



PROJURIS
ESTUDOS JURÍDICOS

A P R E S E N T A M:

DIREITO E
Cinema
JURÍDICO
EM DEBATE

COORDENADORES

GUSTAVO HENRIQUE PASCHOAL

CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI

NATHAN BARROS OSIPE

RONNY CARVALHO DA SILVA

EDITOR

RENATO BERNARDI

III DIRCIN

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

Anais do III Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate

Gustavo Henrique Paschoal, Celso Jefferson Messias Paganelli, Nathan Barros Osipe &
Ronny Carvalho da Silva
(Coordenadores)

Renato Bernardi
(Editor)

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

Comissão Científica do III DIRCIN

Prof^a. Dr^a. Carla Bertoncini (UENP)
Prof^a. Dr^a. Mércia Miranda Vasconcellos (FANORPI)
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (UNIVEM)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)
Prof. Me. Adriano Aranão (FIO)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito e Cinema Jurídico em Debate / Gustavo Henrique Paschoal, Celso Jefferson Messias Paganelli, Nathan Barros Osipe & Ronny Carvalho da Silva, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2017. (Anais do III Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-50-0

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

A CELA 211 E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL OBJETIVA DO ESTADO.....	6
Anderson Henrique Gueniat da SILVA	
A LUTA PELA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA EM “O PROCESSO”, DE ORSON WELLES, E O REAL ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.....	20
Gabriel Moraes Rolim dos SANTOS	
A REINSERÇÃO SOCIAL DO PRESO MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA EM UMA ANALOGIA À SÉRIE <i>SONS OF ANARCHY</i>.....	35
Djeison TABISZ	
A VIDA DE DAVID GALE: O SENHOR DE DIREITOS POR TRÁS DA ROTULAÇÃO MIDIÁTICA.....	49
Brenda Caroline Querino SILVA	
AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: UMA LEITURA A PARTIR DO FILME SEPARATE BUT EQUAL.....	67
Alessandro GALLETTI Ricardo Vilarção Ferreira PINTO	
ANÁLISE CRÍTICA DA INQUISIÇÃO E SUA HISTÓRIA- “O NOME DA ROSA”	84
Lucas Rocha BRAGATO Felipe Cesar SAMOGIM	
ANALISE DO FILME “DOZE HOMENS E UM SENTENÇA.”.....	97
Bianca Boni MAGOSSE Liara Pires Barcelos Do NASCIMENTO	
ANÁLISE DO TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA E SUA UTILIZAÇÃO NO JULGAMENTO DO “MASSACRE DO CARANDIRU”.....	109
Natália Araújo RODRIGUES Daniele ABE	
BIOÉTICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME UMA PROVA DE AMOR.....	127
Ricardo Pinha ALONSO Kelly Aparecida PARIZI	
CARANDIRU E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A OMISSÃO DO ESTADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	141
Everton Ribeiro de ARAÚJO	

Raquel Pessoni TINONIN

“CONSPIRAÇÃO AMERICANA”: ANÁLISE DO JULGAMENTO FRENTE AO DESRESPEITO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS.....154

Josiane de Souza GERALDO

ESTADO DE EXCEÇÃO, HOMO SACER E A PONTE DOS ESPIÕES: O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO NEGAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE PESSOA.....167

Gustavo Tavares GUEDES

Pedro Augusto de Souza BRAMBILLA

GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....183

Mariana Vargas FOGAÇA

Marcos Vargas FOGAÇA

O ADVOGADO (E DEMAIS PROFISSIONAIS JURÍDICOS) DO DIABO E A COOPERAÇÃO PROCESSUAL.....198

Bruno BALDINOTI

Hugo Rafael Pires dos SANTOS

O DIREITO A EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE IGUALITÁRIA.....214

Lívia Komono TOJEIRO

O FILME A PONTE DOS ESPIÕES E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....225

Thalis Rodrigues SALMAZO

PHILADELPHIA: DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO COMO CAUSA DE DEMISSÃO EM RELAÇÃO DE EMPREGO.....237

Paulo Mazzante de PAULA

Gabriella C. ALVES

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AO SUÍCIDO SOB A ANÁLISE DA SÉRIE “13 REASONS WHY”250

Victor Hugo Mergel SCATOLIN

SHAKESPEARE E DIREITO: ANÁLISE CRÍTICA DO FILME O MERCADOR DE VENEZA E O DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO.....268

Luan de Oliveira ANTUNES

Daniela Ferreira Dias BATISTA

**SHREK PARA SEMPRE. UMA POSSÍVEL BUSCA PARA JUSTIÇA CONTRATUAL:
BOA-FÉ E LESÃO.....284**

Sandra Tamiko NAKAI
Rafael Silva FELIX

**TEMPO DE JUSTIÇA: ENTRE FEMINISMOS E A CONSTRUÇÃO DE UM
SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL.....299**

Débora Garcia DUARTE
Luiz Fernando KAZMIERCZAK

**TEMPOS MODERNOS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO E A
DEGRADAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS.....311**

Carlos Henrique BOLETTI
Bruna Paiva CECCONI

A CELA 211 E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

Anderson Henrique Gueniat da SILVA¹

RESUMO

Este presente artigo, visa analisar o filme a “Cela 211”, como o Estado é responsável pelos seus custodiados, não sendo necessário a comprovação de sua culpa, pois esta é de caráter objetiva. A história central do filme é o advento do tumulto ocorrido em uma penitenciária, onde o Malamadre, que é o líder dos custodiados, se alia com Juan, um agente penitenciário, que vai até ao novo trabalho, um dia antes, para conhecer o funcionamento da rotina do presídio, mas sofre um acidente, e os outros agentes o levam desmaiados até a cela 211, que estava vazia, mas fogem, pois neste exato momento inicia o motim dos reclusos.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade Objetiva. Rebelião. Companheirismo.

ABSTRACT

This article has intention to analyze the movie "Cell 211" and demonstrate as the state is responsible for your persons in custody, not being necessary to prove their guilt, because it's of an objective character. The history main of the film is the advent of a riot in a penitentiary, where Malamadre, who is the leader of the people in custody, joins with Juan, a prison guard, who goes to the new job in the day before, to know the operation and the routine of the prison, but he suffers an accident and the other agents carry him to the cell #211, which was empty, but they flee, because in this exactly moment the tumult of the inmates begins.

KEY WORDS: Objective Responsibility. Rebellion. Fellowship.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo é um estudo quanto à responsabilidade civil objetiva do Estado, contra os custodiados e seus agentes que deveriam manter a segurança da penitenciária, que estão encarcerados em cadeias e penitenciárias públicas. Utilizando como base de estudo o filme Espanhol “Cela 211” de 2009, dirigido por Daniel Monzón, baseado no romance homônimo do jornalista Francisco Pérez Gandul (Celda 211, 2004), que recebeu o prêmio Goya, que é considerado como o “Oscar” Espanhol.

O objetivo geral foi analisar a responsabilidade objetiva do estado quanto aos seus custodiados, pois não há o que se falar em culpa, pois conforme a Constituição Federal de 1988, é clara quanto a responsabilidade pelos seus agentes. O objetivo específico foi analisar bibliografias e as legislações pertinentes a respeito do tema proposto, pois o país é signatário de convenção específica, quanto a não tortura, aos seus cidadãos.

Por fim a justificativa da confecção deste presente trabalho, foi analisar, na

¹ Possui graduação em Filosofia pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2012). Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (2017) Atualmente é Servidor Efetivo da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

constituição e nas leis esparsas e nas cortes internacionais a respeito dos direitos humanos e a sua devida efetivação no ordenamento jurídico pátrio, pois este ano de 2017, teve um julgado de repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal, quanto a indenização dos custodiados, que são de responsabilidade do Estado Brasileiro.

A CELA 211 E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

O filme inicia quando o Juan Oliver é contratado para ser um agente prisional. Um dia antes, vai até a prisão para conhecer o prédio, quando recebe algumas dicas dos agentes Armando e Germán e constata que o prédio está em más condições. Ao passar pelas celas, mais precisamente pela cela 211, é atingido na cabeça por um objeto que cai do teto, os agentes que o acompanhavam colocam-no na cela 211 para se recuperar, pois Juan estava desmaiado. Neste ínterim, ocorre uma rebelião entre os presos.

Os agentes Armando e Germán fogem para salvar as suas vidas, deixando Juan a sua própria sorte. Neste trecho pode ser verificada a falha do estado que mantém seus custodiados em situações degradantes, pois o prédio em questão é antigo e encontra-se sem as devidas manutenções mínimas, necessárias para manter a segurança dos custodiados e dos agentes estatais.

Outra observação pode ser feita acerca de que os agentes Armando e Germán deixaram Juan desmaiado em uma cela, desamparado e desprotegido em virtude da queda de um objeto em sua cabeça. Demonstrando a total falta de preparo dos agentes, pela tamanha atitude, contra um dos seus, mesmo que este só iniciaria a sua função como agente no dia seguinte. Como pode ser visto houve uma omissão dos agentes por gerando um dano a Juan, conforme o artigo 5, inciso V e X, respectivamente, que garantem que “é assegurado o direito de resposta, proporcional, ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e 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” (BRASIL, 1988).

Portanto a vida privada deve sim ser ressarcida, por conta da violação do direito de Juan, como pode ser visto no artigo 186 "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002), com isto o estado sim, deve realizar a indenização, pelo ato ilícito que contrariou o ordenamento jurídico. Também pode ser encontrado este fato violador nos artigos 187 e 927 do Código Civil, respectivamente:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede

manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Como pode ser visto se o ato do agente, for por ação ou omissão, não lhe retira a culpa, pois a vítima, que sofreu os danos gerados pelo agente, tem o direito de ser reparados, com este entendimento a doutrinadora Maria Helena Diniz, tratando da existência de elementos a respeito de ação, quanto os atos ilícitos:

Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber:

- a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco;
- b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima;
- c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

(DINIZ, Maria. 2005, p. 42)

Com isto exposto, fica claro que ocorreu uma ação comissiva, com culpa dos agentes estatais, gerando um dano, pois Juan ficou na cela 211, durante o motim, concluindo assim um fato gerador de responsabilidade por parte do estado. O Juan é acordado e se vê no meio de um motim, por necessidade de sobrevivência, finge ser novo custodiado, por ter cometido um assassinato de primeiro grau, precisando cumprir a sua pena, no total de 19 anos, o Releches o leva para o líder, chamado Malamadre, que de início desconfia da sua história contada, pois a cela 211, estava vazia, não tinha recebido a informação de que haveria transferência naquele dia, mas observa Juan, e o vê como um bom aliado.

