uma mera ilusão, concluiu que podemos achar subsídios na teorias constitucionalistas modernas.

Seja no garantismo de Ferrajoli, seja na hemenêutica de Streck, encontramos elementos essenciais para o desenvolvimento de uma democracia saudável.

A despeito dessas, é nítido que também há espaço para criticas, e as vislumbramos no próprio dialogo proposto pelos dois autores na obra "Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo - um debate com Luigi Ferrajoli", a qual foi objeto de investigação da pesquisa aqui proposta.

Mostraram-se pertinentes as criticas que foram emanadas pelos dois autores no que tange às suas respectivas teorias.

A superação de eventuais problemas provenientes de determinadas práticas e teorias passam sempre pela abertura ao diálogo. Diálogo esse que se mostrou falho e limitado em diversos períodos da história.

Vale ressaltar que o analisado aqui serve também como forma de uma possível defesa acerca da saúde dos debates no plano democrático.

Uma vez analisada a democracia sob o prisma substancial ou princípiológico, as garantias que passa a gozar o regime político permitem o amplo debate em um ambiente marcado pelo pluralismo.

É fato que os direitos fundamentais e a autonomia do direito alimentam, portanto, o espírito da possibilidade. Permite, então, sempre buscar algo que venha a se adaptar de melhor forma aos interesses do povo, das minorias e de quem sempre foi subjulgado pelas autoridades.

A atitude critica é sempre essencial para manter a sociedade livre da imposição de dogmas ou conveniências alheias.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Danton. (*Danton – O Processo da Revolução*). Direção: Andrzej Wajda. Coprodução : França,

Polônia e Alemanha Ocidental 1982. DVD (130 min)

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Junior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução de A. K. Trindade. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*.In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p. 59-94

ZAGREBBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia***.** Tradução de Monica Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

Brenda Marjory Lopes Correa[61]

Rogério José da Silva[62]

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 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

[61] Estudante do 1º termo de Direito, na Universidade do Oeste Paulista - Unoeste, em Presidente Prudente-SP.

[62] 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.

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)[63]. 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**"[64] (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 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

[63] 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)

[64] 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.

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 de novembro 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 o 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 "Murder of 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 PARA SUSPENDER 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."

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O ESTUDO DO PERFIL DO PSICOPATA NO QUE TANGE AOS ASPECTOS JURÍDICOS E PSICOLÓGICOS

Cássia Cornélia Lamim de Oliveira[65]

RESUMO

O presente trabalho estuda o perfil do Serial Killer, o qual para a psicologia é considerado como um psicopata, pois seus crimes não são meros acasos, vez que sempre tem uma razão para tal, pois em primeiro momento fantasiam o crime para depois cometerem. Portanto, quando do perfil delineado desses criminosos, nota-se que são de alta periculosidade. No mais, será imprescindível verificar a forma como agem esses criminosos para que assim os operadores do direito saibam como irão conduzir os processos diante de um caso concreto. Por isso, este artigo abarca todas as possíveis possibilidades de penas judiciais que um criminoso em série poderá sofrer, tendo em vista que não existe ainda uma legislação específica para esses casos. Para tanto, o presente artigo é um compêndio de doutrina, notícia em sites, leis, enfim, todos os documentos possíveis que tenham nexo com o filme Seven – Sete Pecados Capitais, o qual foi utilizado neste trabalho, para ilustrar mais facilmente como funciona a mente de um psicopata em meio à sociedade.

Palavras-chave: Filme sobre Serial Killer; Psicopata; Prisão.

ABSTRACT

This paper studies the serial killer profile, which for psychology is considered a psychopath because their crimes are not mere accidents, as it always has a reason for this, because first time fantasize crime and then commit. Therefore, when the profile outlined these criminals, we note that they are highly dangerous. No more, it will be essential to check how these criminals act so that jurists know how they will conduct the proceedings on a case. Therefore, this article covers all the possible possibilities of judicial sentencing a criminal series could suffer, given that there is still no specific legislation for such cases. Therefore, this article is a compendium of doctrine, news on websites, laws, in short, all possible documents that have linked to the Seven film - Seven Deadly Sins, which was used in this paper to illustrate more easily as the works mind of a psychopath in the midst of society.

Keywords: Movie about Serial Killer; Psycho; Prison.

[65] Bacharela em Direito pelas FIO – Faculdades Integradas de Ourinhos (SP) – e Advogada OAB/PR 78.816

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por base o filme “Seven – Sete Pecados Capitais”, lançado em setembro de 1995, o qual conta a história de dois policiais, melhor dizendo, investigadores que são interpretados por Brad Pitt (David Mills), o qual é casado com Tracy (interpretada por Gwynet Paltrow), e Morgan Freeman (Willian Somerset), solteiro, ambos são encarregados deinvestigar crimes que acontecem na cidade de Los Angeles nos Estados Unidos.

A história do filme se desenrola em sete dias, sendo sete dias antes da aposentadoria do detetive Willian Somerset. No decorrer desses dias, acontece uma série de assassinatos, tendo como modus operandi do assassino os sete pecados capitais: gula, cobiça, preguiça, luxúria, vaidade, inveja e ira.

Os crimes acontecem de forma aleatória e cheios de enigmas, os quais são decifrados no decorrer da trama. Assim sendo, a abordagem do trabalho será tentar entender o modo que um Serial Killer age, pensa, a fim de trazer a tona qual a postura mais adequada para o operador do direito no caso concreto.

Ainda existe uma série de discussões a respeito se o Serial Killer é um doente mental ou apenas uma pessoa que sente prazer por ver suas vítimas naquela situação, uma vez que, antes de cometerem os crimes, os mesmos planejam como será a morte de cada um.

Por isso, o ápice desse trabalho é verificar a consequência de sempre notar o Serial Killer como um doente mental e não como um criminoso de alta periculosidade, o qual sabe exatamente o que esta acontecendo a sua volta e, com isso, consegue manipular todas as pessoas, como se verifica no filme.

Portanto, essa pesquisa se justifica pelo fato de que o legislador, no momentolegiferante do ordenamento, deixou algumas lacunas, pois não existe nenhuma lei específica para punir os Seriais Killers, desse modo devem-se pautar pela analogia no momento de julgar esses criminosos.

1 ASSASSINO SERIAL

Identifica-se o assassino em série pela falta de sentimento para com o semelhante e pela ausência de remorso ou culpa após o crime, a frieza, a insensibilidade ao sentimento alheio, o egoísmo, além das fortes habilidades para mentir e manipular.

Nota-se que, na trama, os investigadores foram manipulados o tempo todo, pois o Serial Killer sempre estava um passo à frente nas investigações. Ficou nítida esta passagem quando opróprio assassino serialfoi até a delegacia e se entregou, no mais, ele ainda salientou que só o prenderam, pois se entregou caso o contrário nunca iriaser preso.

Esses criminosos sempre deixam uma “assinatura” nos crimes que cometem. No filme, o assassino escreve no local do crime, o nome do pecado capital que a pessoa praticava assiduamente. Além disso, às vezes deixava uma frase, mas nenhuma prova cabal que pudesse levar a descobrir quem

era o verdadeiro criminoso.

Em parte do filme John Doe (Serial Killer, interpretado por Kevin Spacey) revela que o seu desejo pessoal era fazer com que cada pecado capital se voltasse contra o próprio pecador. O primeiro crime foi de um homem obeso encontrado em sua casa amarrado em uma cadeirae obrigado a comer até morrer. O assassino passou horas até que a vítima chegasse a óbito.

Por este motivo o detetive Somerset chegou à seguinte conclusão: “Quando você quer matar alguém você chega perto e atira você não se arrisca tanto tempo assim, a não ser que o ato em si tenha algum significado (...)”.

Normalmente, o assassino em série sente prazer em ver suas vítimas agonizando pedindo socorro, porém, o mesmo não tem a aparência de ser uma pessoa tão fria e calculista, pois ele se mostra como uma pessoa de boa aparência, inteligente, recatado, educado, gentil, simpático, culto. No filme ficou claro isto no momento em que invadem a casa do Serial Killer e se deparam com vários livros na estante e cadernos que ele próprio relata tudo o que aconteceu em sua vida até aquele exato momento.

Em um dos cadernos, o assassino comenta sobre a impaciência para com os outros, pois não aguentava mais ouvir um homem conversar com ele no metro chegando a vomitar no mesmo. Com isso, o homem ficou bravo, mas o psicopata não conseguia parar de rir.Segundo a psicóloga Ana Beatriz Barbosa da Silva (SILVA, 2010, p. 60), o estado de alienação na sociedade também é uma das características do assassino em série, como se verifica:

> Segundo a classificação americana de transtornos mentais (DSM-IV-TR), a prevalência geral do transtorno da personalidade antissocial ou psicopatia é de cerca de 3% em homens e 1% em mulheres, em amostras comunitárias. Taxas de prevalência ainda maiores estão associadas aos contextos forenses ou penitenciários. Desse percentual, uma minoria corresponderia aos psicopatas mais graves, ou seja, aqueles criminosos cruéis e violentos cujos índices de reincidência criminal são elevados.

Portanto, percebe-se que o percentual de psicopatas existentes é de apenas 4%, número esse baixo. No entanto, isso necessita de análise mais sistematizada, pois de cada 100 pessoas, 4 podem ser consideradas psicopatas. Por esse ângulo, o número passa a ser preocupante, visto que um psicopata pode causar danos imensuráveis para a sociedade.

Já a autora Ilana Casoy (CASOY, 2008. p. 22) elenca alguns comportamentos que um Serial Killer possui, sendo:

> (...) devaneios diurnos, masturbação compulsiva, isolamento social, mentiras crônicas, rebeldia, pesadelos constantes, roubos, baixa auto-estima, acessos de raiva exagerados, problemas relativos ao sono, fobias, fugas, propensão a acidentes, dores de cabeça constantes, possessividade destrutiva, problemas alimentares, convulsões e automutilações.

1.1 Modus operandi

Os crimes cometidos por um assassino em série são motivados por algum sentimento como: ódio, amor, paixão, dentre outros.

No filme, ele agia com um senso de justiça, se portava como Deus punia quem pecava, tendo a necessidade de livrar o mundo do que julga imoral ou indigno e comenta que: “Todos nós vemos um pecado capital em cada esquina, em cada lar. Nós toleramos porque é uma coisa comum. Mas, isso acaba no momento em que estou dando o exemplo. Tudo o que estou fazendo vai ser decodificado, estudado e imitado por outros seguidores.”

Existe um método para se praticar tais assassinatos: antes da prática do primeiro crime, fantasia-se e se planeja qual será a sua primeira vítima, o que pode durar anos.Normalmente, as vítimas são pessoas desconhecidas que pertencem a uma classe social menos beneficiada, e que são mais fracas fisicamente do que o seu agressor. Por sua vez, todas possuem o mesmo biótipo, o qual tem um significado simbólico. Por isso, há um padrão pré-definido das suas vítimas, como por exemplo, na trama em análise. Eram mortas apenas pessoas que tinham seus pecados capitais nítidos, ou seja,qualquer pessoa notava o pecado capital das vítimas mortas como: a pessoa obesa (gula), um advogado famoso na cidade (cobiça), a pessoa amarrada na cama cerca de um ano (preguiça), prostituta morta (luxúria), a modelo (vaidade),uma mulher casada, que tinha uma vida perfeita e estava esperando um filho (inveja) e, por fim, o detetive Mills que mata o assassino em série quando descobre que o mesmo matou sua esposa grávida (ira).

Contudo, é de praxe não utilizarem armas de fogo. Matam por asfixia ou estrangulamento. Às vezes usam facas ou canivetes, e sempre agem sozinhos como acontecia no filme.

Outro fator curioso, é que na maioria das vezes os crimes ocorrem na proximidade da casa das vítimas. Como se observa, o tempo de duração do crime varia de acordo com a vítima, como no caso do terceiro crime na trama – preguiça – um homem foi encontrado amarrado em sua cama há um ano, sendo alimentado apenas através da aplicação de soros. Com isso, a vítima acabou comendo a sua própria língua. No mais, o assassino era extremamente metódico, pois durante esse período pagou os aluguéis em dia e recebia todas as correspondências da vítima, a fim de não deixar nenhuma desconfiança nos vizinhos do que estava ocorrendo no interior do apartamento.

Porém, com relação à forma, o assassino serial pode atuar de modo organizado ou desorganizado.

O modo organizado vincula-se ao planejamento, ou seja, premedita o crime. O autor

não deixa vestígios para que a sociedade não o encontre, tornando muito mais difícil a sua apreensão, sendo este o modo que o assassino se portava observa-se isto na abertura do filme quando aparece uma pessoa arrancando a pele dos dedos para retirar suas impressões digitais, a fim de evitar desse modo que as digitais ficassem gravadas no local do crime.

Por outro lado, o modo desorganizado aproxima-se da ação por impulso, em que o descuido é evidente, ou seja, a prática do crime é desmedida.

Por fim, como se observa, a mesma autora classifica o assassino serial em quatro tipos, sendo eles:

> Visionário: é um indivíduo completamente insano, psicótico. Ouve vozes dentro de sua cabeça e as obedece. Pode também sofrer de alucinações ou ter visões. Missionário: socialmente não demonstra ser um psicótico, mas em seu interior tem a necessidade de "livrar" o mundo do que julga imoral ou indigno. Este assassino escolhe certo tipo de grupo para matar, como prostitutas, homossexuais, mulheres ou crianças. Emotivo: mata por pura diversão. Dos quatro tipos estabelecidos, é o que realmente tem prazer no próprio processo de planejamento do crime. Sádico: é assassino sexual. Mata por desejo. Seu prazer será diretamente proporcional ao sofrimento da vítima sob tortura. A ação de tortura, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Canibais e necrófilos fazem parte deste grupo (CASOY, 2008, p. 19).