O Malamadre sabe que não pode confiar em ninguém, mas como Juan é novato na penitenciária, talvez possa ser mais confiável do que os seus atuais aliados, como o Tachuela e o Apache, pois quanto mais tempo o custodiado passa trancafiado, mais provável de ser corrompido pelos outros, sejam estes os agentes estatais ou outros custodiados. Malamadre acaba apelidando Juan de "Cuecas", pois o mesmo foi obrigado a retirar a sua roupa, mas neste dia, em específico, não estava usando cueca, por este motivo, foi lhe dado esta alcunha.

Com pode ser observado, é concebido a efetivação do ressarcimento, através de indenização por danos morais e materiais, por parte do estado, perante os cidadãos que estão sob a sua custódia, confinados nas penitenciárias, portanto Juan, ao fato de ter que tirar as suas roupas, num momento de constrangimento, recebendo apelido pelo fato ocorrido, cabe danos morais, pelo ato que foi obrigado a realizar, por questão de sobrevivência.

Situação a qual, perante o artigo 5, inciso XLIX da Constituição Federal “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988), é assegurado, portanto, ao custodiado, a não ser punido por penas degradantes e cruéis, nem receber tortura por agentes estatais, que lá estão para manter a sua segurança física e psicológica, mas se receber o estado é responsabilizado por estes agentes, como pode ser visto na Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que enxertou o artigo 37, §6 da CF:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Com pode ser visto, a responsabilidade estatal para com os seus agentes que denigrem a dignidade da pessoa humana de seus custodiados, por isto estes que sofrerem tal constrangimento, deverão ser ressarcidos, se não este, em caso de morte, mas sim a sua família que o aguardava cumprir a sua pena, pelo seu deslize, perante a sociedade, que necessitava de uma contrapartida na punição pelos seus atos.

Com isto exposto, a amizade entre Juan e Malamadre foi aumentando e o protagonista comentou que tinha uma esposa, chamada Elena, que estava esperando um filho, o que de fato sensibilizou Malamadre, neste momento Juan, que desconhecia os interesses da rebelião, fica sabendo que custodiados, mantém como reféns os importantes presos políticos do ETA².

Como pode ser visto que o livro, produzido, que foi utilizado pelo diretor, para a confecção do filme, tem como fundo o grupo terrorista ETA, que no seu período pós a segunda metade do século XX, aterrorizou a Espanha e a França, com os seus ataques, para promoverem a sua libertação e independência. Por isto que os reféns do grupo terrorista, era muito importante, pois era a segurança que os custodiados da penitenciária, teriam para garantirem a sua integridade física, contra as autoridades.

No filme é mostrado que o próprio ministro do interior, visita a penitenciária, para garantir que todas os pedidos dos custodiados, fossem cumpridas, pois de fato o governo espanhol, estava receoso com o contra-ataque do grupo terrorista, se estes integrantes fossem mortos na rebelião da penitenciária.

2 O ETA (Pátria Basca e Liberdade) foi criado em 1959 com o objetivo de tornar a região basca (norte da Espanha e sudoeste da França) um Estado independente. O movimento de guerrilha tem o apoio do partido Herri Batasuna, o segundo maior da região basca, e representantes no parlamento. (UOL. 2004)

Como pode ser encontrado no artigo 1º e 2º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante, que o Brasil é signatário, que foi anexado na legislação infraconstitucional, como forma de Decreto Lei nº 40, que trata o seguinte:

- 1) Para os fins desta Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.
- 2) Cada Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza com o intuito de impedir atos de tortura no território sob a sua jurisdição.

Nenhuma circunstância excepcional, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para a tortura. (BRASIL,1991)

Uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para a tortura, com isto além da referida convenção que o Brasil é signatário, foi incluso na legislação infraconstitucional, no ano de 1997 a lei nº 9.455, que em seu artigo 1º dispõe o que constitui o crime de tortura:

I - Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. (BRASIL, 1997)

Como pode ser analisado no referido artigo o estado signatário é responsável, pelos atos de seus agentes, por isso a preocupação maior, é a integridade dos terroristas do ETA, pois a repercussão nacional e internacional, do grupo que estão em outras penitenciárias ou nas ruas, poderiam criar um caos generalizado e os custodiados Malamadre e os demais, sabiam disso, por isso utilizavam-se deles, para que seus pedidos fossem aceitos e cumpridos, como numa passagem, eles comem uma comida mais refinada, para os padrões da normalidade das penitenciárias.

O Malamadre, como líder do motim, deu ordens aos diretores da penitenciária que o Juan conversasse com a sua esposa, mas a sua esposa Elena, fica sabendo, que está ocorrendo uma rebelião na penitenciária, mesmo grávida, decide, ir pessoalmente, onde encontra outros familiares, que estão na mesma agonia, por não ter respostas, quanto a situação que se

encontra as negociações e a invasão que é iminente, portanto os familiares forçam a entrada e entram em conflito com a polícia, onde a TV da penitenciária está sendo transmitida, os presos se revoltam, até que o agente Utrilla, que tortura os condenados quando está em horário de trabalho, agride Elena, na confusão, fazendo com que ela, vá para o hospital, onde perde o filho e a própria vida.

Como é narrado a vida de Elena e de seu filho, que ainda iria nascer, é drenada por um ato exagerado de um agente estatal para coibir o avanço dos familiares contra a penitenciária, pois estes não estava obtendo retorno estatal, de informações a respeito da rebelião que estava ocorrendo a horas, portanto o estado mesmo sabendo que de fato embate iria ocorrer, nada fez para minimizar tal ocorrência.

Como descrito no artigo 2 da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante, fica claro que nenhuma circunstância excepcional, poderá ser invocada para justificar a tortura, mesmo que seja uma ordem de superior ou de uma autoridade pública, como no caso do agente Utrilla, recebeu ordens superiores, o mesmo passou a agredir de forma exagerada, ocorrendo, portanto, a morte do filho e de Elena, esposa do protagonista.

Malamadre, consegue que Utrilla entre dentro da penitenciária, onde é cercado pelos demais presos e por Juan, pressionado pelo meio no qual agora está inserido, retira sua vida, como forma de se vingar pela morte de sua esposa e de seu filho, mas também, para mostrar que pertence ao grupo, pois os mesmos o acusaram de não conseguir assassiná-lo e consequentemente a sua mentira inicial, para sobreviver, de que fora transferido, para a penitenciária, para cumprir a pena de 19 anos, por homicídio, seria portanto, desmascarado, podendo provocar a sua morte, mas também, a sua ação, de assassinar um agente estatal, provocou a sua sentença de morte, de qualquer forma Juan, já estava morto.

Com a ocorrência de morte do custodiado, este é entendimento o STF no Agravo de Instrumento 706025/RR, tendo como relator o Ministro Joaquim Barbosa, decidiu:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em caso de morte de detento sob custódia do estado, é devida a condenação imposta. A responsabilidade de reparar os danos decorre da violação do dever de guarda, dado que o estado não teria tomado todas as medidas necessárias para impedir o homicídio. Nesse sentido, confirmam-se: “Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 272.839, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 08.04.2005) “Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral

comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença.” (RE 215.981, rel. min. Néri da Silveira, DJ 31.05.2002) Dessa orientação não divergiu a decisão recorrida. Quanto à discussão acerca da suposta exorbitância do quantum indenizatório fixado, verifico que o acórdão recorrido decidiu em conformidade com a prova produzida nos autos, não cabendo a este Tribunal o reexame de fatos e provas para julgar em sentido contrário ao que foi decidido pela Corte de origem, conforme preconiza a Súmula 279. Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. Publique-se. Brasília, 13 de abril de 2012. Ministro Joaquim Barbosa Relator (BRASIL, 2012)

A Responsabilidade do Estado, que deve responder objetivamente, por omissão, pois ocorreu a morte de um custodiado, mesmo que a morte tenha sido praticada por um terceiro, não elimina a responsabilidade de indenizar do estado, pois o mesmo não cumpriu o seu papel de tutela dos custodiados. O Supremo Tribunal Federal do Brasil, no dia 16 de fevereiro de 2017, entendeu que o preso submetido a situações degradantes, superlotação, tem o direito de receber indenização de danos morais do estado, com base no Recurso Extraordinário (RE) 580252, com a repercussão geral reconhecida, fixou a indenização em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para o condenado. Decisão a qual o falecido relator Teori Zavascki, decidiu pelo provimento do recurso, constando a jurisprudência do STF, que reconhece a responsabilidade do estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia, isto pode ser visto com o voto e a tesa do relator:

Voto-vista

O julgamento foi retomado hoje com voto-vista da ministra Rosa Weber, que mesmo apoiando a proposta sugerida pelo ministro Luís Roberto Barroso, viu com ressalvas a ampliação das hipóteses de remição da pena, e temeu a criação de um salvo-conduto para a manutenção das condições degradantes no sistema prisional. “Estariam as políticas públicas a perder duas vezes: as relativas aos presídios, em condições mais indesejadas, e as referentes à segurança pública, prejudicada pela soltura antecipada de condenados”, afirmou. Também na sessão desta quinta-feira, votaram nesse sentido o ministro Dias Toffoli e a presidente, ministra Cármen Lúcia. O voto do ministro Edson Fachin adotou a indenização pedida pela Defensoria. Ele fez ressalvas a se criar judicialmente uma nova hipótese de remição de pena não prevista em lei. Adotou linha da indenização pecuniária de um salário mínimo por mês de detenção em condições degradantes. Citando as más condições do sistema prisional brasileiro – e do caso concreto – o ministro Marco Aurélio considerou “módica” a quantia de R\$ 2 mil, acolhendo também o pedido da Defensoria.

A posição de Luís Roberto Barroso foi seguida hoje pelo voto do ministro Luiz Fux, o qual mencionou a presença da previsão da remição em proposta para a nova Lei de Execução Penal (LEP). Para ele, se a população carcerária em geral propor ações de indenização ao Estado, criará ônus excessivo sem resolver necessariamente a situação dos detentos. “A fixação de valores não será a solução mais eficiente e menos onerosa. Ela, será, a meu modo de ver, a mais onerosa e menos eficiente”, afirmou.

Na mesma linha, o decano do Tribunal, ministro Celso de Mello, ressaltou a necessidade de se sanar a omissão do Estado na esfera prisional, na qual subtrai ao apenado o direito a um tratamento penitenciário digno. Ele concordou com a

proposta feita pelo ministro Luís Roberto Barroso, destacando o entendimento de que a entrega de uma indenização em dinheiro confere resposta pouco efetiva aos danos morais sofridos pelos detentos, e drena recursos escassos que poderiam ser aplicados no encarceramento.

Tese

O Plenário aprovou também a seguinte tese, para fim de repercussão geral, mencionando o dispositivo da Constituição Federal que prevê a reparação de danos pelo Estado: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. (BRASIL, 2017)

Como pode ser visto no entendimento do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que o estado é sim responsável por seus custodiados, devendo ressarcir os danos causados, por seus agentes ou por outros custodiados, com isto a família do agente estatal Utrilla, por mais que este tenha praticado tortura, também merece indenização do estado, por este mesmo estado ter sido duplamente falho, uma pela omissão dos responsáveis pela penitenciária e ter permitido as ações repugnantes deste perante os custodiados.

E ter posto a sua vida em risco, por permitir, sem a mínima segurança, adentrar na penitenciária e perder a sua vida, que por situação, foi outro agente estatal, que neste caso é o protagonista Juan, que apenas seguiu seus instintos para sobreviver neste ambiente hostil que se encontra, haja vista que Utrilla, extrapolou suas ações, provocando a morte de sua esposa e filho.

Com o desenrolar da Cella 211, o protagonista, faz novas exigências, já situando em sua mente que de fato é um condenado, ainda mais pela morte provocada pela sua fúria, para buscar a vingança, como forma de controlar, o motim de dentro para fora. Para evitar desgaste do estado o diretor da penitenciária entra em contato via rádio com o Malamadre, entregando o dossiê, como prova de que o Juan, não é um custodiado como ele, mas sim um agente público, que iniciaria as suas atividades ao dia seguinte da rebelião. Malamadre, mesmo não acreditando na situação, vai conversar com Juan, para que o mesmo se explique, então ele de fato confirma a história. Neste momento, o grupo contrário a Malamadre, inicia uma carnificina, os custodiados entram em conflito seguindo ordens da direção do presídio. Durante o conflito, Malamadre é atingido e ferido gravemente. Juan é assassinado.

Como pode ser visto neste trecho do filme, onde os custodiados, entram em conflito, a mando da direção da penitenciária, o estado tem o dever de zelar pela segurança nos presídios e entorno deste, mas não é bem isto que pôde ser observado, pois a própria direção que promove a execução em massa dos custodiados. Com esta análise, mas sob a luz do doutrinador Alexandre Mazza, a respeito da responsabilidade do estado:

Entende que nas vinculações diferenciadas, a responsabilidade do Estado é mais acentuada do que nas relações de sujeição geral, à medida que o ente público tem o dever de garantir a integridade das pessoas e bens custodiados. Por isso, a responsabilidade estatal é objetiva, inclusive quanto a atos de terceiros. Os exemplos mais comuns são: o preso morto na cadeia por outro detento; a criança vítima de briga dentro de escola pública; bens privados danificados em galpão da Receita Federal. (Mazza, Alexandre, apud Bezerra, Eduardo, 2015).

Como pode ser visto o conceituado Alexandre Mazza, expõe, que o estado deve garantir a integridade física, mas principalmente a integridade psicológica das pessoas e custodiados, os exemplos mais comuns são a morte de um preso, por outro detento, que no caso do filme Cela 211, ocorreu ao fim, com a rebelião, projetada pelo próprio diretor, para dar fim no protagonista Juan, pela repercussão da morte de Utrilla e o poder e influência deste, perante aos outros custodiados.

Portanto a responsabilidade estatal é extensiva aos seus agentes estatais, tanto no código ou na doutrina, não há o que ser discutido, nem a extensão de sua culpa, pois não é subjetiva, mas sim objetiva, como pode ser entendido no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido pelo Ministro Sergio Kukina:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE TERIA SIDO INTERPRETADO DE MODO DIVERGENTE PELOS ARESTOS CONFRONTADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. IMPROVIMENTO.

1. No tocante à alegada ausência de culpa pelo evento danoso, "a jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de morte de preso custodiado em unidade prisional" (AgRg no AREsp 346.952/PE, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23/10/2013). Precedentes.

2. Na interposição do recurso especial com base na alínea c do permissivo constitucional é imperiosa a indicação do dispositivo federal sobre o qual recai a suposta divergência jurisprudencial, o que não ocorreu no caso em tela. Assim, não pode ser conhecido o presente recurso especial, nos termos da Súmula 284/STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 615.381/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014) (BRASIL, 2014)

Como pode ser visto, no acórdão supracitado é que o estado tem o dever de dar segurança, pois é sua responsabilidade de caráter objetivo, em manter os seus custodiados com vida, pois qualquer fato negativo que vier a ocorrer com os seus tutelados, estes devem ser ressarcidos, pela falha estatal, ou de sua fiscalização, perante aos seus agentes estatais, por isto no caso de Juan e aos demais envolvidos no motim, que foram mortos, merecem ser indenizados, no caso a suas famílias, para suprir a falta de seus entes.

E na parte do filme, somos surpreendidos, ou não, onde os agentes estatais, que trabalham na penitenciária, nenhum deles, assumiu a culpa a responsabilidade, pela vida de Juan, pois o mesmo foi abandonado, momentos antes do início do motim planejado pelos

custodiados, por isto a sua vida e de sua esposa e filho, foram relegados pelo sistema, assim como a vida dos outros custodiados, que foram mortos pelo próprio sistema, como forma de controle e por não ampliação de vagas no sistema prisional.

Como todo isto exposto, na realidade brasileira, como em outros países a situação prisional é muito precária, contudo pode ser visto no julgamento do STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, que peticionado pelo Partido Político, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o partido pedia o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais dos custodiados, nos presídios brasileiros, que fosse determinada alguma providencias no tratamento a respeito da questão prisional no país, como pode ser analisado abaixo o caso:

Após o voto do relator da ação, ministro Marco Aurélio, concedendo parcialmente a cautelar, o julgamento foi suspenso.

O relator votou no sentido de determinar aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade; que passem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão. À União, o relator determina que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

PSOL

Da tribuna, o advogado do partido ressaltou que em nenhum outro campo a distância entre “as promessas generosas da Constituição e a realidade é maior, é mais abissal”, do que no que se refere ao sistema prisional. “Não há, talvez, desde a abolição da escravidão, maior violação de direitos humanos no solo nacional”, afirmou. “Trata-se da mais grave afronta à Constituição que tem lugar atualmente no país”.

O representante da legenda argumentou que o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), criado pela Lei Complementar 79/1994, e que reúne recursos destinados à melhoria do sistema carcerário, é sistematicamente contingenciado pelo Poder Executivo. “Há dinheiro, há recursos que não são gastos. Hoje há R\$ 2,2 bilhões disponíveis no Funpen”, destacou.

AGU

Também em manifestação no Plenário, o advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, afirmou não é o contingenciamento de recursos que impede a execução e realização de projetos, mas a má aplicação da legislação pelos estados, desistências e incapacidades de execução.

Para o AGU, a resolução da crise do sistema carcerário exige ações que já estão sendo adotadas por todos os Poderes do Estado, inclusive pelo Judiciário, em matérias já decididas e a serem ainda analisadas. “Falta entendimento entre os Três Poderes”, ressaltou. “Precisamos buscar um diálogo nacional que passe pelos Três Poderes e pelos estados de forma ativa”.

PGR

Em nome do Ministério Público Federal, a vice-procuradora-geral da República, Ela Wiecko, declarou que, embora reconheça a importância dos pedidos e do tema tratado na ADPF, as medidas cautelares pleiteadas são muito “abrangentes e generalizadas”.

Segundo a vice-procuradora, o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária

exige o cumprimento de regras no sistema prisional nacional que não são observadas pelos estados. “Simplesmente descontingenciar, deixar uma liberdade total para os estados, significa abrir a porta para o descomprometimento com a obediência a essas normas e tornar esse estado de coisas ainda mais inconstitucional”, afirmou.

Voto do relator

O ministro Marco Aurélio observou que o tema do sistema prisional está na “ordem do dia” do Tribunal, e tem sido matéria de várias ações, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5170, que discute direito de indenização de presos por danos morais, o RE 592581, que discute a possibilidade de o Judiciário obrigar os estados e a União a realizar obras em presídios, e a ADI 5356, sobre a inconstitucionalidade de norma que estabelece o bloqueio de sinal de rádio e comunicação em área prisional.

De acordo com o ministro, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos. “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Diante disso, segundo o relator, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”, afirmou.

Nesse contexto, o ministro declara que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecidas dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”, disse.

Para o ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. “A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”, afirmou. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. “Falta coordenação institucional”.