Em suma, normalmente esses agentes homicidas empregam-se como sádicos. Na prática de um crime sexual, por exemplo, o objetivo é meramente o prazer, por mais, se estende à morte da vítima com o intuito de esconder a evidência do delito.

2 PSICOPATA: TRANSTORNO DE PERSONALIDADE OU DOENÇA MENTAL?

Como se vislumbra, o psicopata para a escritora Ana Beatriz Barbosa da Silva (SILVA, 2010, p. 40) não é considerado doente mental. Ela ensina que:

> A psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Os psicopatas não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo).

Por isso, a psicopatia é considerada uma anomalia, uma vez que o indivíduo tem total discernimento de sua ação. Logo, não são loucos e nem doentes mentais, porém vivem num mundo a par da sociedade, ditando e escolhendo as suas próprias regras. Em suma os autores José Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Razzani Mangini esclarecem que "(...) o indivíduo não se enquadra na categoria de portador de doença mental, porém, encontra-se à margem da normalidade psicoemocional e comportamental" (FIORELLI, 2010, p. 107).

Por tal razão, há muitos doutrinadores que definem o psicopata como sendo aquele indivíduo que entende a letra da canção, mas não consegue entender sua melodia, ou seja, sabem que estão cometendo um crime, mas não sentem culpa em praticá-los. Pelo contrário, sentem prazer em tais atrocidades. Segundo Ana Beatriz "é importante frisar que eles sempre sabem quais as consequências das suas atitudes transgressoras, no entanto, não dão a mínima importância para isso" (SILVA, 2010, p. 91).

Salienta-se que a área da psiquiatria está avançando cada vez mais, entretanto, ainda existe uma lacuna no que tange aos transtornos de personalidade, uma vez que não há tratamento efetivo para curar as pessoas que padecem desse mal.

Ilana Casoy (CASOY, 2008, p. 25) conclui:

> O que capacita a dissociação é a fantasia. Quanto mais intrincada, maior distância é mentalmente criada entre o comportamento criminoso do serial killer e o verniz superficial de personalidade que ele construiu. Sem esse verniz, serial killers não poderiam viver na sociedade sem serem presos de imediato. Não conseguiriam matar por tanto tempo sem serem transformados em suspeitos. O fato de controlar sua conduta para que isso não aconteça mostra que o criminoso sabe que seu comportamento não é aceito pela sociedade, e que seu verniz social é deliberado e planejado com premeditação. É por este motivo que a maioria deles é considerada sã e capaz de discernir entre o certo e o errado.

Compreende-se então que, o assassino serial sabe perfeitamente que está cometendo um crime, por isso mesmo não mostra sua real personalidade, uma vez que a sociedade o repudiaria. Logo, o assassino em série não vê o que comete como uma crueldade, pois entende que a culpa é apenas para os fracos. Por isso, possuem suas próprias regras e leis, violando-se os direitos da sociedade para o seu bel prazer.

No presente caso, o único que irá se beneficiar diante de tal crueldade é o próprio psicopata e todos os atos praticados são apenas para suprir seus próprios desejos e ambições. Por esta razão Ilana Casoy entende que "nem sempre a loucura leva ao crime. Mas o crime pode levar à loucura" (CASOY, 2008, p. 11).

Por isso o Promotor Edilson Mougenot Bonfim (BONFIM, 2004, p. 81) traz em sua obra:

> Praticamente todos os entrevistados reconhecem que após a prática do primeiro homicídio ficaram absorvidos pela idéia do crime e com as recordações do prazer proporcionado pelo ato, o que contribuiu para a prática dos delitos vindouros.

É como se analisa o crime leva a loucura, pois o psicopata demora a cometer o primeiro

crime, mas, uma vez cometido sentem a necessidade de ter aquele sentimento quando do primeiro ato criminoso. Logo, fazem novas vítimas por causa da necessidade de suprir seu próprio prazer.

Segundo Adrian Raine (apud CASOY, 2008, p. 38):

> Os estudos de Raine são os primeiros a ligar comportamento violento e anti-social com uma normalidade anatômica específica no cérebro humano. Mas, segundo seus esclarecimentos, sua teoria diz que o "defeito" no cérebro não está inter-relacionado com o comportamento violento. A reduzida massa cinzenta apresentada por alguns apenas aumenta a sua probabilidade de vir a ser um indivíduo violento, mas seria a combinação entre os fatores biológicos e sociais que "criariam" um criminoso.

Diante disso, observa-se que os pesquisadores ainda tentam encontrar uma explicação lógica para os comportamentos dos indivíduos que são considerados psicopatas.

Em contrapartida, Ana Beatriz Barbosa da Silva (SILVA, 2010, p. 90) cita o teste criado pelo neuropsiquiatra Ricardo de Oliveira – Souza e o neurorradiologista Jorge Moll em seu livro:

> (...) tese denominado Bateria de Emoções Morais (BEM), que utiliza tecnologia de Ressonância Magnética funcional (RMF). Esse teste tem por objetivo verificar como o cérebro dos indivíduos se comporta ao fazerem julgamentos morais, que envolvem emoções sociais positivas, como arrependimento, culpa e compaixão. De forma diversa das emoções primárias – como o medo ou a raiva que compartilhamos com os animais -, as emoções sociais positivas são mais sofisticadas e exclusivas da espécie humana: são elas que orquestram relações interpessoais harmônicas. Os resultados desse estudo demonstraram que, diferentemente das pessoas comuns, os psicopatas apresentam atividade cerebral reduzida nas estruturas relacionadas às emoções em geral. Em contrapartida, revelaram aumento de atividade nas regiões responsáveis pela cognição (capacidade de racionalizar). Assim, pôde-se concluir que psicopatas são muito mais racionais do que emocionais.

A partir deste posicionamento, fica claro que o psicopata não tem reação nenhuma, pois ele não considera a compaixão e nunca sente a necessidade de ajudar o próximo. Por isso, o psicopata é considerado um indivíduo indiferente com a dor do outro, egocêntrico.

3 DIFERENÇA ENTRE OS HOMICIDAS COMUMS E OS ASSASSINOS EM SÉRIE

Uma das características básicas para diferenciar um do outro é o modo de ser do assassino em série, o qual é frio e calculista, tendo assim facilidade para mentir olhando nos olhos de outra pessoa, por não sentir culpa ou remorso pelo crime que cometeu. Ao ser pego pela polícia, mantém seu estado normal, sem qualquer eloquência como se nota no filme quando

o mesmo se entrega para a polícia.

Ana Beatriz Barbosa da Silva (SILVA, 2010. p. 89) explica:

> Para a grande maioria das pessoas, o medo está associado a uma variedade de sensações físicas desagradáveis, tais como suor nas mãos, coração acelerado, boca seca, tensão muscular. Tremores e até náuseas e vômitos. Porém, para os psicopatas essas sensações físicas não fazem parte do que eles experimentam como medo. Para eles o medo, como a maioria das emoções, é algo incompleto, superficial, cognitivo por natureza (apenas um conceito de linguagem) e não está associado a alterações corporais.

Geralmente, a pessoa torna-se um homicida pelo simples fato de ter perdido o controle da situação. Assim ocorre em assaltos e brigas. Como se denota, o risco de um psicopata matar um estranho é 7 vezes maior que comparado a um criminoso comum, e mais, o mesmo comete 4 vezes mais crimes violentos, porém, pelo fato de serem dissimulados com isso obtém liberdade condicional mais rápida, sendo 2,5 vezes que comparado a um criminoso normal (REVISTA MUNDO ESTRANHO, 2010, p. 27). Por mais que o sentimento frio possa parecer existir, não é ele que define a característica do agente. Para melhor entendimento, a autora Ilana Casoy exemplifica que "diferente de outros homicídios, a ação da vítima não precipita a ação do assassino" (CASOY, 2008, p. 20).

Logo, o assassino serial mantém total controle em sua empreitada, não antecipando suas atitudes por fatores alheios à sua vontade.

Ainda a mesma autora acima citada conclui:

> O motivo do crime, ou mais exatamente a falta dele, é muito importante para a definição de um assassino como serial. As vítimas parecem ser escolhidas ao acaso e mortas sem nenhuma razão aparentemente. Raras são as vezes em que o serial killer conhece sua vítima. Ela representa, na maioria dos casos, um símbolo. Na verdade, ele não procura uma gratificação no crime, apenas exercita seu poder e controle sobre outra pessoa, no caso, a vítima (CASOY, 2008, p. 18-19).

Portanto, o homicida "normal" age pela razão, pela vontade e pela sensibilidade emocional, ao passo que o assassino serial não procura gratificação, mas a satisfação de seus desejos. O indivíduo movido pela sensibilidade é mais vulnerável, e pode virar alvo de um assassino em série, uma vez que este tem um déficit em relação a sentimentos.

4 MEDIDAS PENAIS ADOTADAS PARA OS ASSASSINOS SERIAIS

Como se observa a criminologia, vista como ciência empírica, surgiu na segunda metade do século XIX (FIORELLI, 2010, p. 323). Por mais, a mesma analisa os comportamentos

humanos, tendo por fundamentos os atos práticos nos delitos, isto é, estuda o crime em si, sendo: o delinquente, a vítima e como é a repercussão perante a sociedade.

Em contrapartida, toma por base que é um problema da própria sociedade que nasce com ela, sendo por meio de fatores biológicos, sociais, psicológicos, entre outros. Portanto, analisa esses fatores, pois podem ser estes a causa de tais atos, tendo por finalidade a aplicação de uma medida mais sensata de acordo com cada caso.

Por mais, Garcia-Pablos de Molina (apud, FIORELLI, 2010, p. 323) entende que a criminologia é:

> (...) empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, a dinâmica e as variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social – assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente.

Essa ciência é interdisciplinar, uma vez que abrange tanto a área da psicologia, direito penal e da ciência político criminal.

Contudo, desde os primórdios a sociedade clama por justiça com o intuito de extirpar as impunidades e tendo por finalidade a consequência de cada ato, ou seja, se cometeu algum ato que está previsto na legislação este deverá responder, sendo impostas algumas medidas protetivas prisionais ou não prisionais. E essas leis podem ser mudadas de acordo com o contexto social, o qual se observa a época e o anseio da sociedade em vista das medidas previstas na legislação penal brasileira.

Por ventura, o autor do crime deverá sofrer punições adequadas com o ato que praticou, por mais, em relação ao assassino serial têm-se duas vertentes no momento de aplicar a medida ao agente, uma vez que irá depender da tese adotada pelo advogado, Ministério Público ou assistente, o qual poderá qualificar o mesmo em: inimputável, semi-imputável ou imputável.

Em contrapartida, a distinção da noção de ser normal ou anormal é complexa para a psiquiatria, pois ainda não existe uma linha demarcatória entre ambas, com isso se torna difícil diferenciá-las (BONFIM, 2004, p. 107).

No entanto, para o campo do direito Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOUT, 2010, p. 412-413) define a inimputabilidade:

> (…) estará presente a imputabilidade, sob a ótica do Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas. A falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental, que é a hipótese da menoridade (18 anos), podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade. Podem levar, dizendo, porque a ausência da sanidade mental ou da maturidade mental constitui um

> dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade, que ainda necessita de sua consequência, isto é, do aspecto psicológico, qual seja a capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Por isso, o inimputável é aquele indivíduo que não tem noção do ato que comete devida a capacidade mental do mesmo, como se verifica no artigo 26º do Código Penal:

> É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Desse modo, o inimputável não tem discernimento do que está fazendo, sendo incapaz completamente de entender o que é certo ou errado, devida a capacidade psicológica, ao passo que o semi-imputável tem compreensão do ato que está cometendo, porém nesse caso o que ocorre é uma perturbação da saúde mental do agente, como se analisa no artigo 26º do Código Penal, parágrafo único:

> Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em suma, muitos assassinos alegam em sua defesa serem portadores de doença mental, no entanto, reputa-se que são doentes mentais apenas 5% dos assassinos seriais (CASOY, 2008, p. 35). Por isso, como se denota, a maioria dos assassinos seriais não são portadores de nenhuma doença mental, porém todos alegam em sua defesa, por causa da medida aplicada, pois se forem para uma clínica psiquiátrica poderão cumprir apenas a pena mínima que é de 1 (um) a 3 (três) anos, logo em seguida passarão por uma perícia médica, a qual constatará que não há mais periculosidade e diante desse fato irá colocá-los em liberdade, sendo mais benéfica essa medida para os assassinos em série do que o sistema penitenciário.

Guilherme Nucci (NUCCI, 2005, p. 499) traz em sua obra o conceito de medida de segurança:

> Trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.

A saber, como a medida de segurança também é uma forma de sanção penal, por isso torna-se imprescindível que o agente tenha praticado um injusto, que é um fato típico e antijurídico. No entanto, se o assassino serial for considerado um doente mental este será submetido a aplicações de medidas de segurança, como está previsto no artigo 96º do Código

Penal:

> As medidas de segurança são: I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II – sujeição a tratamento ambulatorial. Parágrafo único. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Por mais, como se analisa há duas modalidades de medida de segurança, porém não há prazo máximo para tal aplicação, sendo assim o tempo é indeterminado, como é estipulado no artigo 97º, §1° do Código Penal:

> Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1° A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

De modo geral, o paciente é internado no hospital ou se submete a tratamento psiquiátrico, até quando persistir a doença mental, por isso não há prazo máximo, uma vez que o propósito é apenas curativo e terapêutico. Logo, deve ser realizada perícia médica para comprovar se tal medida é necessária, ou seja, se deve ainda ser mantida.

Ao passo que, se o assassino em série for considerado imputável este será submetido a um processo, uma vez que já tem capacidade de direito e de fato, o qual poderá responder pelos atos que praticar.

Como Bitencourt ilustra em seu livro: “O Código Penal não define a imputabilidade penal, a não ser por exclusão, ao estabelecer as causas que a afastam, definindo, em outros termos, a imputabilidade” (BITENCOURT, 2010, p. 412). Por tais razões o indivíduo não pode ser considerado doente mental e nem ser menor de idade, se não tiver uma dessas causas já pressupõe que tem discernimento do ato que cometeu, isto é, da ilicitude de sua conduta.

Dessa forma, o indivíduo não deve ter nenhuma doença mental como já demonstrado no artigo 26º do Código Penal citado acima e nem ser menor de idade como se constata no artigo 27º do Código Penal: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Em síntese, o assassino serial comete o crime mais importante no direito pátrio, que é o direito à vida, o qual está previsto no artigo 5° da Constituição Federal, sendo considerado direito fundamental e cláusula pétrea.

No caso presente, refere-se que o crime é contra a pessoa, ou seja, crime doloso contra a vida, o qual será qualificado, uma vez que não há motivo relevante para a prática de tal ato:

> Art. 121. Matar alguém: § 2° Se o homicídio é cometido: I – mediante paga

> ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II – motivo fútil; III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Contudo, 30 (trinta) anos é a pena máxima prevista na legislação penal brasileira para que um indivíduo continue preso, ao passo que este lapso de tempo é estipulado apenas para o homicídio qualificado, o qual é visto como o crime mais importante para a sociedade, uma vez que nesse caso se refere a direito fundamental.

Por conseguinte, o indivíduo não irá permanecer os 30 (trinta) anos no regime fechado, pois o mesmo tem direito a progressão da pena, uma vez preenchido os requisitos são direitos do cidadão a progressão da pena, segundo o Supremo Tribunal Federal. Logo, a progressão da pena para os crimes hediondos previsto no artigo 121º, § 2º do Código Penal está expressa na Lei nº 8.072/90 no seu artigo 2º, § 2º, o qual prevê: "A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) se reincidente".

No entanto, em relação à competência está será diferenciada dos demais crimes, tendo em vista que se constata a situação de crime contra a vida, logo a competência será do Tribunal do Júri como se verifica no artigo 5° da Constituição Federal, inciso XXXVIII:

> 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: XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Contudo, há também uma previsão infraconstitucional, sobre Tribunal do Júri, a qual está prevista no artigo 74 do Código de Processo Penal:

> A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1° Compete ao tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1° e 2°, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

No entanto, este processo é o mais complexo, tendo em vista que é o único que admite duas fases, a primeira é restrita ao juiz, ou seja, é este quem sentencia, todavia, na segunda fase os jurados é quem irão julgar, e o juiz apenas irá calcular a pena devida de acordo com o delito

cometido.

Para melhor entendimento Tourinho Filho exemplifica em sua obra:

> Trata-se de um procedimento escalonado. A primeira fase encerra-se com a sentença de pronúncia, e a segunda inicia-se e termina com o julgamento pelo Tribunal do Júri. Na primeira etapa, a acusação procura demonstrar que houve o crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, e que o réu foi o seu autor. Sendo assim, evidente que a sentença de pronúncia, que encerra essa primeira fase, limitar-se-á a julgar procedente o jus accusationis do Estado.

Aliás, como se verificou não há legislação penal específica para os crimes cometidos por assassinos seriais, logo o julgamento e as penas são as mesmas que comparado a um criminoso normal. Normalmente, os assassinos em série são considerados imputáveis, por isso são julgados e sentenciados pelo Tribunal do Júri, ademais tem o direito a todos os benefícios, como a progressão de regime, o indulto de natal, entre outros.

Ressalta-se ainda o caso de Luziânia, em que o pedreiro Adimar Jesus da Silva, que estava cumprindo pena em Brasília por crime de abuso infantil de 2 meninos, em 2005, foi posto praticamente em liberdade em dezembro de 2009, pelo fato da progressão de regime. Neste caso passou para o regime semi-aberto, pois segundo o Supremo Tribunal Federal, uma vez preenchido os requisitos para a progressão esta não poderá ser impedida. No mais, o mesmo já tinha uma prisão preventiva decreta em 2000, por tentativa de assassinato, na cidade de Dourado na Bahia (G1, 2011, p. 1).

Contudo, em 30 de dezembro de 2009 a 23 de janeiro de 2010 aterrorizou Luziânia/Goiás, tendo em vista que matou nesse período 6 (seis) adolescentes com idade entre 13 e 19 anos, por mais, o mesmo confessou ser ator de todas essas mortes, sendo todos esses meninos pobres e moradores do bairro onde Adimar morava. Contudo, o pedreiro veio a ser preso no dia 10.04.2011 em Luziânia, porém foi transferido no dia 11.04.2011 para Goiânia, que é a capital do Estado de Goiás (FOLHA.COM, 2011, p. 1).

Menciona-se ainda que, no dia 18.04.2011, o pedreiro Adimar, que ficou conhecido como o "Maníaco de Luziânia", foi encontrado morto na cela da Delegacia Estadual de Repressão a Narcóticos (Denard) em Goiânia, o qual foi encontrado com um lençol amarrado ao pescoço que indicaria suicídio, por isso foi realizado perícias técnicas no lugar, para comprovar a causa da morte (COLON, 2011, p. 1)

Diante disso, o Senador Romeu Tuma ficou estupefato com a falha da legislação penal brasileira, por isso, apresentou logo após o fato narrado acima o projeto de lei, com o intuito de alterar o Código Penal, com a finalidade de diferenciar o assassino em série, como ocorre em países como os Estados Unidos e a Inglaterra. Além do mais, para fins do projeto de lei será

considerado assassino serial aquele indivíduo que cometeu mais de três assassinatos, sendo doloso e de maneira compulsiva seguindo um mesmo padrão. E este projeto de lei prevê que as penas devem ser cumuladas, sendo no mínimo 30 anos, para cada homicídio cometido e será necessário um laudo pericial unânime, elaborado pela comissão formada por: dois psicólogos, dois psiquiatras e um especialista para comprovar se o indivíduo é assassino serial. Por esta razão terá que cumprir toda a pena em regime fechado, uma vez que não poderá se beneficiar mais do indulto de natal ou da progressão da pena, uma vez que este criminoso representa uma ameaça para a sociedade, por isso o Estado deverá rever e discutir a capacidade de condenar e manter preso elementos de alta periculosidade. Inobstante a isso, o projeto foi aprovado pelo Congresso Nacional e se transformou em lei, porém o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, uma vez que não pode permitir a vedação da progressão se preenchidos os requisitos previstos na legislação brasileira (TUMA, 2011, p. 01-02).

Logo, as medidas adotadas no Brasil, são: medida de segurança, se comprovado inimputável e prisão para o indivíduo imputável, agora se for considerado semi-imputável poderá ser aplicado neste caso tanto a medida de segurança como a prisão, porém tem que ser aplicado, uma ou outra, e nunca as duas. Desse modo, verifica-se que no ordenamento pátrio não admite pena de morte em caso de crimes, o qual está elencado no artigo 5°, inciso XLVII, da Constituição Federal: "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;".

Vale ressaltar, que o país que tem maior índice de assassinos em série é os Estados Unidos da América, sendo que nesses casos a pena na maioria das vezes imposta é a de morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se que o assassino em série é considerado um psicopata e não um doente metal, pois o mesmo sabe exatamente o que está fazendo, vez que, seus crimes são planejados, como se observa no filme.

Porém, como no Brasil ainda não existe nenhuma legislação específica para o Serial Killer, como nos Estados Unidos da América e Inglaterra, por isso, os advogados desses criminosos defendem a tese de serem doentes mentais, por causa da pena ser menor do que se forem considerados um homicida, vez que as únicas medidas adotadas no país para esses crimes são: medida de segurança ou sistema penitenciário.

Todavia, nenhuma medida se torna plenamente eficaz, pois a medida de segurança só terá

efeito apenas para os assassinos que são considerados doentes mentais. No entanto, este é um número muito ínfimo quando comparado aos assassinos que não sofrem de delírios mentais, ao passo que o sistema carcerário não é nenhum modelo de ressocialização dos criminosos, atualmente, pelo fato de ficar muito tempo sozinho, o qual se isola de tudo e de todos e passa a viver num mundo paralelo onde a fantasia é a sua válvula de escape. Com isso, torna-se o nível de reincidência mais comum nesses casos.

É notório que na história não existe nenhum relato de um ex-assassino em série, por isso a legislação brasileira se mostra falha neste aspecto, pois trata desses criminosos de alta periculosidade como se fossem criminosos comuns, por isso imprescindível seria se existisse uma diferenciação da pena a ser cumprida por tais assassinos.

Pois, o mesmo necessita de tratamento adequado, a fim de entender qual o fator que leva a desenvolver tal agressividade e os meios para se evitar tais crimes, pois a mera aplicação convencional da lei, fria, no caso concreto, não é suficiente para a ressocialização de um psicopata.

Por outra vertente, existem mais relatos de Serial Killer nos Estados Unidos do que no Brasil e este fato não se dá pela falta de crimes no Brasil, pois a diferença encontra-se no preparo das polícias, pois o Brasil ainda não está preparado para crimes desse porte, pois falta comunicação entre os estados, a fim de facilitar a apreensão desses indivíduos e a conexão de crimes realizados em diversos lugares do país, o qual poderia ser vislumbrado através de um sistema de inteligência único no Brasil onde todos os crimes fossem registrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratamento de direito penal: parte geral***.** 15 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edílson Mougenol. *O julgamento de um serial killer***.** São Paulo: Malheiros, 2004.

CASOY, Ilana. *Serial Killer, louco ou cruel?.* 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Ediouro. 2008.

COLON, Leandro. *Maníaco de Luziânia é encontrado morto em cela***.** Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<http:// www.estadao.com.br/noticias/geral,maniaco-de-luziania-e-encontrado-morto-em-cela,539970 ,0.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2011.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica***.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FOLHA.COM. *Suspeito de matar seis em Luziânia (GO) é transferido para Goiânia.* Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://

www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u719274.shtml>. Acesso em 04 de outubro de 2011.

G1. *Suspeito de matar jovens em Luziânia tinha prisão preventiva decretada***.** Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://g1. Globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1569891-5598.00.htm>. Acesso em 03.10.2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REVISTA MUNDO ESTRANHO. São Paulo: Editora Abril, setembro de 2010, edição 103.

TUMA, Romeu. *Projeto de Lei***.** Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<http://www.senador.gov.br/senadores/senador/rtuma/not_completa.asp?codNoticia=84200>. Acesso em 01 de outubro de 2011.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. ed. de bolso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal***.** 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILME ''MINORITY REPORT: A NOVA LEI ''– UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Junio Barreto dos Reis[66]

Bruna Manzatto da Silva Pereira[67]

RESUMO

O presente artigo busca obter um paralelo entre o sistema penal abordado no filme "Minority Report: A Nova Lei" e o direito penal do inimigo, os quais convergem num ponto em comum: a busca da punição do autor do fato, privando o indivíduo acusado de garantias constitucionais de defesa plena. Assim, analisa-se o garantismo penal como forma de proteção do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, salvaguardando direitos fundamentais, como a liberdade. Traz, ainda, a questão do direito penal do inimigo para os dias atuais, frente à atual situação política e financeira do país. Por fim, demonstra o anseio da sociedade contemporânea brasileira de retomar um sistema penal vingativo e pouco jurídico, caminhando sentido ao retrocesso.

Palavras-Chave: Minority Report: A Nova Lei. Direito penal do inimigo. Garantismo. Limitação do poder de punir. Direito penal do autor.

ABSTRACT

This article seeks to obtain a parallel between the criminal justice system addressed in the film "Minority Report : The New Law" and feindstrafrecht in that both seek the punishment of the perpetrator him removing constitutional guarantees of full defense. Analyzes the criminal garantismo as a means of individual protection front the punitive power of the state, safeguarding fundamental rights such as freedom. Yet behind the issue of feindstrafrecht to the present day, compared to the current political and financial situation of the country, demonstrates the resumption of a criminal justice system and little vindictive legal, walking the setback.

Keywords: Minority Report: The New Law**.** Criminal Law of the enemy. Guaranteeism.

[66] Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito do Estado pelo PROJURIS. Professor de Direito na Faculdade Estácio de Sá – Campus Ourinhos**.**

[67] Acadêmica do Curso de Direito na Faculdade Estácio de Sá – Campus Ourinhos.

Limiting the power to punish. The criminal copyright.

INTRODUÇÃO

Com produção de Steven Spielberg, o filme "Minority Report: A nova lei", lançado no ano de 2002, traz no gênero de ficção científica. A história, que ocorre no ano de 2054, retrata o banimento dos assassinatos pela divisão pré-crime, um setor da polícia em que o cometimento de um crime futuro é revelado e visualizado através de seres paranormais, "precogs", sendo o indivíduo, suspeito da prática do crime, punido antes mesmo de cometer o ilícito penal.

Considerando a importância do tema abortado na produção cinematográfica, esse trabalho foi concentrado no cenário de crimes e do cumprimento das penas retratados na ficção, que ainda é uma problemática discussão da eficácia no direito penal brasileiro.

Uma das principais questões em tela desse artigo, assim como do filme, é a dificuldade de encontrar a efetiva aplicação do direito penal e ao mesmo tempo garantir todos os direitos fundamentais do cidadão. Têm-se, portanto, a necessidade da aplicação da pena ao indivíduo, e também, deve-se garantir a este, todos os direitos inerentes que lhe são cabíveis na condição de humano, ou seja, respeitando suas garantias fundamentais.