Papel do Supremo

Para o ministro, o papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”. (BRASIL, 2015b)

Como pode ser visto no julgamento da ADPF 347, que por sinal, foi julgada parcialmente, pelo ministro relator Marco Aurélio, que a superlotação dos presídios, pode ser a origem de todos os males, pois a população carcerária do Brasil é a 3ª do Mundo, estando os custodiados sujeitos a torturas, homicídios, violência sexual, celas insalubres, como falta de água potável, comida infectada e ou doenças infectocontagiosas, havendo discriminações

sociais, raciais, orientações sexuais como gênero.

Portanto, como afirmativa do ministro, deve ser reconhecida que houve falência do sistema. Ferindo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que o Brasil é signatário, assim como a Convenção contra a Tortura, além da lei infraconstitucional que é a Lei de Execução Penal.

O ministro entende que se ocorrer a violação aos direitos fundamentais como já citado, a ressocialização não será atingida, como de fato deveria ocorrer, pois ao sair do local de custódia, o indivíduo, gerará insegurança social e aumentará a criminalidade, portanto a responsabilidade não é apenas da união em garantir os direitos humanos e fundamentais, mas sim, de todos os entes federativos e os três poderes, faltando, portanto, uma coordenação institucional.

O ministro garante que o papel do tribunal (STF) é retirar e monitorar as políticas públicas de sua letargia, provocando a sua efetivação, até conseguir cumprir com sucesso as providências pedidas, promovendo desta forma a supremacia judicial e ao mesmo tempo a integração institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filme, mostra como somos parecidos, seja fora ou dentro das penitenciárias. O conceito de bem e mal é muito bem construído, pois um inocente, sobre a influência do meio no qual está inserido, com o apoio dos demais, agiu desta forma, mas se de fato o local fosse outro? Onde o mesmo poderia pensar muito mais a respeito, é possível que o homicídio que cometeu, não teria acontecido.

Com temas concomitantes, onde nos é apresentado a violência desproporcional, ou mesmo a covardia, pois nenhum agente estatal, teve a coragem de assumir as suas responsabilidades e culpa, pelo ocorrido com Juan Oliver, pois o mesmo foi abandonado no momento do motim na cela 211, mostra-se claramente a corrupção intrínseca e sistêmica dos sistemas prisionais e mais agravante o abuso de autoridade.

Por isto, que este presente artigo, visou o estudo quanto à responsabilidade civil objetiva do estado, em favor de seus custodiados, contra terceiros e o próprio agente estatal, que deveria estar zelando pela segurança de seus custodiados, tudo isso com o pano de fundo do filme a "Cela 211", com o objetivo geral de analisar como a CF trata a respeito do tema, com o objetivo específico de analisar as bibliografias e as legislações nacionais e a convenção internacional, que o Brasil é signatário, que trata a respeito da tortura, contra os seus cidadãos.

Por fim a justificativa foi alcançada, pois sempre devemos partir do princípio da

dignidade da pessoa humana, para respondermos, a situações degradantes que são as penitenciárias, tanto no Brasil, quanto na Espanha, onde o filme foi realizado ou outro país mais próximo do Brasil, culturalmente.

Mas de fato é um avanço e tanto, quanto, o julgamento do STF de repercussão geral, pois permitiu que os custodiados, sejam indenizados pelo estado brasileiro, pois não é pelo fato, de realizarem um ato ilícito, que deveram cumprir a pena, num ambiente hostil, degradante e com mecanismos de tortura, seja esta física ou psicológica.

REFERÊNCIA

CELDA 211. Espanha, 2009. Direção: Daniel Monzón. Elenco: Luis Tosar, Alberto Amman, Antonio Resines, Manuel Marón, Marta Etura, Carlos Bardem. Duração: 103 min.

GANDUL, Francisco Pérez. Ed. 2004. **Celda 211.** Lengua de Trapo. Espanha.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Código Civil.** Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Promulgado em 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm> Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Define os Crimes de Tortura e dá Outras Providências.** Lei nº 9455 de 07 de abril de 1997. Legislação Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm> Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Agravo de Instrumento 706025 RR.** 2012. Supremo Tribunal Federal. Legislação Federal. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21530520/agravo-de-instrumento-ai-706025-rr-stf>> Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Agravo em Recurso Especial 615.381.** 2014. Supremo Tribunal Federal. Legislação Federal. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180121057/re-nos-edcl-no-agrg-no-agravo-em-recurso-especial-re-nos-edcl-no-agrg-no-aresp-615381-pe-2014-0297545-2?ref=juris-tabs#!>> Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.** 2015. Supremo Tribunal Federal. Legislação Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em:

22 de abril de 2017.

BRASIL. **Recurso Extraordinário 580252**. 2017. Supremo Tribunal Federal. Legislação Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>> Acesso em: 22 de abril de 2017.

BEZERRA, Eduardo. **O preso Encarcerado e a Responsabilidade do Estado**. 2015. Disponível em: <<https://eduardo21habib.jusbrasil.com.br/artigos/203291607/o-preso-encarcerado-e-a-responsabilidade-do-estado>> Acesso em: 22 de abril de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

UOL. **ETA: Grupo separatista luta pela independência do País Basco**. 2004. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/eta-grupo-separatista-luta-pela-independencia-do-pais-basco.htm>> Acesso em: 22 de abril de 2017.

A LUTA PELA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA EM “O PROCESSO”, DE ORSON WELLES, E O REAL ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Gabriel Moraes Rolim dos SANTOS

RESUMO

De um lado, Josef K., protagonista principal do filme “O Processo”, dirigido por Orson Welles, busca todas as formas possíveis de encontrar os motivos, de buscar efetivos acessos, e de ter, ao menos, mínimas informações do processo responsável por sua prisão, por sua agonia constante e cruel. De outro, a população brasileira busca melhores condições de acesso ao judiciário, maiores informações acerca de seus reais direitos, de como e quando proceder, e a quem recorrer. Provenientes e consequentes do convívio em sociedade, as leis regulam as relações dos indivíduos e com a participação do Estado elas se efetivam. Previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o direito de ação promove a tutela jurisdicional e, portanto, assegura a todos a proteção dos seus bens jurídicos. Neste contexto, além dos conflitos de interesses, surgem também os problemas advindos do próprio sistema judiciário, quais sejam, os procedimentos burocráticos, a morosidade, o formalismo, a falta de instrução jurídica, os altos custos e uma série de outros fatores que, além de dificultarem a aplicação da lei no caso concreto, prejudicam a população e colaboram para uma situação de ineficácia jurídica. Diante do exposto, é importante ressaltar que surgem reformas em todos os planos que compõe a máquina judiciária, principalmente no que tange à restauração das questões jurídicas, legislativas e processuais, bem como a reestruturação das bases sociais e educacionais da população.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. O Processo. Sistema judiciário.

ABSTRACT

On the one hand, Josef K., main protagonist of the film "The Process" directed by Orson Welles, looks for all possible ways to find the reasons, to seek effective access, and to have at least minimal information of the process responsible for his Imprisonment, and his constant and cruel agony. On the other hand, the Brazilian population seeks better access to the judiciary, more information about their real rights, how and when to proceed, and whom to turn to. Coming and consequent from society in society, laws regulate the relations of individuals and with the participation of the State they become effective. Under Article 5, XXXV, of the Federal Constitution of 1988, the right to action promotes judicial protection and, therefore, guarantees to all the protection of their juridical goods. Thus, in addition to conflicts of interest, there are also problems arising from the judicial system itself, such as bureaucratic procedures, slowness, formalism, lack of legal education, high costs and a host of other factors that, in addition To hinder the application of the law in this case, harm the population and contribute to a situation of legal ineffectiveness. In view of the above, it is important to emphasize that reforms are urgently needed in all the plans that comprise the judicial machinery, especially in relation to the restoration of legal, legislative and procedural issues, as well as the restructuring of the social and educational bases of the population.

KEY WORDS: Access to justice. The process. Judicial system.

INTRODUÇÃO

O filme “O processo”, dirigido por Orson Welles, foi produzido no ano de 21 de

dezembro de 1962, na França, baseado no livro do autor alemão Franz Kafka, obra de idêntico nome, lançada em 1925, em território alemão.

A narrativa da tensa história do filme, demonstra a história de Josef K., personagem processado, preso, injustiçado e morto, ao final, com duas facadas no coração, por um processo em que nunca teve acesso, e nunca soube, sequer, o seu real motivo. Durante todo o decorrer da narrativa, o protagonista principal procura todas as formas de acesso ao judiciário, seja por meio de advogado, seja por conta própria, todas as vezes de forma falha, e inexpressiva.

Mesmo com todas as suas intensas lutas, Josef K., barrado por um judiciário nebuloso, sombrio, fechado e localizado às escondidas, vê-se traído por sua própria ignorância, derrota e medo, pois não obteve, ao longo de todo o decorrer da narrativa, qualquer informação capaz de esclarecer os motivos do “seu processo”, de “sua prisão processual”. Mesmo com grande suor, o acesso ao judiciário, por sua parte, mostrou-se burocrático, inexpressivo e incorreu em insucesso.

Diante da história do filme “O processo”, brevemente citada, o presente artigo procura fazer uma analogia ao real acesso à justiça do Brasil, apresentando o hodierno sistema jurisdicional brasileiro, suas falhas, seus reais problemas, e as possíveis soluções, ou, ao menos, os possíveis caminhos à serem seguidos, para futuras melhoras à prestação jurisdicional brasileira.

Nesse sentido, como é sabido, o convívio em sociedade é algo natural de todo e qualquer ser humano. Desde os primórdios o homem passou a perceber que, andando em grupos, a segurança potencializava-se, as tarefas eram facilitadas e a comunicação operava-se de uma maneira mais efetiva. Do convívio em sociedade surgiram as primeiras normas sociais e, com o surgimento do Estado, provido das funções de legislação, administração e jurisdição, tais normas foram institucionalizadas, dando origem à legislação propriamente dita. Como consequência do convívio em sociedade, surgem os conflitos de interesses, fazendo-se necessária a intervenção estatal que, por meio de sua função jurisdicional, resolve o litígio e afirma quem possui o direito no caso concreto.