Assim, como método de pesquisa, utilizou-se a análise de diversos doutrinadores, buscando entender a limitação do poder Estatal de punir e ao mesmo tempo assegurar as garantias individuais e coletivas, bem como analisar os problemas da punição levando em conta somente a pessoa do acusado, desconsiderando as normas jurídicas de presunção de inocência e do devido processo legal.

Nesse viés, pela clássica teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, concentrou-se em propor um paradigma entre esse pensamento adotado em 1985 e o atual modelo penal brasileiro, bem como analisar a retomada daquela teoria como tentativa de solução para o momento de crise política vivenciada.

1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E O GARANTISMO

O filme futurista "Minority Report: A Nova Lei" retrata uma realidade social sem crimes, a partir das visões de "precogs" – seres dotados de uma capacidade intelectual cognitiva,

capazes de prever, através de visões, a ocorrência de um crime contra a vida. Nessa ficção, os acusados de crimes contra a vida, são rapidamente localizados, capturados e presos com base nas visões dos "precogs", por um crime que ainda não ocorreu, respondendo pelo crime não consumado.

Sem nenhuma garantia fundamental, os suspeitos têm sua liberdade cerceada sem a possibilidade de defesa, num mundo platônico sem assassinatos e sem garantias fundamentais aos acusados. No transcorrer do filme a segurança jurídica é drasticamente alterada no momento em que o sistema de justiça passa a ser duvidoso, por uma falha nas previsões, o que gerou um crime que não punido. Logo, surgem questionamentos acerca da inocência dos indivíduos já presos, da possível mudança de comportamento, e se realmente cometeriam aquele crime.

Um dos principais pontos de debate da trama cinematográfica "Minority Report" é a atuação do Estado na criminalização do indivíduo, punindo o autor e não o fato previsto como crime pela lei, sobretudo antecipando a punição penal, antes mesmo que o crime imputado ao acusado ocorra, revelando nesse aspecto uma estrita ligação com o direito penal do inimigo, isto é, eleva-se o poder punitivo do Estado ("ius puniendi") e consequentemente diminui o garantismo.

O garantismo pode ser entendido como um sistema sócio cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e consequente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesses do Estado.

Nos ensinamentos de Nucci, o garantismo afasta a aplicação de um direito penal máximo, salvaguardando as liberdades individuais do ser humano, em suas palavras:

> Trata-se de um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar violência e maximizar a liberdade impondo limites à função punitiva do Estado. Busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo. (NUCCI, 2011, p.395).

O garantismo penal tem como expoente Luigi Ferrajoli, no qual se busca apresentar um sistema normativo de proteção com o fim de satisfazer as exigências advindas da formação de um Estado De Direito Democrático, com um sistema jurídico-penal voltado para a garantia dos direitos fundamentais.

Em contraposição do direito penal máximo, busca-se apresentar um sistema jurídico-penal mínimo, em que o Direito Penal seja a *ultima ratio*, intervindo apenas quando os outros

ramos do Direito se mostrarem imponentes na proteção dos bens jurídicos relevantes. É certo que a Política Criminal evoluiu na seleção de apenar os infratores da lei quando estes cometerem delitos graves (proteção dos bens jurídicos relevantes). De outro lado, apresentam-se medidas alternativas para que não se mostre num cenário de impunidade, mas nem sempre a sociedade se sente confiante nesses novos métodos penais.

Mas críticas surgiram contra o minimalismo, indicando que seriam apenas vertentes de uma promessa, impossível de ser implementadas na prática, já que a busca era sempre combater o criminoso, inimigo do Estado, com rigorismo.

Sobre o minimalismo, expressa ANITUA (2008, p. 725):

> Emergiu no confronto contra a sobrevivência da legislação autoritária e contra a emergência da legislação antiterrorista, que tanto na Itália como na Espanha, ameaçam os princípios de um Direito Penal ilustrado que não havia chegado a desenvolver-se completamente, e que, portanto, podia ser usado mais por suas promessas do que propriamente por suas realizações.

Nesse cenário de proteção, Ferrajoli (2002, p. 74) elaborou dez princípios axiológicos fundamentais na busca de alterar a esfera de proteção:

- “Nulla poena sine crimine' (princípio de retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito).
- 'Nullum crimen sine lege' (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito)
- 'Nulla Lex (poenalis) sine necessitate' (princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal)
- 'Nulla necessitas sine injuria' (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento)
- 'Nulla injuria sine actione' (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação)
- 'Nulla actio sine culpa' (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal)
- 'Nulla culpa sine judicio' (princípio da jurisdicionaridade, no sentido lato ou no sentido estrito)
- 'Nullum Judicium sine accusatione' (princípio do acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação)
- 'Nulla accusatio sine probatione' (princípio do ônus da prova ou da

verificação)

- 'Nulla probation sine defensione' (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

Dentre tais axiomas, destaca-se o princípio da legalidade, uma proteção do cidadão contra o Estado, que determina que não haverá crime sem lei anterior que o defina como crime – norma incriminadora. Surge com intuito de repudiar toda forma de poder autoritário e antidemocrático. É um princípio trazido pela Constituição Federal da República do Brasil, que em seu art. 5°, II estabelece: "(...) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Dessa forma, há uma proteção constitucional sobre a pessoa e que somente caberá ao Direito Penal interferir se tal norma for desrespeitada.

Analisando os itens, vê-se a incidência do Direito Penal do Inimigo no contexto do filme "Minority Report". A dramática do filme é a prisão sem a lesão ou ameaça real ao bem jurídico tutelado por norma penal, o que traz, na visão do filme, uma atmosfera de segurança social com a ideia de que não haveria mais assassinatos. Porém, pela ótica do direito penal, não há crime sem ofensa (lesão ou perigo concreto de lesão) ao bem jurídico. Não há crime sem lei, não há crime sem ofensa ao bem jurídico protegido pela norma. Dessa forma, se para a norma penal a ofensividade é requisito ao conceito de delito, não há possibilidade de imputar ao sujeito um crime sem a legítima lesão ao bem jurídico tutelado.

Para Zaffaroni, o objetivo do direito é regular a conduta humana, sendo o delito uma conduta. Nas palavras de Zaffaroni:

> O princípio *nullum crimen sine conducta* é uma garantia jurídica elementar. Se fosse eliminado, o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais, etc. Neste momento de nossa cultura isto parece suficientemente óbvio, mas apesar isso, não faltam tentativas de suprimir ou de obstaculizar este princípio elementar. (ZAFFARONI. 2011, p. 358).

Neste sentido, Fernando Capez pondera que:

> […] é imperativo do Estado Democrático de Direito a investigação ontológica do tipo incriminador. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade. (CAPEZ. 2011, p. 45).

Dessa forma, é necessário encontrar lugar para o garantismo na aplicação do direito penal, uma vez que o mesmo encontra guarida constitucional e traz segurança e limitação do

poder estatal na aplicação da lei penal.

2 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE JAKOBS

A teoria do direito penal do inimigo foi desenvolvida por Jakobs, pensador alemão desenvolvido em 1985, com base em políticas públicas de combate à criminalidade interna e internacional. A tese de Jakobs está assentada em três pilares:

(a) antecipação da punição;

(b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais;

(c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social.

Para Jakobs, o direito penal é determinado pela função que cumpre no sistema social. O direito penal é um sistema autônomo, autorreferente capaz de autoproduzir-se, dentro do sistema mais amplo da sociedade, tendo suas próprias regras e a elas é subordinado.

> (…) Jakobs reconhece estar correto o que fora afirmado por Hans Welzel, seu mestre, no sentido de que o Direito Penal tem como função assegurar os valores éticos e sociais da ação. Todavia, separa-se da doutrina do pai do finalismo penal, com uma mudança no enfoque metodológico, que parte da missão do Direito Penal e não da essência dos objetos da dogmática, levando aos extremos de uma renormatização dos conceitos perante o naturalismo psicológico de Welzel. (MASSON, Cleber. 2013, p. 87).

No Funcionalismo Sistêmico Radical de Jakobs, um crime consiste no comportamento humano voluntário causador de um resultado inevitável, violando o sistema, frustrando as expectativas normativas. Ou seja, na visão de Jakobs a missão do direito penal é proteger o sistema, e quem violá-lo é titulado como inimigo. É aqui que nasce o Direito Penal do Inimigo.

Pode-se observar já no título de seu livro, "Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo", Jakobs faz uma clara separação da necessidade de existir dois direitos, um com garantias positivadas para o cidadão, e outro para o então intitulado por ele como inimigo, que deve ser um direito com ausências de quaisquer requisitos de garantias. Ainda sobre a existência de tratamentos distintos para o "inimigo", Jakobs disserta:

> Quando no presente texto se faz referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais de tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. (JAKOBS. 2008, p. 21).

Na proposição de Jakobs, notadamente na defesa de sua tese, expõe que no Direito Penal do Inimigo existem duas esferas de proteção aos indivíduos, um destinado ao cidadão e outro ao inimigo. O sistema penal destinada ao cidadão se mostra mais brando (com respeitos às garantias fundamentais), tendo em vista que o delito que cometera decorreu de um acontecimento acidental ou ocasional. Este sempre se mostra temente e sujeito às leis impostas pelo Estado. De outro lado, o inimigo se mostra como aquele indivíduo que distanciou da obediência do Direito de forma duradoura, os seus atos não se apresentam como acidentais, mas como ocorrências constantes. Mostra que não tem mais respeito pelas leis impostas pelo Estado. (JAKOBS. 2008, p. 42).

Na reflexão de Rogério Greco, o direito penal brasileiro serve para assegurar bens mais importantes e necessários para a sobrevivência da sociedade. Greco, citando Nilo Batista, também aduz que "a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena". (GRECO. 2015, p 2). Assim, a pena é meio coercitivo que garante a funcionalidade do direito penal. Porém, como o direito penal vive em constantes mudanças, pelos diferentes anseios sociais, o que hoje é um bem relevante à proteção estatal, amanhã não será mais, dando lugar a outro bem jurídico importante a ser tutelado. Para Greco, sobre os valores defendidos por Jakobs acrescenta:

> [...] Günther Jakobs, que afirma que o Direito Penal não atende a essa finalidade de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria de ser por ele protegido já foi efetivamente atacado. Para Jakobs, o que está em jogo não é a proteção de bens jurídicos, mas, sim, a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que praticou uma infração penal deverá ser punido para que se afirme que a norma penal por ele infringida está em vigor. (GRECO. 2015, p. 2).

Em debate entre Jakobs e Melia, este ensina a construção de três elementos do Direito Penal do Inimigo:

> Em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o ponto de referencia: o fato futuro, no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias são relativizadas ou inclusive suprimidas. (JAKOBS, MELIA. 2007, p. 67)

Nesta linha de raciocínio, para Jakobs " aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo". Emenda na defesa de sua teoria que "seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo" (JAKOBS. 2008, p. 23).

Passa a vigorar nesse cenário não o direito e garantias impostas a todos os cidadãos, mas sim um tratamento diferente de coação, repressão social e até mesmo exclusão social. Os infratores deixam de ser cidadãos para serem apenas objetos nas mãos do poder punitivo exercido pelo Estado.

3 A FALSA PERCEPÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO SOLUÇÃO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL

O cenário político e financeiro brasileiro atual, repleto de escândalos de corrupção e improbidades administrativas, amplamente divulgado pela mídia, nacional e internacional, eclodiu em grande parte da população brasileira um anseio pela aplicação de uma justiça que muito se assemelha ao direito penal do inimigo.

A sociedade brasileira, como reação ao momento vivenciado, demonstra, em seus protestos e críticas ao governo, almejar a aplicação de um processo penal platônico, altamente eficaz e insuscetível de falhas, como retratado na trama "Minory Report", usando como ferramenta, para tal intento, o direito penal do inimigo, pois nesse cenário penal os acusados de crimes de corrupção e improbidade devem ser julgados com precária possibilidade de defesa ou sem um devido processo legal, visando, sobretudo, a aplicação de uma pena sinônimo de vingança social, podendo a lei, assim, ser interpretada de forma arbitrária pelo Poder Judiciário, ao se tratar de determinados indivíduos tidos como inimigo do Estado.

Nesse sentido, os anseios da população brasileira contemporânea lembram o direito

penal da Idade Média, no qual a prática da execução penal, diretamente ligada a imputação da pessoa do condenado, teve de evoluir, pois mostrou-se desproporcional e cruel.

Não se pode esquecer que foi com a Constituição Federal de 1988 que se instituiu o Estado Democrático de direito, a qual devolveu à nação brasileira os direitos e garantias fundamentais que estão positivados especialmente no Título II, da Carta Magna, agrupados em individuais, coletivos, sociais e políticos. Além do mais, garantiu no § 2º, do artigo 5º, que os direitos e garantias fundamentais ali expressos 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 (REIS, 2011, p. 08).

Frisa-se que os direitos fundamentais são situações jurídicas prevista no ordenamento jurídico de um Estado, com o fim de garantir a liberdade, igualdade e uma vida digna ao cidadão. De certo, eles estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que se esta não for garantida aos cidadãos, os demais direitos estarão frontalmente violados.

Pontua Ingo Sarlet (2012, p. 77), que foi outorgada uma garantia de eternidade aos direitos fundamentais (art. 60, § 4º CF), o que impede ao Constituinte derivado a supressão e erosão de tais direitos. Todavia, pontua que a Constituição de 1988, ao adotar o procedimento analítico, deixa transparecer a sua desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional e o receio de erosão e supressão dos direitos conquistados. Apesar da ampla gama de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais foram postos como valores superiores no ordenamento jurídico, ainda faltam esforços para que tais direitos tenham sua efetividade ampliada a todas as camadas populacionais. Diante desse avanço de conquista de direitos fundamentais, não se pode permitir que haja um retrocesso por parte do Estado, no intuito de atender os anseios populares.

Numa análise do direito penal antigo, marcado por suplício, penas severas e desproporcionais, Michel Foucalt, em sua ilustre obra Vigiar e Punir, trata o tema da "Punição Generalizada" de forma brilhante. Foucalt explica que o suplício, que é a punição do corpo, é encontrado em toda parte na metade do século XVIII, chegando a conclusão de que:

> É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física do soberano e condenado; esse conflito frontal entra a vingança do príncipe e a cólera contida no povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. (FOUCALT. 2007, p. 63).

Assim, as penas sobre o corpo passaram a ser intoleradas pelo povo, deixando de existir e dando lugar às penas mais humanizadas, mais suaves.

Foucault nada mais faz do que uma releitura do direito penal do inimigo, da separação de punir o crime e o autor do crime, separação essa não almejada pela atual sociedade brasileira, que na falta de uma punição efetiva passa a ter sede por uma punição mais severa, assim retrocedendo historicamente aos suplícios e esquecendo as penas humanizadas que foram parte de uma longa luta histórica.

Completa Foucault:

> Essa semiotécnica das punições, esse "poder ideológico" é que, pelo menos em parte, vai ficar em suspenso e será substituído por uma nova anatomia política em que o corpo novamente, mas numa forma inédita, será o personagem principal. E essa nova anatomia política permitirá recruzar as duas linhas divergentes de objetivação que vemos formara-se no século XVIII: a que rejeita o criminoso para "o outro lado" - o lado de uma natureza contra a natureza; e a que procura controlar a delinquência por uma anatomia calculada das punições. Um exame da nova arte de punir mostra bem a substituição da semiotécnica punitiva por uma nova política do corpo. (FOUCAULT. 2007, p. 86).

Para Beccaria (2001), a finalidade da pena deve ser servir de exemplo para a sociedade, devendo ser abolida a punição arbitrária e cruel, não sendo sinônimo de uma violência de um, ou de todos, contra um cidadão privado, devendo ser, sobretudo, necessária, rápida, proporcional aos delitos e expressamente prevista em lei.

Nesse mesmo discurso de retomada ao direito penal do inimigo, a Suprema Corte do país deixou transparecer, em decisão recente, que o direito penal do inimigo não faz parte do passado. No informativo 814 o Supremo Tribunal Federal afirmou ser possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, conforme transcrito abaixo:

> A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.
> Em outras palavras, é possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016 (Info 814).

Em seu art. 5º, LVII, a Constituição Federal de 1988 prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Conhecido e chamado pela doutrina como princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) é consagrado tanto na Constituição Federal, como também em documentos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de

1948 e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, antes do julgado de 17/02/2016, era de que enquanto pendente qualquer recurso de defesa, existia uma presunção da inocência do réu. Dessa forma, enquanto não ocorresse o trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não poderia ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena porque era considerado, presumidamente inocente. Assim, não existia no Brasil a execução provisória da pena.

Contudo, essa visão garantista que imperava na suprema corte, foi alterada por um novo julgado, em que o entendimento do Relator Teori Zavascki é da possibilidade de iniciar-se a execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, e que isso não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Ministro Teori Zavascki defendeu que até que seja proferida a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se haver a presunção da inocência do réu. Porém, após esse momento, mitiga-se o princípio da não culpabilidade, pela justificativa de que para interposição de recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

Tal entendimento é justificado pela possibilidade de estabelecer determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Dessa forma, vê-se, como já citado anteriormente, uma retomada a um direito penal em que as garantias são diminuídas e, consequentemente, o poder de punir do Estado aumenta. Com essa nova posição da corte brasileira pode-se verificar resquícios de direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, que embora não seja dominante, pois se trata de um único julgado até o momento, porém abre precedentes para novas decisões nesse sentido.

Com as características veladas da aplicação do direito penal do inimigo, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.306.687 – MT, de 18/03/2014), determinou que um adolescente, mesmo após ter cumprido a medida socioeducativa de internação, ficasse internado em um manicômio por prazo indeterminado. No caso, o Ministério Público propôs ação de interdição do adolescente, sob o argumento que mesmo após passar por várias instituições psiquiátricas, este demonstra a sua insanidade mental e vontade de continuar matando.

Percebe-se da leitura do julgado que a Ministra Nancy Andrighi busca demonstrar que o sociopata pode voltar a delinquir, já que na atual evolução das ciências medicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas. O julgado demonstra, ainda, que a

medida da internação por prazo indeterminado busca garantir a integridade física do internado, *in verbis:*

> A solução da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo (Resp. 1.306.687 MT).

Em que pese a fundamentação jurídica do voto exarado, nota-se que a medida tomada tem resquícios da teoria do direito penal do inimigo, pois, denota-se a eliminação de um indivíduo de seu convívio da sociedade por este se mostrar propenso a cometer novos crimes.

Verifica-se que a medida restritiva – internação em manicômio - imposta pelo Estado decorre de um apenamento com inexistência de cometimento de crime, já que este já houvera cumprido todas as sanções impostas, soando certamente como uma pena segregatória.

Conforme propugnado por Jackobs, nota-se que o Estado-Juiz busca afastar certos cidadãos da sociedade, principalmente aqueles que demonstram que poderão violar a ordem estatal, no intuito de trazer a paz social. Contudo, tais medidas soam como violadoras dos direitos fundamentais.

Por fim, ressalta-se, ainda, Greco (2005, p. 23), ao fazer um estudo sobre Jakobs, este conclui que no ordenamento jurídico brasileiro já se encontra positivado leis com caráter do Direito Penal do Inimigo, tais como a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90); a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), as Leis de Drogas (Lei nº 11.343/06), a inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). Os diplomas legais apresentam características de modelo libera-clássico, os quais antecipam a tutela punitiva, traçam perfis de novos criminosos, endurecendo, ademais, a punição àqueles que cometem tais delitos, relativizando consideravelmente os direitos fundamentais na Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se que não há necessidade de criação de novas legislações mais rígidas, com

consequente diminuição de garantias, é necessário mais que isso, aplicação efetiva da lei. Entre garantia e punição é difícil encontrar o ideal de um direito penal, porém nota-se, pelo cenário atual, que estamos nos afastando dessa vertente de ideal.

A sociedade moderna brasileira deve aprender com a história de evolução do direito penal, pois caso contrário chegará a um ponto de não mais suportar tal forma de agir do Estado, pois a aplicação de um direito penal do inimigo trará à sociedade um sistema reinante incontrolável de prática de crimes, pois na medida em que se supre de alguns seus direitos e garantias fundamentais, esses assumirão um comportamento desmedido, pois praticando um ou mais crimes e sendo descoberto por um deles, a punição será a mesma, idêntica e desproporcional, assim como na época da obra de Beccaria.

Uma retomada ao direito penal, sem medida, descaracteriza a evolução do direito como um todo. Percebe-se que não se chega a um direito penal eficiente deixando de aplicar as garantias fundamentais ao cidadão, punindo-se desmedidamente sem importar-se com as consequências deixadas pela pena. Retrata de forma muito clara e precisa o que é o ideal da pena, demonstrando, nesse sentido, que não é a crueldade das penas que esgota os delitos, mas sim a certeza de um castigo, mesmo que moderado.

Conclui-se, dessa forma, que não é a punição nos moldes do direito penal do inimigo, e nem tão pouco um outro direito penal aperfeiçoado solucionará os problemas de punição do Estado, mas sim uma efetiva punição para todo aquele que infringir a lei, independentemente de raça, gênero e condição econômica, de forma transparente, moderada e certa quanto sua aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA. Criminologia critica e critica do direito penal. Rio: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. Dos Delios e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.306.687 - MT (2011/0244776-9, de 18/03/2014). 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, 18/03/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292. Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016.

CAPEZ, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando

Capez. — 15. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

FOUCALT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal).*Revista Jurídica Unicoc*, Ano II, n.º2, 2005.

GREGO, Rogério. Curso de Direito Penal / Rogério Greco. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 2005.

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado – Parte Geral – vol. 1 / Cleber Masson. - 7ª. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza Manual de direi lo penal : parte geral : parte especial / Gui!henne de Souza Nucc1. - 7. ed. rev., atual. e amp. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGIS PRADO, Luiz. Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 13 março 2016.

REIS, Junio Barreto dos. Direitos Fundamentais e Relações Privadas: O Uso Da Ponderação. Revista Argumenta. Jacarezinho/PR. n. 15. p. 313-333, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em 28 de março de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ULFRID NEUMANN. Direito Penal do Inimigo. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: IBCCRIM. V.15, nº 69. p. 176. Nov./dez. 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PERCEPÇÕES A PARTIR DO AUXÍLIO RECLUSÃO VÍDEO DOCUMENTÁRIO: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA FINALIDADE SOCIAL E SEU CARÁTER PROTECIONISTA NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Livia Carla Silva Rigão[68]

Milena Fernanda Manzano, Brenzan[69]

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alterou-se o paradigma até então vigente em relação às crianças e adolescentes, uma vez que ao introduzir a Doutrina da Proteção Integral, estes passaram a ser considerados sujeitos de direitos e destinatários de uma atuação estatal específica e prioritária. Em consonância com as modificações verificadas no século XX, a presente pesquisa visa verificar se o benefício previdenciário de auxílio reclusão, também inserido pela referida Carta Magna, apresenta finalidade social ao passo que busca proteger os dependentes dos segurados impedidos de exercer sua atividade laborativa em razão do encarceramento, e, ainda, se exerce influência na concretização dos direitos e garantias fundamentais assegurados por todo o ordenamento jurídico brasileiro às crianças e adolescentes. Por todo o exposto, conclui-se que o benefício pago pela Previdência Social aos dependentes do segurado recluso constitui efetivo instrumento protecionista àqueles que não podem ter seu desenvolvimento prejudicado em virtude da prática de um delito em que não foram motivadores.

Palavras-chave: Auxílio-reclusão. Prioridade Absoluta. Efetivação. Direitos Fundamentais. Criança e adolescente.

ABSTRACT

With the advent of the Federal Constitution of 1988 has changed the paradigm so far prevailing in relation to children and adolescents, since by introducing the Doctrine of Integral

[68] Graduanda do curso de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ).

[69] Graduanda do curso de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ).

Protection, these are now considered subjects of rights and recipients of a specific state action and priority. In line with the changes observed in the twentieth century, this research is to determine whether the pension benefit aid seclusion, also inserted by the said Charter, has a social purpose while seeking to protect the dependents of prevented insured to exercise their labor activity due incarceration, and also exerted influence on the realization of the rights and guarantees provided by all the Brazilian legal system for children and adolescents. For all the above, it is concluded that the benefit paid by Social Security to the reclusive insured dependents is effective instrument protectionist those who can not have their development hindered by virtue of the commission of an offense that were not motivating.

Keywords: Aid-seclusion. Absolute priority. Effective. Fundamental rights. Children and adolescents.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi motivada a partir de perspectivas trazidas pelo "Auxílio Reclusão Vídeo Documentário" em que se demonstraram aspectos informativos e opinativos acerca do benefício previdenciário em questão.

O método empregado para a realização desta pesquisa foi o qualitativo, priorizando, ainda, os instrumentos indutivos e descritivos, de modo que são desenvolvidos conceitos, ideias e entendimentos baseados em dados verificados em outros documentos científicos, cujo propósito é chegar a conclusões mais amplas do que as estabelecidas por estes.

Justifica-se a escolha do tema na busca de demonstrar que o auxílio reclusão, diferente do difundido pelo populismo punitivo, é um benefício de efetivação real dos direitos das crianças e dos adolescentes, principalmente no que diz respeito aos seus direitos fundamentais e primários.

Em decorrência do exposto, busca-se no primeiro capítulo realizar uma breve análise relativa à seguridade social e de seus princípios norteadores como meio de demonstrar a preocupação da Constituição de 1988 com a proteção social, em especial com a justiça e o bem-estar social.

Através dos princípios dirimidos ao longo do capítulo, percebe-se que o caráter solidário ressalta-se em relação aos demais, situação que enseja uma cooperação entre todos os entes da sociedade para promover o custeio de uma das vertentes da seguridade, a

previdência social que também é analisada neste capítulo.

O segundo capítulo destina-se a compreender os fundamentos e requisitos do benefício de auxílio reclusão, introduzido pela Constituição Federal de 1988, que consiste na prestação mensal custeada pela Previdência Social em substituição à renda do segurado privado de sua liberdade para garantir a subsistência de seus dependentes.

Posteriormente, analisa-se a influência midiática na criação de opiniões e anseios sociais sobre o benefício previdenciário objeto desta pesquisa, o que pode ser demonstrado pela necessidade de instituir um sistema punitivo mais rígido não só em relação àquele que cometeu o fato típico como também a seus dependentes.

Nesse interim, de acordo com uma das vertentes expostas no Documentário analisado por este trabalho, o auxílio reclusão é um amparo ao "criminoso" em detrimento da vítima do crime e seus familiares que ficam desassistidos pelo Estado. Por essa razão, tramita atualmente na Câmara dos Deputados um projeto de Emenda Constitucional e diversos projetos de leis que visam extinguir o benefício em questão e, além disso, criar medidas de assistência destinadas às vítimas.

Por fim, busca-se compreender a evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes, os quais por muito tempo foram tratados como objeto pelo poder público, paradigma que somente foi rompido com a Doutrina da Proteção Integral.