Sobre esta linha de raciocínio, a Constituição Federal Brasileira de 1988, traz em seu artigo 5º, inciso XXXV, de maneira expressa, o direito de ação, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, todo e qualquer indivíduo possui o direito de acesso ao poder judiciário em busca da tutela de seus direitos, sem que haja qualquer tipo de impedimento.

Diante do exposto, surgem indagações a respeito do real acesso à justiça brasileira,

acerca da sua efetividade e acessibilidade, sendo questionados aspectos que dizem respeito tanto aos indivíduos quanto às funções do Estado, dando ênfase às questões como a lentidão processual; o formalismo processual exacerbado; o número de magistrados frente às necessidades; a deficiência das defensorias públicas; o nível educacional do brasileiro médio; o desconhecimento da lei por parte da população em geral e a falta de incentivo à população brasileira.

Frente a todas essas questões surgem ideais de reformas, visando o melhor acesso à justiça no país, ideais estes que se dividem em dois grandes grupos: reformas processuais, jurisdicionais e legislativas, e reformas de base, sendo elas educacionais, políticas e sociais.

A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

De um lado, Josef K., busca todas as forma possíveis de encontrar os motivos, de buscar efetivos acessos, e de ter, ao menos, mínimas informações do processo responsável por sua prisão, e sua agonia constante e cruel. De outro, a população brasileira busca melhores condições de acesso ao judiciário, maiores informações acerca de seus reais direitos, de como e quando proceder, a quem recorrer.

Sob a perspectiva de um real acesso à justiça brasileira, inúmeros são os problemas, sendo claro que:

[...] parece mesmo inafastável que o Estado, que proibiu a justiça de mãos próprias e chamou para si o encargo de solucionar conflitos, com vistas à obtenção de paz social, de nenhuma forma tem alcançado seu desiderato (TOMÉ, 2013, p. 40).

Sobre essa linha de raciocínio, entende-se claramente que o Estado, embora tenha chamado para si a responsabilidade de resolver conflitos e realizar justiça, a partir de sua função jurisdicional, não consegue atingir seus escopos, tornando a justiça, na grande parte dos casos, tardia e, conseqüentemente, falha.

Tal falha na justiça pátria está diretamente relacionada a problemas jurisdicionais, processuais e legislativos, somados a estes, ainda, os entraves sociais, políticos e educacionais, causando entraves na realização da justiça no Brasil e trazendo prejuízos não somente ao jurisdicionado, mas a toda população.

QUESTÕES JURISDICIONAIS, LEGISLATIVAS E PROCESSUAIS

Sobre a ótica das questões jurisdicionais, legislativas e processuais, notam-se significativas falhas, a primeira e de grande importância diz respeito lentidão processual, ocasionada pelo número de juízes frente às demandas. Segundo o INAJ (Índice Nacional de

Acesso à Justiça), há no Brasil, para cada 100 mil habitantes, 10 juizes. Tornando a situação ainda mais clara e compreensível, tal índice pode ser visto de uma maneira estadual: no estado de São Paulo há 9,77 juizes para cada 100 habitantes, já nos Estados de Tocantins e Amapá há, respectivamente, 16,51 e 17,81 juizes para cada 100 mil habitantes.

Tendo em mente que São Paulo é o estado mais populoso do Brasil e o Amapá e Tocantins estão entre os estados menos populosos do país, nota-se, estatisticamente, uma falha com relação ao número de juizes, uma vez que os estados de Amapá e Tocantins que são significativamente menos populosos que o estado de São Paulo possuem, respectivamente, 6,74 e 8,04 juizes a mais a cada 100 mil habitantes, ficando-se clara a necessidade de um significativo aumento dos números de juizes no estado de São Paulo, de acordo com o exemplo.

Sobre essa linha de raciocínio, José Renato Nalini deixa claro que “tramitam pelos tribunais brasileiros 93 milhões de processos, 20 milhões dos quais no Tribunal de Justiça de São Paulo (NALINI, 2014). Ou seja, a situação é realmente preocupante e digna de mudanças.

Com relação ao processo, Daniel Marques de Camargo deixa claro que:

[...] O processo é o caminho que deve ser percorrido e integra os procedimentos que hão de ser respeitados para que se solucionem pendências entre os indivíduos, grupos e entres estes e o Estado. O processo, pois, necessita de formas e de procedimentos, mas não de formalismo exacerbado, o que passa a ser deformação (2010, p. 64).

Dessa forma, deve-se sempre ter em mente que o formalismo exacerbado acaba gerando problemas, pois, o processo é um instrumento do direito material e, as formas dentro daquele, apesar de necessárias e ocuparem uma função de grande importância, trazendo segurança jurídica, não devem ser utilizadas de maneira exagerada, acabando por constituir deformações, causando danos à tutela ao direito material e desvirtuando a real função do direito processual.

Porém, determinadas vezes, os Tribunais brasileiros acabam dando muito valor ao formalismo exagerado, esquecendo-se do verdadeiro resultado propriamente dito, esquecendo-se da real função do direito processual.

De forma analógica ao filme base do presente artigo, tem-se que seu protagonista principal, por várias vezes, em busca de acesso ao judiciário, e de ter informações acerca do processo causador de sua agonia e medo, mostrou-se frustrado por questões burocráticas, responsáveis por lentidões à respostas, frente aos formalismos exacerbados.

Por diversas vezes do filme, pois, pode-se perceber formalismo e a burocracia como uma barreira à Josef K., ao acesso à justiça em busca de esclarecimentos.

A QUESTÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Sobre a esfera das Defensorias Públicas no Brasil, o primeiro aspecto a ser observado é o papel do defensor público no que diz respeito à prestação da assistência jurídica, auxiliando e permitindo com que as pessoas mais necessitadas passem a reconhecer qual a maneira de conquistar a efetividade dos direitos visados.

O segundo aspecto está relacionado à conciliação, mais especificamente, pela busca de uma maior eficiência na conciliação, que representa um grande meio alternativo para a resolução dos conflitos existentes entre as partes, visando sempre uma conciliação que não prejudique os envolvidos, que seja realmente justa e eficiente, sempre resguardando o bem protegido.

Em determinados Estados brasileiros, as Defensorias Públicas estão bem estruturadas, funcionando e buscando a realização efetiva de suas necessidades, em outros, porém, estão em fase de implantação ou ainda nem sequer são utilizadas. Sobre essa ótica, pesquisas recentes da Associação Nacional dos Defensores Públicos demonstram a carência de defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras, sendo assim, a Defensoria Pública só se faz presente em 754 de um total de 2.680 comarcas, distribuídas em todo território nacional.

Ainda segundo a Associação Nacional dos Defensores Públicos há, no Brasil, tendo como referência o número de cargos providos, apenas dois Estados que não demonstram déficit de defensores públicos, sendo eles o Estado de Roraima e o Distrito Federal. Dentre os estados que possuem déficit de até cem defensores encontram-se: Tocantins, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Paraíba, Acre, Sergipe e Amapá. Os maiores déficits encontram-se nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Bahia, e Paraná.

Considerando a totalidade do território brasileiro, há uma carência significativa de defensores públicos, o que demonstra uma situação realmente inquietante.

O déficit, pois, é claro, e demonstram a deficiência das Defensorias Públicas no país, acarretando ainda mais o problema do acesso à justiça brasileira, fazendo com que a população arque com as consequências e sinta na própria pele os resultados da “enfermidade jurisdicional” pátria, acarretando a problemática de uma sociedade ainda mais desigual e injusta.

QUESTÕES SOCIAIS, POLÍTICAS E EDUCACIONAIS

A justiça, observada através de seu valor universal, pode ser interpretada sob inúmeros aspectos ao considerá-la como qualidade subjetiva do indivíduo, como uma

necessidade para manutenção da ordem social e como forma de manter os entes da sociedade em um mesmo nível de igualdade e liberdade, através da preservação dos direitos em sua forma legal.

É por meio da prestação da tutela jurisdicional que as leis são aplicadas, proporcionando o surgimento de seus efeitos. Nesse sentido, Daniel Marque de Camargo assevera:

[...] As garantias de acesso à justiça devem ser plenas, e não podem existir óbices ao exercício regular dos direitos e garantias constitucionais previstos. É preciso haver uma prestação jurisdicional completa e tempestiva, até porque justiça tardia é senão injustiça. (2010, p. 49).

Existem, porém, inúmeros fatores que se contrapõem à realização plena do acesso à justiça. A morosidade, os altos custos, formalismo, deficiência na defensoria pública, os procedimentos burocráticos, entre outros, levam o sistema jurisdicional a uma grande crise, pois dificultam os serviços e afastam, principalmente, os menos favorecidos. Mauro Capeletti afirma tal situação, quando assevera:

[...] os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; o mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos ao uso de sistema judicial para obterem seus próprios interesses. (1988, p. 11).

Diante dessa seara, um problema que se contrapõe e desfavorece a atuação da tutela jurisdicional é a condição social na qual os indivíduos menos favorecidos se encontram.

Relevantemente, a falta de instrução e educação jurídicas prejudica o exercício da função jurisdicional, uma vez que os indivíduos não estão cientes de seus direitos e deveres e, mesmo aqueles que possuem algum conhecimento, não sabem como proceder com seus problemas.

Adriano Aranão descreve a importância do saber jurídico:

[...] De igual modo também se mostra imprescindível que todos os cidadãos tenham efetivo conhecimento desta ordem jurídica, de modo que, tornando-se capazes de reconhecerem os seus deveres e direitos, possam exigir a proteção jurisdicional em caso de lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos, bem como conscientemente cumprirem os seus deveres. (2010, p. 122).

A quase inexistente instrução jurídica, ainda que indiretamente, colabora para a crise do sistema jurisdicional. Os cidadãos que não conhecem as regras básicas do Direito, em grande parte, perdem prazos legais para ajuizamentos de ações, não sabem identificar a ocorrência de lesão ou ameaça de lesão, não sabem, enfim, como proceder.