Através da nova perspectiva traçada, conclui-se ser o auxílio reclusão a materialização do Princípio da Prioridade Absoluta que consiste na destinação especial de recursos orçamentários e criação de políticas públicas pelo Estado para efetivação dos direitos e garantias fundamentais adquiridos por esta categoria com a promulgação da Carta Magna de 1988 e da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

1 A SEGURIDADE SOCIAL E SEUS PRINCÍPIOS

A seguridade social foi delineada constitucionalmente no Brasil somente na Constituição Federal de 1988. Antes do referido marco, as normas referentes à proteção social eram verificadas a partir de legislações esparsas relacionadas à previdência social, instituto já previsto anteriormente em outras constituições.

Nesse sentido, Ibrahim (2008) demonstra que a seguridade social é abordada no Título VIII destinado a tratar da Ordem Social, que possui como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. A seguridade social é conceituada, portanto, no artigo 194 da Constituição Federal como um: "conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade,

destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Como eixo fundamental da seguridade social, o princípio da solidariedade garante a proteção social da coletividade, uma vez que, apesar de ser o financiamento do sistema realizado por meio das contribuições prestadas pelos indivíduos em diferentes proporções, não é tal critério avaliado no momento da prestação do serviço assegurado. Desse modo, pode-se afirmar que no momento da contribuição é a sociedade quem aporta, contudo, na percepção da prestação previdenciária será o indivíduo que irá usufruir. (Martinez, 2015)

Ademais, estabelece o parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal os demais princípios relacionados à seguridade social: Universalidade da cobertura e do atendimento; Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; Irredutibilidade do valor dos benefícios; Equidade na forma de participação no custeio; Diversidade da base de financiamento; Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A universalidade da cobertura e do atendimento implica a possibilidade de todo indivíduo participar do sistema de proteção social instituído. Este princípio constitui regra em relação às vertentes da saúde e assistência social, ao passo que na previdência social, por seu caráter contributivo, é restrito a indivíduos específicos que obrigatoriamente devem custear para o funcionamento do regime (IBRAHIN, 2008).

Ademais, como desdobramento do princípio constitucional da igualdade, a uniformidade e equivalência diz respeito à prestação igualitária entre as populações urbana e rural, sendo admitidos critérios diferenciados de custeio e concessão de benefícios somente quando estes forem justificados a partir do aspecto material da igualdade (MARTINS, 2015).

Para Ibrahim (2008), o objetivo da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços impõe a necessidade de direcionamento dos recursos às prestações de maior relevância social àqueles que apresentem maior dependência destas, em virtude de sua capacidade econômica reduzida.

Conforme preleciona o mesmo autor, a irredutibilidade do valor dos benefícios apresenta como finalidade a impossibilidade de minorar a renda mensal do benefício recebida pelo segurado, uma vez que em virtude de seu caráter de substituição deve esta propiciar condições de subsistência. O referido princípio pode ser entendido, ainda, como derivado do direito adquirido.

Por sua vez, o princípio da equidade na forma de participação do custeio corrobora

com o entendimento de que a contribuição para a seguridade social deve ser baseada na receita auferida pelo contribuinte. Deste modo, o valor da contribuição prestada por cada segurado deve ser compatível com sua capacidade econômica. Um princípio correlato a este é o da diversidade da base de financiamento que determina que "diversas fontes propiciam maior segurança ao sistema, o qual não estaria sujeito a grandes flutuações de arrecadação, em virtude de algum problema em contribuição específica" (IBRAHIM, 2008, p. 61, 62).

O último princípio mencionado pelo artigo 194 da Constituição Federal diz respeito ao caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, mediante participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e do Poder Público nos órgãos colegiados.

Pelo exposto, constata-se que a seguridade social é um importante instrumento efetivador dos direitos sociais e, consequentemente, capaz de reduzir as desigualdades sociais atualmente existentes. Nesse sentido, José Afonso da Silva (SILVA, 2013, p. 758), observa em relação à ordem social disposta na Constituição Federal de 1988:

> […] ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimente distribuída.

É, portanto, a seguridade social parte integrante da ordem social, mecanismo criado com a finalidade de concretizar também os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na medida em que busca erradicar a pobreza e a marginalização com a redução das desigualdades sociais e regionais, corroborando, a partir dos princípios já mencionados, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

1.1 A Previdência Social e suas Diretrizes

A previdência social é um sistema de proteção que visa proporcionar meios indispensáveis de manutenção aos seus segurados e dependentes que, em virtude da ocorrência de contingência pré-determinada em lei, deixam de possuir sua fonte de subsistência ou têm esta reduzida (MARTINS, 2015).

Nesse sentido, é o que determina o artigo 1º da Lei 8.213/91:

> A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de

> incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

O sistema previdenciário é composto pelos regimes público e privado, sendo o primeiro dividido em Regime Geral de Previdência Social – RGPS e Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, o qual é mantido pelos servidores públicos civis e pelos militares. O regime privado, por sua vez, constitui a previdência complementar, prevista no artigo 202 da Constituição Federal (IBRAHIM, 2008).

É o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal da administração indireta, responsável pelo funcionamento do Regime Geral de Previdência Social, o qual, segundo Ibrahim (2008, p. 144) tem como beneficiários:

> [...] as pessoas naturais que fazem jus ao recebimento de prestações previdenciárias, no caso de serem atingidas por algum dos infortúnios previstos em lei. As prestações previdenciárias subdividem-se em *benefícios*, com conteúdo pecuniários, e os *serviços*, hoje restritos à habilitação e reabilitação profissional e ao serviço social.

Ademais, a cobertura previdenciária é destinada aos segurados e dependentes, sendo aqueles os responsáveis pelas contribuições prestadas ao sistema e, devido a isso, detentores do direito aos benefícios e serviços fornecidos pelo RGPS. Os dependentes, por sua vez, apenas estabelecem relação jurídica com a Previdência Social caso o segurado, por motivo de falecimento ou prisão, deixe de manter o vínculo existente com o regime.

Os benefícios devidos aos segurados restringem-se à aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente. O auxílio-reclusão e a pensão por morte, no entanto, são os benefícios prestados aos dependentes dos contribuintes.

2 DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E SEU CARÁTER SOCIAL RELATIVO AOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS

O auxílio reclusão, benefício previdenciário instituído pela Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.897/60) e recepcionado pela Carta Magna de 1988, constitui-se em prestações continuadas devidas aos dependentes do segurado que teve sua liberdade tolhida e, desta forma, encontra-se sem condições de auferir renda (TSUTIYA, 2013).

Percebe-se, pelo exposto, que embora o fato gerador do benefício em questão seja o

cárcere do segurado, referido provento destaca-se não só por seu caráter assistencialista ofertado aos dependentes do encarcerado, em respeito ao preceito constitucional estabelecido no art. 226, como também por seu escopo social, na medida em que o Estado passa a fornecer a sustentação às bases alimentares e educacionais dos dependentes do segurado ora detido.

Nesse sentido, pretende-se verificar a consonância do benefício de auxílio reclusão com os princípios basilares do direito infantojuvenil também consagrados na Constituição da República do Brasil e que, por sua vez, concedem às crianças e adolescente primazia no atendimento e fornecimento/elaboração de políticas públicas, bem como proteção integral, devido à condição de seres especiais em desenvolvimento, conforme abaixo se demonstrará.

2.1 Dos Requisitos do Auxílio Reclusão

Através do artigo 201, IV da Constituição Federal de 1988 foi instituído o benefício previdenciário de auxílio reclusão, o qual tem por escopo garantir a subsistência dos dependentes do segurado de baixa renda que teve sua liberdade restringida em razão de qualquer modalidade de prisão que o impossibilite de exercer sua atividade laborativa habitual. Deste modo, torna-se necessário que o indivíduo esteja recolhido sob o regime fechado ou semiaberto, uma vez que poderá continuar trabalhando caso esteja submetido ao regime aberto (VIANNA, 2004).

É, portanto, o recolhimento à prisão um dos requisitos para a concessão do benefício, devendo ser comprovada tal condição à autoridade competente no momento do requerimento, assim como trimestralmente apresentar atestado de permanência de seu encarceramento.

Ademais, a qualidade de segurado no momento da prisão é essencial para o deferimento do benefício a seu dependente, não sendo necessária, entretanto, a comprovação de período de carência, que corresponde ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis à prestação previdenciária (IBRAHIM, 2008).

Para Ibrahim (2008), a Emenda Constitucional nº 20 de 1998 alterou substancialmente os requisitos do auxílio reclusão ao introduzir a necessidade de comprovação de baixa renda. Por ser uma proteção destinada aos dependentes do segurado, havia divergência jurisprudencial na verificação do titular da renda, de modo a se questionar se a análise deveria incidir sobre a renda do próprio contribuinte ou de seu dependente. Nesse sentido, o STF firmou o entendimento de que a renda a ser considerada é a do segurado, conforme se extrai abaixo:

> PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO- RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE: 587365 SC , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 25/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)

Não obstante, não há consenso nas decisões no que se refere ao segurado que se encontre desempregado no momento de sua reclusão, entendendo a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais[70] que, neste caso, a renda a ser considerada deverá ser referente ao último salário de contribuição auferido pelo contribuinte ora recolhido, existindo, no entanto, posicionamento que defende que a ainda que haja ausência de salário de contribuição, desde que mantida a qualidade de segurado, deve ser presumida sua baixa renda.

Ainda em relação ao critério de baixa renda, cumpre salientar que não há previsão legal que a defina, sendo o valor fixado anualmente pelos Ministros de Estado da Previdência Social e da Fazenda. Atualmente, estabelece o artigo 5º da Portaria Interministerial MPS/MF nº 1, de 08 de Janeiro de 2016 que:

> Art. 5º O auxílio-reclusão, a partir de 1º de janeiro de 2016, será devido aos dependentes do segurado cujo salário-de-contribuição seja igual ou inferior a R$ 1.212,64 (um mil duzentos e doze reais e sessenta e quatro centavos), independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas.

Recentemente, o STJ posicionou-se no sentido de que o valor determinado para a análise de baixa renda pode ser relativizado sob o fundamento da proteção social:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO CRITÉRIO

[70] Decisão proferida ao julgar Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (PEDILEF 200770590037647, JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA, TNU, DOU 19/12/2011).

> ECONÔMICO ABSOLUTO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PREVALÊNCIA DA FINALIDADE DE PROTEÇÃO SOCIAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O benefício de auxílio-reclusão destina-se diretamente aos dependentes de segurado que contribuía para a Previdência Social no momento de sua reclusão, equiparável à pensão por morte; visa a prover o sustento dos dependentes, protegendo-os nesse estado de necessidade. 2. À semelhança do entendimento firmado por esta Corte, no julgamento do Recurso Especial 1.112.557/MG, Representativo da Controvérsia, onde se reconheceu a possibilidade de flexibilização do critério econômico definido legalmente para a concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, previsto na LOAS, é possível a concessão do auxílio-reclusão quando o caso concreto revela a necessidade de proteção social, permitindo ao Julgador a flexiblização do critério econômico para deferimento do benefício, ainda que o salário de contribuição do segurado supere o valor legalmente fixado como critério de baixa renda. 3. No caso dos autos, o limite de renda fixado pela Portaria Interministerial, vigente no momento de reclusão da segurada, para definir o Segurado de baixa-renda era de R$ 710,08, ao passo que, de acordo com os registros do CNIS, a renda mensal da segurada era de R$ 720,90, superior aquele limite 4. Nestas condições, é possível a flexibilização da análise do requisito de renda do instituidor do benefício, devendo ser mantida a procedência do pedido, reconhecida nas instâncias ordinárias. 5. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1479564 SP 2014/0193771-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 06/11/2014, T1- PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/11/2014)

Por todo o exposto, denota-se a relativização do critério econômico como forma de sobressaltar a função social do benefício de auxílio reclusão, de forma que outra análise de fundamental importância recai sobre a categoria dos dependentes do segurado que serão aqueles que receberão a prestação continuada em substituição à renda do segurado ora recluso. Desta forma, estabelece o art. 16 da Lei nº 8.213/91:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) (Vide Lei nº 13.146, de 2015) II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) (Vide Lei nº 13.135, de 2015) (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV - (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995) § 1º A existência de dependente de

> qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes. § 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997). § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Desta forma, verifica-se a preocupação do legislador em proteger, em especial, a família do segurado, uma vez que aqueles que compõem o núcleo familiar possuem dependência presumida, não sendo necessário qualquer tipo de comprovação em relação à efetiva dependência econômica.

2.2 A influência Midiática e a Busca pela Extinção do Auxílio Reclusão

Os meios de comunicação utilizam-se da prerrogativa de disseminar informações e acontecimentos reais e, além disso, da relação de confiança existente com a sociedade para difundir suas próprias opiniões e interesses. Nesse sentido, importa mencionar que a ideologia de fortalecimento do sistema penal e da implacabilidade contra o crime e o "criminoso" veiculada pela mídia faz com que muitos cidadãos tornem aceitável a renúncia de diversos direitos humanos e, consequentemente, de aspectos essenciais do Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, Corrêa Júnior e Shecaira (2002), ao abordarem a atual função da mídia na sociedade brasileira, afirmam que: "[...] a notícia nunca é um espelho da realidade, mas sim um objetivo construído, não obstante tentar parecer espelho dessa realidade. A liberdade de imprensa, tão característica das sociedades democráticas, se impõe a 'totalitária lei do espetáculo'."

É o que pode ser constatado a partir do vídeo documentário que originou esta pesquisa. Nele, a jornalista Rachel Sheherazade expõe suas críticas acerca do auxílio reclusão ao afirmar que o Estado, através do referido benefício, almeja amparar somente o agente delituoso e seus dependentes em detrimento da vítima.

Ademais, a jornalista defende, ainda, que o Projeto de Emenda Constitucional nº 304 de 2013, que tramita atualmente na Câmara dos Deputados, possui o objetivo de extinguir a "mamata dos criminosos", criando benefícios em favor das vítimas do crime e seus familiares.

Desse modo, resta evidente que a perspectiva trazida pela jornalista em seu discurso

revela a função midiática de estabelecer uma separação entre "cidadãos de bem" e "criminosos", disseminando na sociedade a necessidade da adoção de medidas extremamente radicais quanto aos problemas relacionados à criminalidade.

Ao referir-se a opinião de Rachel Sheherazade sobre o auxílio reclusão, Roque (2015, p. 31) afirma que:

> De acordo com a formadora de opinião, o auxílio-reclusão é: *assistência social para bandido* (alcunha de "bolsa-bandidagem" e deixa transparecer, erroneamente, que o valor é destinado à pessoa que se encontra presa); um *prêmio do Estado*, pelo qual o "cidadão de bem" fica obrigado a sustentar família de marginal. Assim, a campanha convoca a população a reivindicar a extinção do benefício previdenciário, sob a alegação de que o Estado estaria beneficiando o criminoso em detrimento da vítima.

Nessa perspectiva, buscando atender aos anseios sociais, um projeto de emenda constitucional e diversos projetos de leis foram propostos por nossos representantes na Câmara dos Deputados. Os referidos projetos possuem o objetivo de extinguir benefício previdenciário de auxílio reclusão e criar benefícios sociais que amparem a vítima e seus dependentes.

Desse modo, o Projeto de Emenda Constitucional nº 304 de 2013 propõe a inclusão do inciso VI ao artigo 203 da Constituição Federal, instituindo um benefício mensal revertido em favor da vítima de crime ou de seus dependentes, quando do crime resultar a morte da vítima, alegando que estes ficariam desamparados quando, em razão da prática do delito, houvesse a impossibilidade em exercer a atividade que lhes garantam a subsistência.

Ocorre que destinar o benefício que protege os dependentes do segurado que foram surpreendidos com a reclusão de alguém que garantia a renda familiar em favor da vítima do crime, que não necessariamente deve possuir qualidade de segurado, fere não só o princípio da proteção à família como também os princípios da solidariedade social e da contributividade.

Nesse sentido, importa mencionar a necessidade de que o indivíduo, no momento do recolhimento à prisão, possua qualidade de segurado da previdência social, devendo estar revertendo efetivamente as contribuições sociais ou gozando de seu período de graça, previsto no artigo 15 da Lei nº 8.213 de 1991. Com isso, conclui-se que não se trata de mera liberalidade do Estado, mas sim de um benefício previsto para acobertar determinado risco social, no caso, a reclusão daquele que provém a subsistência de seus dependentes.

É o que defende o relator do projeto de lei nº 5.671 de 2013, Deputado Diego Garcia, ao defender a rejeição dos demais projetos a ele apensados (PL nº 8.313/2014 e PL nº 2.788, 2015):

> A seu turno, contra o argumento de que a família da vítima ficaria desassistida pelo Estado, importa registrar que os dependentes da vítima terão direito a benefícios previdenciários caso a vítima seja segurada da previdência social. Na hipótese de um homicídio, por exemplo, os dependentes da vítima terão direito à pensão por morte, observados os requisitos legais. Além disso, no âmbito da responsabilidade civil, será cabível indenização por danos materiais e morais em ação judicial proposta em face do sujeito que cometeu o crime.

Ainda em consonância com o exposto, Maria Berenice Dias apud Roque (2015) defende, com base no dever do Estado de segurança pública, a instituição de novos benefícios legislativos em face das vítimas de crime. No entanto, julga vingativa a ideia de que para a criação desses benefícios um direito garantido aos dependentes dos segurados lhes sejam retirados.

Por todo o exposto, verifica-se a incisiva influência exercida pela mídia no que concerne ao benefício de auxílio reclusão, destacando a onerosidade imposta "ao cidadão de bem" em prol da garantia devida aos dependentes dos "criminosos". Tal situação, impede, por sua vez, que a sociedade vislumbre o benefício como forma de proteção aos familiares que em nada contribuíram para a prática da conduta delitiva, especialmente, aos filhos dependentes, que já são demasiadamente prejudicados psicologicamente pela ausência dos pais e não podem também permanecerem desamparados materialmente.

2.3 Do "Direito do Menor" ao "Direito da Criança e do Adolescente"

Através da normativa histórica dos direitos infantojuvenis é possível analisar o conjunto de acontecimentos que se fizeram presentes até se alcançar a qualidade de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. As evoluções legislativas verificadas neste contexto são frutos, especialmente, da formação cultural, econômica e social do país, que sofrera fortes influências internacionais a partir dos séculos XIX e XX, justificando, por assim dizer, a perspectiva protecionista adotada em nosso ordenamento jurídico.

Em Roma, a família baseava-se no poder paterno absoluto (*pater familiae*), de tal forma que a ele lhe incumbia o cumprimento dos deveres religiosos, podendo, inclusive, dispor sobre a vida ou morte de sua prole. No dizeres de AMIN (2015, p. 44): "[...] a religião não formava a família, mas ditava suas regras, estabelecia o direito. Juridicamente, a sociedade familiar era uma associação religiosa e não uma associação natural".

A esse respeito, TAVARES (2001, p. 46) assim esclarece:

> O pai tinha o terrível jus *vitae necis* sobre a pessoa do seu filho não emancipado, podendo aliená-lo, e nos tempos mais recuados, até mata-lo. O filho "pertencia" ao *pater*, palavra esta que, segundo alguns romanistas, significava muito mais poder do que paternidade propriamente dita, no sentido atual de relação parental e afetuosa da família.

Na Grécia, por sua vez, a autoridade paterna foi segmentada com o Estado, na medida em que este passou a exercer o poder de decisão sobre manter vivos apenas aqueles saudáveis e que reunissem características condizentes com um guerreiro. Deste modo, crianças eram selecionadas desde cedo pelo porte físico a serem objetos do Estado e a servirem aos seus interesses políticos. (AMIN, 2015)

Em sucessão a esta fase de submissão à autoridade patriarcal, na Idade Média, com a expansão da religião cristã, a severidade no tratamento das crianças afrouxou-se e se deu início a uma fase de reconhecimento de singelos direitos, dentre eles a dignidade para todos os cidadãos, inclusive para os menores, os quais estavam livres dos castigos físicos, mas adstritos aos mandamentos religiosos. De acordo com AMIN (2015, p. 45): "o cristianismo trouxe uma grande contribuição para o início do reconhecimento de direitos para as crianças: defendeu o direito à dignidade para todos, inclusive para os menores".

FONSECA (2015, p. 07) assim esclarece:

> [...] (2) na Idade média, uma suavização do poder quase absoluto do pai, sendo que, no fim da idade Média e no renascimento, aparece uma nova ideia de criança, que se reflete na "destinação progressiva entre o mundo da criança e o mundo dos adultos";
> (3) nos séculos XVI, XVII e XVII começa a despertar o "sentimento de infância", a consciências das particularidades da criança em relação aos adultos; (4) no século XIX a criança trabalha e é explorada pela revolução Industrial, o que fez surgir uma consciência das especificidades da criança e da necessidade de reconhecer-lhes direitos; e (5) no século XX surge a proclamação dos direitos da criança, que se torna "o centro privilegiado de atenção de inúmeras teorias e investigações científicas", tornando-se "sujeitos de direitos" e reconhecidamente "vulneráveis".

Em correspondência ao cenário delineado no plano internacional, no Brasil a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente também teve por base, incialmente, uma política repressiva voltada para a garantia da segurança e desenvolvimento nacional, situação que, embora atenuada no decorrer da história, só fora completamente modificada com o advento da Constituição de 1988 que, ancorada nos ideais dos direitos humanos e na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), inaugurou a Doutrina da Proteção Integral responsável pela mudança de paradigma no campo infantojuvenil.

Deste modo, durante o período colonial, a pouca preocupação, de cunho assistencial e asilar, destinada à infância, em especial àquela considerada pobre e abandonada, era oriunda dos próprios padres jesuítas que aqui se instalaram com a descoberta da colônia, de voluntários caridosos, casa de recolhimento e da adoção da roda dos expostos, corroborando para uma atitude inversamente proporcional a do Estado, o qual manifestava uma inexpressiva atuação. (SOUZA, 2008)

Segundo Andréa Rodrigues Amin (2015, p, 46):

> No século XVIII aumenta a preocupação do Estado com órfãos e expostos, pois era prática comum o abandono de crianças (crianças ilegítimas e filhos de escravos, principalmente) nas portas das igrejas, conventos residências ou mesmo pelas ruas Como solução, importa-se da Europa a Roda dos Expostos, mantidas pelas Santas Casas de Misericórdia.

Foi então na fase imperial que o Estado passou a se preocupar em produzir políticas públicas voltadas para os infratores, menores ou maiores. Em 1830, com a edição do Código Penal do Império, foi adotada a Teoria do Discernimento, segundo a qual os menores de 14 anos eram considerados inimputáveis. Porém, para aqueles que estivessem na faixa etária de 7 a 14 anos e contassem com discernimento para compreensão do ato, poderia ser aplicada a pena de encaminhamento para as casas de correção, podendo lá permanecer até completarem 17 anos. Vale frisar que referidas casas de correção ou instituição disciplinar industrial, dada sua escassez, muitas vezes eram substituídas pelos próprios estabelecimentos prisionais destinados aos adultos. (AMIN, 2015)

Nesse viés, com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o país ansiava por mudanças no cenário social relativo às crianças, de forma que a tênue preocupação com estes indivíduos encontrava fundamento na segurança e proteção da sociedade. Neste período, o pensamento republicano oscilava entre assegurar direitos ou defender-se da infância perigosa e delinquente. De acordo com os dizeres de Irene Rizzini (2015, p. 26):

> Essa visão ambivalente em relação à criança – em perigo versus perigosa – torna-se dominante no contexto das sociedades modernas, crescentemente urbanizadas e industrializadas. No Brasil, ao final do século XIX, identifica-se a criança, filha da pobreza – 'material e moralmente abandona' – como um 'problema social gravíssimo', objeto de uma 'magna causa', a demandar urgente ação. Do referencial jurídico claramente associado ao problema, constroi-se uma categoria específica – a do menor – que divide a infância em duas e passa a simbolizar aquela que é pobre e potencialmente perigosa; abandonada ou 'em perigo de o ser'; pervertida ou 'em perigo de o ser'.

Com efeito, em face da preocupação com a delinquência infantojuvenil, estatuíram- se normas para menores no Brasil, as quais levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, calcada no binômio carência/delinquência e, em 1912, o Deputado João Chaves elaborou um projeto de lei, o qual instituía tribunais e juízes de menores, uma especialização para área infantojuvenil.

Apesar de apresentar graves equívocos no tratamento da questão do menor no Brasil, o Código Mello Matos proporcionou uma abertura na visão legislativa acerca dos problemas infantojuvenis, preparando o cenário brasileiro, de modo que a questão da infância desassistida pudesse ser de alguma maneira enfrentada (PEREIRA, 1996).

Ainda para a autora Tânia Da Silva Pereira (1996) foram fundamentais para a evolução histórica dos direitos da infância e juventude as legislações promulgadas entre o Código de Menores de 1927 e o Código de Menores de 1979. Como destaque, podem ser citados o Decreto-lei 3.779/1941, que instituiu o Serviço de Assistência a Menores – SAM, a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, a qual regulamentou de forma detalhada o trabalho exercido pelo menor, bem como a Lei 4.513 de 1964, que implantou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, que se concretizou no âmbito estadual e municipal através das FEBENS (Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor).

Em relação à atuação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, esclarece AMIN (2015, p. 48):

> A atuação da nova entidade era baseada na Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM)com gestão centralizadora e verticalizada. Nítida a contradição entre o técnico e a prática. Legalmente, a Funabem apresentava uma proposta pedagógico-assistencial progressista. Na prática, era mais um instrumento de controle do regime político autoritário exercido pelos militares. Em nome da segurança nacional, buscava-se reduzir ou anular ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, mesmo se tratando de menores, elevados, naquele momento histórico, à categoria de "problema da segurança nacional".

No ano de 1979, através da Lei 6.697, foi então promulgado o segundo Código de Menores, o qual positivou de forma expressa a Doutrina da Situação Irregular, definindo em seu artigo 2º os indivíduos que seriam enquadrados nesse conceito:

> Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais

> ou responsável para provê-las; Il
> - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Nesse viés, constata-se que a Doutrina da Situação Irregular não se destinava a prevenção, proteção e amparo à criança e ao adolescente, tampouco lhes assegurava direitos especiais, mas sim era restrita, taxativa e limitava-se a cuidar da população infantojuvenil que configurasse a situação de irregularidade nos moldes acima descrito, através da gestão centralizada dos juízes de menores. Para Carmello Junior (2013, p.14): "[...] Concebia-se, pois, um sistema em que era possível ao juiz restringir a liberdade de um adolescente pela singela circunstância de ser pobre ou "privado de condições essenciais de subsistência"".

Denota-se, pelo exposto, que o Código de Menores de 1979 e sua vertente da Doutrina da Situação irregular criam estereótipos para a infância, de modo a estigmatizar aqueles indivíduos que, muitas das vezes, por sua própria baixa condição econômica recaíam no status de situação de risco. Paralelamente a isso, criou-se a judicialização da infância, concebendo o mesmo tratamento, a critério do juiz de menores, àqueles que cometiam ato infracional ou àqueles que eram abandonados por sua família.