Todas as medidas políticas e legais que visam à desburocratização dos procedimentos, a diminuição dos custos da ação, a disponibilização de uma boa defensoria pública e assistência gratuita, entre outras, não surtirão o efeito desejado enquanto a

população em geral não estiver ciente do aparato legal que a regula e garante seus direitos. Ainda nesse contexto, Adriano Aranão explicita:

[...] De nada adianta a existência de uma ordem jurídica justa e da garantia constitucional do direito de ação para a defesa de lesões ou de ameaças de lesões aos direitos nela contemplados; muito pouco valem as medidas tendentes a superar as barreiras econômicas do processo e a desburocratização dos seus procedimentos se todo este aparato permanecer ocioso aguardando pedidos de proteção que permanecem enclausurados num mundo desconhecido daqueles que mais precisam deste amparo. (2010, p. 123)

O excesso de formalismo jurídico e a linguagem rigorosamente rebuscada – o primeiro caracteriza-se pela importância das formas em detrimento do conteúdo e do significado e, a segunda, por vocábulos “enfeitados” que dificultam a compreensão do texto – igualmente contribuem para que o indivíduo se afaste do acesso à justiça já que, além de um conhecimento mínimo da lei, esses elementos entram a tutela jurisdicional, na medida em que exigem um saber específico e aprimorado da área, característico dos operadores do Direito.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth expõem, seguramente, que:

[...] Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. (1988, p. 55).

As reformas políticas são tão imprescindíveis quanto às reformas jurídicas. De nada adianta um sistema menos burocrático e simplificado se a maioria da sociedade ainda desconhece de suas possibilidades jurídicas e, dessa forma, não pleiteiam seus direitos e não exercem seus deveres.

Quando se trata do Princípio da Igualdade ou da Isonomia, a intenção é que os entes mantenham-se em uma situação de equilíbrio legal e, para isso, é elementar que, primeiramente, sejam educados de acordo com seus valores e suas leis e não apenas que uma parcela da população goze de um direito que é direcionado e conduzido a todos, conforme preza a Lei Maior.

Assim, para reiterar as considerações feitas nesse capítulo e, ainda de acordo com Cappelletti e Garth:

[...] A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei igualmente efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque do acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente. (1988, p. 59).

Enfim, os problemas são claros, merecem ser analisados, estudados e resolvidos, seja

o tocante à educação, à instrução populacional, seja no tocante à lei em si.

Em nova analogia ao filme “O processo”, de Orson Welles (1962), pode-se perceber, que, durante o desfecho da história, em certo momento, seu protagonista principal viu-se barrado por falta de informações ao acesso aos tribunais judiciários. Os boatos e as pequenas informações, eram de que as cortes encontravam-se em becos, escondidas, e que o atendimento à população era restrito à interesses.

Em certo momento, o personagem Josef K., inclusive, contratou advogado para tentar resolver o sombrio processo, que lhe era imputado. O advogado, entretanto, foi falho, seja por entraves judiciais, seja por sua própria inefetividade de atuação na causa. Decidido em atuar sozinho, em causa própria, Josef K., mais uma vez, frustrou-se, pois seus conhecimentos eram limitados, a linguagem era complexa e demasiadamente rebuscada, o que limitava a sua defesa e, conseqüentemente, gerava evidente injustiça em seu desfavor.

SOLUÇÕES À PROBLEMÁTICA PROCESSUAL, LEGISLATIVA E JURISDICIONAL

O tópico que segue tem sua maior finalidade, após já rechaçadas as dificuldades e limitações ao real acesso à justiça brasileira, bem como a inefetividade do princípio constitucional garantido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição pátria, colocar em cheque o exposto anteriormente neste trabalho, e tentar, de uma maneira reformadora, potencializar a essência da justiça no Brasil, na busca do exaurimento dos mecanismos presentes e necessários para a operacionalização da justiça.

A problemática não se limita apenas em resolver os conflitos, ou chegar a um julgamento de mérito, mas que esse conflito seja resolvido de forma rápida e eficaz, na busca de se garantir o que de fato se almeja, a justiça em sua essência.

Uma vez que o Estado atraiu para si a responsabilidade de resolução dos conflitos sociais, que estes sejam resolvidos da melhor e mais altruística forma. O expoente da justiça, da mesma forma que sabe tratar com severidade quando preciso, deveria também facilitar ou até mesmo agilizar os trâmites processuais.

Tratando-se das reformas, em primeiro plano, faz-se preciso analisar a essência do que está contido em nossa Constituição, onde se tenta transmitir a falsa ideia de conforto aos cidadãos, quando expressa que todo e qualquer indivíduo possui o direito de acesso ao poder judiciário, em busca da tutela de seus direitos.

Este, e outros inúmeros fatores, acabam por gerar uma barreira entre a sociedade e as portas jurisdição, o que cobra mudanças, a partir de reformas, revisões, reanálises de pontos

críticos, que acabam por “atransar” a real justiça pátria.

Há de se ter claro, que se chegou ao ponto onde fora colocado o Estado como o principal responsável pela verdadeira inefetividade da justiça, onde os problemas afunilam em sua direção. Problemas de ordem primária muitas vezes, como por exemplo, quando se depara com o formalismo exagerado.

Uma das grandes saídas na busca de minimizar tais questões, é a busca de uma maior efetividade e aplicabilidade ao Princípio da Instrumentalidade das Formas. As formas, previstas em lei devem ser respeitadas, trazendo maior segurança, porém, tal feita não pode ser algo completamente absoluto, ou seja, ainda que a lei preveja determinada forma para a prática do ato processual, caso este seja praticado de maneira diversa, tal forma deve ser válida. Deve-se buscar, sempre, meios processuais mais práticos, simples e efetivos, realmente capazes de atingir a finalidade processual.

Ainda sobre essa linha de raciocínio, o legislador deve fornecer soluções pacificadoras e alternativas para que, por mais simples que sejam, consigam diminuir o fluxo de demandas de forma considerável, acabando com todos os procedimentos desnecessários e complicados, já que se busca a tutela de bens tão importantes garantidos aos cidadãos.

Dentre as mais variadas, e mais efetivas formas de efetivação na realização da justiça, podem ser citadas a conciliação, a mediação, e os negócios jurídicos processuais. Pois bem.

A conciliação é uma forma alternativa de solução de conflitos, que atua perante o consensualismo. Para a realização da conciliação faz-se necessária a figura de um terceiro, provido da imparcialidade, o qual realiza orientações, seja por meio de perguntas, seja por meio de auxílios, sempre com o objetivo de levar as partes à soluções que possam, de fato, trazer a justiça e a satisfação das respectivas pretensões.

Buscando conceituar e trazer melhores explicações sobre a forma de atuar da conciliação, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, deixam claro que:

A conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma *transação* entre as partes (mútuas concessões), ou a *submissão* de um à pretensão do outro, ou a desistência da pretensão. (2013, p. 36).

Nessa linha de pensamento, é válido destacar que dois são os objetivos da conciliação, ligados eles à prevenção e à extinção. Tais objetivos possuem como ponto de referência a existência ou não de uma relação jurídica processual entre as partes.

Dessa forma, o objetivo da prevenção, como o próprio nome deixa claro, está ligado

ao fato de prevenir com que as partes busquem o judiciário, impedindo, assim, o surgimento de uma relação jurídica processual. Fica claramente exposta a função preventiva da conciliação na sua atuação extraprocessual.

A função de extinção está ligada à desconstituição de uma relação jurídica processual a partir de um acordo entre as partes, ficando claramente exposta na conciliação em sua modalidade endoprocessual. Em momentos, o conciliador questiona, em outros, aconselha, sugere e interfere, sempre com o objetivo de extinção da relação jurídica processual a partir da autocomposição.

Notavelmente, a diferença básica da conciliação aos demais institutos de autocomposição reside no fato de que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e, por meio de suas atuações, acaba forçando, de fato, para que o acordo ocorra, porém, tal feito, obviamente, não pode ser realizado por meio de constrangimento às partes.

O terceiro imparcial deve agir desprovido de coercitividade e intimidações, fazendo com que ambas as partes saiam satisfeitas com a autocomposição realizada. Como deixa claro o novo Código de Processo Civil, em seu artigo de número 165, parágrafo segundo:

§ 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. (BRASIL, Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015).

É justamente nesse quesito que fica exposta a grande vantagem da conciliação perante a atuação jurisdicional, uma vez que não traz soluções inesperadas e imprevisíveis aos conflitantes, o que pode ocorrer na resolução jurisdicional de conflitos, permitindo, dessa forma, a interposição de recursos, causando ainda mais lentidão ao processo.

A mediação, por sua vez, famosa maneira de solução alternativa de conflitos, em grande parte dos casos, ocorre no âmbito extraprocessual e, diferentemente do que ocorre na conciliação, o mediador atua nos casos onde as partes já possuíram vínculo anterior, auxiliando estas a compreender as questões e os reais interesses que envolvem o conflito discutido, reestabelecendo entre elas a comunicação, fazendo com que identifiquem por si próprias, as soluções que gerem benefícios a ambas as partes.

Sendo assim, a influência do mediador faz com que as próprias partes enxerguem e escolham as possíveis soluções para o conflito. Conforme deixa claro o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 165, § 3º:

§ 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios

mútuos. (BRASIL, Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015).

A mediação pode se fazer presente em questões simples e destaca-se, principalmente, pela ótima atuação até mesmo em questões mais complexas e árduas, podendo ter relações com diversas outras áreas e disciplinas, como, por exemplo, a psicologia, a sociologia, a matemática, a economia, a antropologia, a administração e a filosofia, como exemplos. Valendo-se dessas demais disciplinas, o mediador traz ainda mais confiabilidade e peso em sua atuação, onde auxilia e instiga, fazendo com que as partes enxerguem o melhor, abrindo um grande leque aos conflitantes, fazendo com que estes tenham suas próprias análises e possíveis soluções ao conflito, onde todos os pontos e possíveis soluções são apreciados, buscando-se sempre o consenso entre os polos.