Assim sendo, em virtude das grandes manifestações na defesa da criação de novas normas regulamentadoras dos direitos e deveres dos infantes, transparece, na década de 1980, a exaustão da Doutrina da Situação Irregular e da Política Nacional do Bem-Estar do Menor que foram substituídas pela atual Doutrina da Proteção Integral, capaz de abarcar o real significado dos direitos infantojuvenis.

Por este motivo, em acordo com o já esclarecido anteriormente, percebe-se a defasagem do sistema até então adotado pelo Estado, em que o alvo era atingir as consequências dos problemas infantojuvenis e não exatamente suas causas, deixando, deste modo, de trata-los como prioridade e elevando-os à categoria de meros objetos do exercício estatal.

Em virtude disso, esclarece Fonseca (2015) que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988, elaborada sob forte influência dos movimentos "Comissão Criança e Constituinte" e "Fórum Nacional de Defesa de Direitos das

Crianças e dos Adolescentes", veio à tona a denominada Doutrina da Proteção Integral, como dimensão da proteção e efetivação não só dos direitos fundamentais comum a qualquer cidadão e, agora, estendidos para a classe da infância, como também em relação àqueles direitos especiais cuja titularidade é exclusiva de pessoas que se encontram em fase de desenvolvimento.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança pode ser considerada o instrumento que concretizou a Doutrina da Proteção Integral, cuja perspectiva deixou de ver os problemas relacionados às crianças e adolescentes como causa geradora de outros problemas sociais, verificando que os conflitos infantojuvenis eram oriundos da situação desniveladas a que eram submetidos. Corrobora com esse entendimento Maurício Gonçalves Saliba (2006, p.27):

> Os princípios gerais da nova concepção de proteção integral compreendem que não sãoas crianças ou os adolescentes que estão em situação irregular, e sim as condições de vida que estão submetidos. A criança e o adolescente são considerados pessoas em desenvolvimento. Essa condição peculiar coloca aos agentes evolvidos na operacionalização das medidas a eles destinadas a missão de proteger e de garantir o conjunto de direitos e educar, oportunizando a inserção do adolescente na vida social. Sua condição de sujeito de direitos implica necessidade de participação nas decisões de qualquer medida a seu respeito.

Todavia, com a intenção de garantir efetividade à Doutrina da Proteção Integral que, ainda que expressamente prevista na Carta Magna, não esmiuçou de que maneira deveria ser implementada, podendo, com isso, revestir-se tão somente de norma constitucional programática, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – através do qual se cria:

> [...] um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos e abuso, e proteção jurídico social por entidades da sociedade civil. (AMIN, 2015, p. 57)

Isto posto, consoante Roberto Diniz Saut (2007), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através de seus três sistemas de garantias de direitos, configura a operacionalização da Doutrina da Proteção Integral, abrangendo diretrizes constitucionais e rede de garantias, em especial por aplicação do princípio da municipalização, descentralização e participação e controle por todo o corpo social.

Constata-se que o novo ordenamento jurídico conferido aos infantes e adolescentes tem características universais, democráticas e participativa, na medida em que a família, a sociedade e o Estado são partícipes na efetivação dos sistemas de garantias e direitos trazidos com o advento da Doutrina da Proteção Integral.

2.3 A Finalidade Social do Auxílio Reclusão no Direito Infantojuvenil

A Doutrina da Proteção Integral, introduzida em 1988, conforme anteriormente mencionado, desdobra-se em alguns princípios cuja aplicação é de fundamental importância para a concretização dos direitos e garantias fundamentais concedidos às crianças e aos adolescentes. Dentre eles, menciona-se o Princípio da Prioridade Absoluta que, com respaldo constitucional no art. 227 bem como no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, concede aos infanto-adolescentes a prioridade no atendimento dos serviços públicos como também na formulação de políticas públicas e destinação orçamentária (FERREIRA; DA SILVA, 2012).

Nesse diapasão, crianças e adolescentes gozarão de proteção especial voltada a disponibilizar oportunidades e serviços, estabelecidos por lei ou não, que possam lhes garantir um completo desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, assim como lhes assegurarão liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

De acordo com Antonio Cezar Lima da Fonseca (2015, p. 25):

> Na prática como afirma Liberati e Cyrino[71], se na apreciação da motivação da matéria que diga respeito a crianças e adolescentes concluir-se pela necessidade do ato, "deverá este obrigatoriamente ser realizado, porque o conceito de necessidade do ato, nessas condições, traz implícito o conceito de prioridade absoluta; portanto, o que for necessário será prioritário".

Por este motivo, em especial, com respaldo constitucional na prioridade absoluta, é que o Estatuto da Criança e do adolescente, norma infraconstitucional, passou a elencar em seu art. 4º, *in fine,* algumas situações em que a classe infantojuvenil deve receber atenção primária e especial por parte do poder público, afinal se não houvesse a regulamentação ordinária, ainda que com todo a inovação legislativa introduzida pela Constituição Cidadã, esta não passaria de uma bela, mas ineficaz, carta de intenções.

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder

[71] LIBERATI, Wilson Donizetti; CYRINO, Públio Caio Brssa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2. Ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

> público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Acrescenta para a compreensão e dimensão do Princípio da Prioridade Absoluta, os dizeres de Tânia da Silva Pereira (1990, p. 26):

> Priorizar o recém-nascido é, antes de tudo, oferecer assistência pré-natal, saneamento básico, saúde, alimentação, vacinação em massa. Priorizar a criança até 12 anos é dar ensino primário, cultura, lazer, entre outras medidas, além de esporte e assistência médico-odontológica. Priorizar o adolescente, além do já mencionado, abrange o ensino profissionalizante, proteção ao trabalho, assistência familiar e também atendimento ao jovem em situação de risco.

Nesse contexto é que se insere o benefício previdenciário de auxílio reclusão, uma vez que surge como uma medida de proteção à família e/ou dependentes do segurado privado de sua liberdade, por ser uma necessidade de garantia de manutenção de uma vida digna daqueles que em nada contribuíram para a prática do crime, e, que, portanto, não podem ser atingidos pela aplicação da sanção penal, retirando-lhe aquele que era o responsável pelo provento de suas necessidades básicas e vitais (IBRAHIM, 2008).

Ademais, o próprio art. 5º, XLV, da Constituição Federal estabelece que: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

Trata-se do Princípio da Intranscendência ou Pessoalidade, segundo o qual somente poderá ser responsabilizado aquele que praticou o fato considerado típico pela lei, admitindo- se como exceção a possibilidade de obter dos sucessores indenização até o limite do valor a eles transmitido em razão da herança.

Nesse sentido, impedir que o auxílio reclusão cumpra com sua finalidade prevista em lei, qual seja, auxiliar na subsistência da família/ dependentes do segurado recolhido à prisão, configura não só uma ofensa a uma garantia constitucional do preso, como também ao próprio fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, Constituição Federal, tendo em conta que em decorrência dos anseios sociais em prol do enrijecimento do sistema punitivo se deixaria de conceder um

benefício, de natureza substitutiva à renda, aos que se enquadram na qualidade de dependentes do segurado que, conforme o próprio nome já diz, é assim considerado porque contribuiu com o sistema previdenciário.

Em uma análise mais íntima, constata-se que o auxílio reclusão coaduna a atuação do poder público à vontade do legislador constituinte originário que estabelece não só a importância da proteção à família, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, mas também o Princípio da Prioridade Absoluta norteador do direito da infância e juventude (SOUZA, 2008).

Por via reflexa, o que se certifica é que o auxílio reclusão consagra e concretiza a destinação especial dos recursos orçamentários e criação de políticas públicas a que crianças e adolescentes fazem jus prioritariamente, já que ao fornecer aporte para a subsistência da família, contribui para o desenvolvimento adequado daqueles indivíduos que a própria Constituição Federal confere hipossuficiência. Sendo assim, muito além do caráter social de proteção à família e respeito à dignidade da pessoa humana, o benefício propicia a efetivação de direitos fundamentais infantojuvenis consagrados pelo ECA e, em específico, materializa o art. 4º do referido Estatuto que consagra a Prioridade Absoluta, motivos que devem ser destacados em meio ao populismo punitivo que difunde uma ideia oposta ao que o próprio legislador consagrou.

CONCLUSÃO

Com o caminhar da história é possível notar grandes conquistas que alteraram o cenário legislativo brasileiro, especialmente, no que tange os direitos referentes às crianças e adolescentes. Até o início do século XX, quando se constatou a alteração do menor em situação irregular para sujeitos de direito, a atuação estatal não se voltava a fornecer condições dignas e mínimas de sobrevivência para aqueles que eram e são considerados carecedores de maior destinação dos recursos e políticas do Estado. Ainda que existisse uma preocupação oriunda do Estado, esta se limitava a extirpar do seio da sociedade aqueles que cometiam atos atentatórios às suas normas, segregando os infratores do convívio social.

A Constituição Federal de 1988 consolida, pela primeira vez, uma doutrina protecionista, denominada Doutrina da Proteção Integral, que visa conceder às crianças e adolescentes caráter especial de pessoas em desenvolvimento e que, por este motivo, possuem, perante a prestação de serviços estatais, prioridade absoluta, ou seja, são prioridade do poder público não só na formulação e execução de políticas públicas, como também possuem a primazia no atendimento e recursos,

reconhecendo nossa Carta Constitucional, em seu artigo 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos ditos fundamentais.

Tão logo houve estipulação dos direitos infantojuvenis, a legislação estatutária de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – buscou esmiuçar as garantias fundamentais das crianças e adolescentes. É nesse contexto que se insere o benefício previdenciário de auxílio reclusão, também reconhecido pela primeira vez, em nosso ordenamento, com a Constituição Cidadã de 1988 que trata da Seguridade Social, em especial a Previdência Social.

O Direito da Seguridade Social funda-se em dois principais princípios: Princípio da Solidariedade e Princípio da Proteção à Dignidade da Pessoa Humana. Pelo primeiro, os indivíduos da sociedade se ajudam mutuamente, seja pela vontade livre seja pelo desenvolvimento da consciência coletiva. A Dignidade da Pessoa Humana, por sua vez, constitui fundamento da República do Brasil e abrange a proteção do ser humano, como direito fundamental de lhe propiciar não só desenvolvimento completo e saudável, mas também assegurar todos os demais direitos decorrentes de seu nascimento.

Em consonância com os princípios informadores da seguridade social, o auxílio reclusão, que consiste na substituição de renda do segurado privado de sua liberdade com a finalidade de amparar seus dependentes, através de seu caráter social e protecionista vai muito além ao se legitimar através da concretização dos direitos da criança e do adolescente, reconhecendo a atuação estatal no sentido positivo de elaborar políticas públicas que possam assegurar condições dignas de desenvolvimento àqueles que, por suas próprias peculiaridades, necessitam de maior atenção.

Nesse sentido, depreende-se a partir dos depoimentos referente a uma das vertentes expostas no Documentário, analisado nesta pesquisa, o caráter social e a importância do benefício de auxílio reclusão no que tange à proteção destinada aos familiares, em especial aos filhos, que ficam desamparados em razão do recolhimento à prisão do segurado que anteriormente era o responsável pela manutenção do grupo familiar.

Pelo exposto, não só em respeito aos basilares da seguridade social e previdência social, mas também em respeito aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais do legislador que previu atendimento prioritário da infância e juventude, é que o auxílio reclusão se atesta como instrumento do poder público efetivador de direitos e garantias fundamentais em consonância com o Estado Social de Direitos.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. *Evolução História do Direito da Criança e do Adolescente*, 2008. Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal da República*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1830*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 outubro, 2015.

. *Lei nº 8/213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 02 novembro, 2015.

. Projeto de Emenda Constitucional nº 304, de 2013 (da Câmara dos Deputados). Altera o artigo 80 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para ratear o Auxílio-Reclusão aos dependentes de vítima de homicídio. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes Web/fichadetramitacao?idProposicao=578842>. Acesso em 20 de abril, 2016.

_____. Projeto de Lei nº 5.671, de 2013 (da Câmara dos Deputados). Altera o inciso IV do art. 201 e acrescenta o inciso VI ao art. 203 da Constituição Federal, para extinguir o auxílio reclusão e criar benefício para a vítima de crime. Disponível em: <

CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. A proteção jurídica da infância, da adolescência e da juventude. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

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

FERREIRA, Jacqueline Gregório; DA SILVA, João Carlos Carvalho. *Antecedentes históricos da proteção à criança e ao adolescente*, 2012. Bernardi, Renato; De Lazari, Rafael José Nadim (Org.). In: A Intervenção do Estado na Vida da Pessoa: estudos sobre a proteção à criança e ao adolescente. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2012.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. *Direitos da Criança e do Adolescente.* 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário.* 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *A Convenção sobre os direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1900.

RIZZINI, Irene. *O Século Perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil.* São Paulo: Cortez, 2011.

ROQUE, Maria Rosa Franca. *Auxílio-reclusão e PEC 304/2013: querem tirar o benefício de quem sequer o tem.* Revista Liberdades. Edição nº 19 maio/agosto de 2015.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SAUT, Roberto Diniz. *O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias.* Revista Jurídica, Blumenau, n. 21, jan./jun.2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 36. ed. São Paulo: Malheiros Editore LTDA, 2013.

SOUZA, Jadir Cirquiera de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente.* São Paulo: Editora Pillares, 2008.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 4.ed. São Paulo: Saraiva.

VIANNA, Guaracy. *Direito Infanto-Juvenil, teoria, prática e aspectos multidisciplinares.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.