Tomando como base o resultado final da conciliação e da mediação, ambos os institutos possuem resoluções finais práticas bastante semelhantes e, de fato, geram uma maior satisfação às partes, uma vez que estas atuam significativa e efetivamente para que a solução seja alcançada, trazendo uma sensação satisfatória ainda maior, evitando os possíveis recursos que são comumente encontrados na jurisdição e aproximando os resultados com o verdadeiro conceito de justiça.

Dos institutos em destaque no Novo Código de Processo Civil, que visam aprimorar o sistema multiportas e garantir a celeridade processual, não se resumem apenas à conciliação e à mediação. Nesse cenário, encontra-se também um sistema inovador, no qual predomina a ideia de um gerenciamento processual que permite às partes e ao juiz flexibilizarem os procedimentos da ação. Pertinentemente, citando o autor Diogo Assumpção Rezende de Almeida, os autores Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedran destacam:

O acordo processual não visa solucionar o conflito, mas regulamentar, nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução, isto é, o exercício da jurisdição. Consiste em convenção pactuada fora do processo, mas de eficácia endoprocessual. (2014, p.104).

Define-se essa modalidade, portanto, negócios processuais, cuja tendência teórica se iniciou no final do século XX nos Estados Unidos e na Inglaterra e, após, disseminou-se pela Europa, especificamente na França e na Itália.

Nesse sentido, os negócios processuais permitem que autor e réu, em conjunto com o magistrado, elaborem um calendário que determinará quais atos serão praticados e as datas nas quais ocorrerão. Ao citar José dos Santos Bedaque, Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte dá ênfase a essa nova forma de processo, ao repudiar a ideia de um procedimento impassível e rígido, que não se adapta ao caso concreto:

Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo. (2011, p.74).

Pretende-se, com essa nova forma procedimental, uma melhor prestação jurisdicional, mais democrática, célere, e que atenda de maneira mais eficaz as aspirações do direito material. É, entretanto, importante ressaltar que não é escopo do negócio processual abolir por completo o formalismo, uma vez que a forma estabelecida legalmente garante a segurança jurídica e estabilidade nas relações processuais, mas sim tentar extinguir, ao máximo, técnicas que são desnecessárias e disfuncionais ao atrasarem e dificultarem a tutela dos bens jurídicos.

O instituto em tela, apesar de apresentar um panorama mais livre e democrático de uma relação processual, tem relação estreita com o princípio da legalidade, pois o objetivo do ato deve ser alcançado da maneira mais eficiente possível, porém sem ignorar o fato de que são necessárias algumas regras para disciplinar e oferecer segurança jurídica. Ainda mais, “o sistema da legalidade das formas deve ser lido em consonância com a instrumentalidade, como meio de suavizar sua rigidez, especialmente quando o objetivo é alcançado” (DUARTE, 2014, p.5). Ainda citando Bedaque, Duarte demonstra que:

A absoluta ausência de requisitos legais quanto ao modo de ser do ato processual e do próprio procedimento leva à desordem e se apresenta como obstáculo ao escopo do processo. Por outro lado, o formalismo cego e desmedido acaba levando às mesmas consequências, pois impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional. (1990, p.94)

Por enquanto, não é possível vislumbrar os efeitos que os negócios jurídicos surtirão nas relações processuais com precisão. No campo teórico, porém, são feitas previsões e expectativas quanto a alguns ganhos práticos. Esperam-se do gerenciamento de processos a redução de custos e o desempenho mais ágil das ações, bem como a adequação de um procedimento específico para cada caso concreto. É necessário, à vista disso, que o magistrado tenha como premissa o princípio da economia processual e defina para cada caso um procedimento que tornará a ação mais célere, não se equivocando com relação a processos que demandam um maior grau de complexidade e, dessa forma, necessitem de mais tempo e recursos para serem finalizados. A eficiência dos negócios processuais só poderá ser aferida quando se observar sua aplicação em casos concretos e, além do mais, são necessários ainda muitos estudos que visem edificar e aprimorar o sistema. A conduta das partes que atuarão nessa nova forma de procedimento também é imprescindível para seu bom funcionamento, pois se não contribuirão para o bom andamento do processo, de nada

adiantará os métodos que pretendem proporcionar celeridade e resolução efetiva dos litígios.

Diante dessa seara, os negócios jurídicos processuais são uma nova proposta para que ocorra a desobstrução do Poder Judiciário através da concretização do princípio da economia processual e o da instrumentalidade, bem como tornar os procedimentos mais democráticos e ajustados às condições dos litigantes, sem que ocorra o liberalismo processual e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

A implementação da mediação, bem como da conciliação, e dos negócios jurídicos processuais, porém, por si só, não seriam suficientes para acabar com a problemática processual. Sendo assim, sobre essa ótica, outra grande mudança merece ser destacada, também muito simples de ser compreendida, qual seja, a total informatização do processo. Com o caminhar tecnológico atual, fica evidente a necessidade de uma implantação cada vez maior do processo eletrônico no judiciário brasileiro, trazendo grande agilidade e sendo um grande passo para efetivos melhoramentos jurisdicionais.

O Estado como garantidor de todos os bens tutelados, também peca frente a mais um entrave no que diz respeito ao número reduzido e desproporcional de magistrados frente às necessidades sociais dos brasileiros que tanto necessitam de resguardo. É incompreensível o índice de juízes frente ao número de habitantes e demandas.

Em primeiro plano, certamente, muitos defenderiam a realização de inúmeros concursos públicos para a potencialização do número de magistrados. Antes disso, no entanto, algumas medidas são necessárias.

A primeira, e de grande importância, está relacionada ao incentivo e busca pela chamada Tutela Coletiva, a qual possui amparo em quatro leis especiais, quais sejam: Código de Proteção e Defesa do Consumidor; Lei de Ação Popular; Lei da Ação Civil Pública e Lei de Improbidade Administrativa. A Tutela Coletiva deve ser utilizada principalmente em áreas mais propícias à sua incidência, como no Direito Ambiental, no Direito do Consumidor e no Direito Trabalhista, sendo claro que tal medida deve abranger todo o campo do direito, não se restringindo somente as áreas citadas. Com referida tutela percebe-se claramente a importância de uma maneira racional de se enxergar o direito, trazendo resultados mais práticos com uma demanda menor de tempo.

Por fim, merece destaque a assistência jurídica gratuita, sempre em busca de resguardar a forma mais justa e eficiente de se resolver os problemas, trazendo melhores condições de acessibilidade às parcelas populacionais menos favorecidas.

Tais formas alternativas já são aplicadas no Brasil, porém, de forma estrita, talvez por que não haja grande incentivo por parte até mesmo do Estado. O que não se vê, entretanto, é

que são formas efetivas, desburocratizadas, e que ensejam um caminho mais rápido e fácil na solução dos conflitos diversos, capazes de “desafogar” o Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, a partir de tudo que foi exposto nesse artigo, que os problemas a serem resolvidos na justiça brasileira não são pequenos, tão quanto fáceis. A luta deve ser constante e as reformas estruturais devem vir. Esse imenso emaranhado de leis, o grande formalismo e a complexidade dos conflitos, somados as sérias questões sociais, políticas e educacionais, dificultam demasiadamente o dia-a-dia dos operadores do direito. O que sempre se busca, é a justiça, não uma justiça tardia e falha, mas a real justiça, capaz de respeitar aos direitos dos cidadãos, no sentido de não deixar esvair a esperança das pessoas no que diz respeito à busca pela tutela de seus direitos.

Somente com significativas mudanças e com a real vontade de mudar, a jurisdição brasileira terá seus problemas minimizados de maneira qualitativa, tendo-se sempre em mente a realização de dois grandes blocos de reformas. De um lado encontra-se o bloco das reestruturações que dizem respeito ao Direito propriamente dito, sendo elas jurisdicionais, processuais e legislativas, de outro se encontra o bloco de reformas que diz respeito à base populacional, aos cidadãos, a todas as esferas populacionais, sendo elas as políticas, as sociais e as educacionais, porém, tais blocos nunca devem ser observados como dois polos completamente independentes e distintos, uma vez que estes são complementares, dependentes e harmônicos entre si, onde um somente trará resultados positivos, com a presença do outro.

Assim, observando o Direito de maneira racional e sistemática, poder-se-á ter um país mais equilibrado e justo, o qual tanto se almeja.

A exemplo do ocorrido com Josef K., ao final do filme “O Processo”, morto com duas facadas em seu coração, por um processo que jamais teve contato e acesso, não se pode permitir que a população brasileira “padeça”, de olhos vendados, com um golpe de espada em seu direito constitucionalmente previsto e garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil, o necessário e fundamental direito de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANÃO, Adriano. **Do Direito do cidadão à educação jurídica: o desconhecimento da lei como obstáculo à construção da cidadania**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Campus de Jacarezinho/PR, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, 2015.

CAMARGO, Daniel Marques. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. **O Novo Código de Processo Civil, os negócios processuais e a adequação procedimental**. Revista do Gedicon, Rio de Janeiro. Vol. 2. ISSN 2318-8502. Pag. 21 a 42. Dez, 2014.

NALINI, José Renato. **Justiça é obra coletiva**. Folha de São Paulo. Março, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOMÉ, Levi Rosa. **Simplificação processual como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Campus de Jacarezinho/PR, 2013.

A REINserÇÃO SOCIAL DO PRESO MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA EM UMA ANALOGIA À SÉRIE *SONS OF ANARCHY*

Djeison TABISZ³

RESUMO

O presente artigo visa esclarecer por meio da pesquisa bibliográfica, esclarecer importantes questões no tocante à reinserção social da pessoa envolvida com o crime organizado, quaisquer que sejam as suas formas. Neste sentido, será imprescindível um estudo acerca de princípios garantistas do Direito Penal bem como suas implicações. Sobre o referido ainda, é preciso que se faça referência ao sistema penal como um todo, especialmente o sistema carcerário que apresenta peculiaridades muito específicas no que tange à implica ao mito ressocializador da pena de prisão. Para tanto, além da pesquisa bibliográfica, a analogia com a série *Sons of Anarchy* possibilitará entender estas dificuldades bem como se extrair possíveis soluções para esta questão. A ótica se dará pela perspectiva da criminologia crítica, e a metodologia será a dialética.

PALAVRAS-CHAVE: Organização criminosa. Reinserção social, Direito penal.

ABSTRACT

This article aims to clarify through bibliographic research, clarify important questions regarding the social reinsertion of the person involved with organized crime, whatever their forms. In this sense, it will be essential to study the guiding principles of criminal law as well as its implications. Regarding the aforementioned, it is necessary to make reference to the penal system as a whole, especially the prison system which presents very specific peculiarities as regards the implies the resocializing myth of the prison sentence. For this, besides the bibliographical research, the analogy with the series of *Sons of Anarchy* will make possible to understand these difficulties as well as to extract possible solutions for this question. The perspective will be from the perspective of critical criminology, and the methodology will be the dialectic.

KEY WORDS: Criminal organization. Social reinsertion. Criminal law.

INTRODUÇÃO

Sob muitos aspectos, talvez seja o direito, o ramo da ciência que mais interfere na vida das pessoas. Quando se fala em interferência, vale dizer, trata-se em verdade de afetação pelas suas premissas e as consequências de determinados atos, pelos quais o direito acaba sendo imprimido a agir.

Dentre todos os ramos desta ciência, é talvez o direito penal, o que mais pode afetar o cotidiano das pessoas, bastando lembrar para isto que ele tem o condão de em última análise, poder retirar da pessoas a sua condição de liberdade.

Não obstante a isto, é verificável que a criminalidade não cessa, pelo contrário se

3 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, *Campus* de Jacarezinho do Centro de Ciências Sociais e Aplicadas.

mantém, ou até mesmo aumente.

Num sentido ainda mais restrito, é importante destacar ainda, que dentre todas as situações, fatos ou comportamentos criminosos, um deles recebe especial destaque, seja por meio de leis específicas de combate, por medidas mais rígidas de penalização, de meios específicos de investigação, o crime organizado ganha este especial destaque.

Por outro lado, sob o prisma de um direito penal constitucional, pautado pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais, no âmbito de uma criminologia crítica que reitera a necessidade de um sistema penal não tão rígido, principalmente, quando se fala na execução da pena, em presídio superlotados e definitivamente distantes de qualquer resquício de respeito à dignidade da pessoa humana.

Em que pesem tais questões, o que via de regra se espera é aquele que cometeu um delito possa ser reinserido no convívio social novamente. Raramente, hoje em dia isto é possível, uma vez que aquele indivíduo recebe o estigma de ex-condenado. Assim, o que acaba ocorrendo é que aquele que condenado, cumpre sua pena, ao retornar à sociedade, devido à falta de oportunidades, retorna às práticas criminosas anteriores.

Isso ocorre com maior frequência quando o indivíduo é parte de uma organização criminosa. Neste sentido, existe uma dificuldade ainda maior para aquele que, não tendo uma real possibilidade de reinserção social, encontra na antiga organização, vale dizer, seus amigos, e também no receio de sofrer algum tipo de retaliação por deixá-la, acaba retornando ao crime.

É neste sentido que se insere a problemática deste trabalho, ou seja, sobre a dificuldade de reinserção daquele que faz parte de uma organização criminosa. Assim, a proposta deste artigo será portanto, tanto da verificação desta dificuldade, bem como da ineficiência da pena de prisão, bem como sobre a falácia da necessidade de um direito penal mais rígido. Assim, prudente será ainda a análise acerca das alternativas ao direito penal como meio de reinserção social.

Cabe ainda considerar que este trabalho se fundamentará em pesquisa bibliográfica em livros de doutrina de direito, em periódicos e *sites* de *internet* sobre o referido, bem como terá uma base para analogia na série *Sons of Anarchy* (Filhos da Anarquia) produzido por Kurt Sutter e distribuído pela Fox Entertainment Television. A metodologia a ser utilizada será a dialética.

CRÍTICA AO SISTEMA PENAL E AO ENCARCERAMENTO

Em que pese existir grande controvérsia sobre as penas privativas de liberdade, é

justo esclarecer que, é um dos meios mais gravosos a que um ser humano pode ser submetido. Sobre esta afirmação, muitos, influenciados por opiniões de outros, acreditam necessariamente que, prisão sempre é a solução, que quem não quer ir preso, não cometa crimes, dentre outros argumentos que elevam a pena de prisão ao ápice da punição, em um sistema já excludente que acaba apenas convalidando uma série de discriminações corridas ao longo do tempo.

Não por menos é que Rogério Greco dispõem que

Definitivamente, o discurso penal agrada a sociedade, pois que esta nele deposita as suas esperanças. A mídia, que exerce poderosa influência em nosso meio, se encarrega de fazer o trabalho de convencimento da sociedade, mostrando casos atroz, terríveis sequer de serem imaginados, e, como resposta a eles, pugna por um Direito Penal mais severo, mais radical em suas punições. A disputa por pontos na audiência, por venda de seus produtos, transformou nossa imprensa em um show de horrores que, por mais que possamos repugná-lo, gostamos de assisti-lo diariamente. (GRECO, 2009, p. 5).

Pelo exposto, o que vemos é a questão de que a pena sempre é a solução. Quanto maior a pena, maior a efetividade do processo penal. Esta parece ser a regra do pensamento inculcado nas pessoas pela mídia, que balbucia ou mesmo brada a vingança penal como regra e como se justiça fosse.

É a mídia que acaba muitas vezes inflando este sentimento de urgência e de necessidade de um direito penal que responda a esta.

Assim, percebe-se que o sentimento de insegurança que muitas vezes nos aflige pode ser simplesmente o fruto de uma construção da midiática um tanto quanto perigosa, pois o Estado, em resposta aos novos anseios construídos sobre um alicerce poroso, forjado à base de informações irreais, encarrega o Direito Penal de solucionar este problema. Apesar de a segurança pública ser um direito legítimo e estampado na Constituição da República, em seu artigo 6º (BRASIL, 1988), não cabe cobrar do Direito Penal a resposta imediata para cada novo problema social que surge. (ARAUJO; DEODATO, 2015, p. 505-506).

Mas nem sempre foi assim. Conforme bem assevera Young, houve um caminho percorrido pela humanidade, em que, na prática, agravou-se a exclusão daqueles que de alguma forma não se encaixavam nos padrões sociais aceitáveis. (YOUNG, 2002, p. 23).

Com precisão, portanto, consigna Kazmierczak

No entanto, as mudanças estruturais ocorridas nas últimas décadas, principalmente no campo político, econômico, social e cultural, fizeram com que a configuração da sociedade se pautasse por novos valores e ambições. Surgiu um individualismo presente nas relações entre as pessoas, onde os velhos padrões de esforço e recompensa foram redefinidos, onde o coletivo dá lugar, à satisfação de interesses pessoais.

A ordem econômica foi o principal fator que contribuiu para estas mudanças. A lei do capital fez com que surgissem estratos sociais diferenciados e mudanças de perfil na relação de trabalho, passando da ideia de estabilidade e valorização para uma contemporaneidade de incertezas. (KAZMIERCZAK, 2005, p. 17).

É possível assim perceber, que a prisão hoje, acaba por ser estabelecida por grande

parte da população, como a solução para que a criminalidade diminua, quiçá se extinga. Não raro, após reportagens ou meras manchetes sobre crimes horrorosos, muito bem destacados pela mídia, fala-se em penas maiores e mais gravosas.

Neste sentido é verificável que o grande objetivo do processo penal, ou do direito penal, ou do sistema penal como um todo não é a prisão. É possível verificar verdadeiros princípios garantidores que, trazem ao tom da discussão, a garantia de que o direito penal como último recurso.

Neste sentido, o princípio da intervenção mínima ocupa posição de destaque nesta linha de pensamento. Segundo este princípio, o direito penal deve intervir o mínimo possível na vida das pessoas, podendo atuar somente quando outros ramos do direito forem incapazes de solucionar a questão. (GRECO, 2014, p. 51).

Ainda na seara dos princípios garantidores, verifica-se a existência do princípio da lesividade segundo o qual o bem tutelado penalmente é aquele que efetivamente lesar bem jurídico pertencente a terceiro. (GRECO, 2014, p. 95)

Não se pode descuidar do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido nos fundamentos da nossa Constituição.

Não obstante, as ideias de um direito penal emergencial, acabam permeando o judiciário, como é o caso desta última concepção do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento de pena quando houver decisão em segunda instância já, conforme analisaremos no próximo capítulo.

Antes de se falar em garantismo em direito penal, cumpre destacar alguns pontos de interesse para nosso estudo. Neste sentido, iremos agora analisar algumas teorias sobre a função da pena.

Assim, é preciso debater em primeiro lugar nas teorias absolutas ou retributivas da pena. Esse período remonta à época em que prevalecia o regramento segundo o qual o soberano era um ser quase que divino. (KERN, 1955, p. 98).

A pena funcionava como expõem Bitencourt “De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus”. (BITENCOURT, 2011, p. 117).

Com o advento do mercantilismo e do estado burguês, verifica-se assim também a modificação da ideia de pena.

Tendo como objetivo político a teoria do contrato social, o Estado reduz sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, pois com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e

originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena. BITENCOURT, 2011, p. 118).

Sem embargo, podemos citar dois representantes desta teoria, a saber Kant e Hegel. É em Kant que se elabora a concepção retributiva da pena (BITENCOURT, 2011, p. 120) sobre a ideia de que a lei penal é um imperativo categórico, ou seja, um mandamento que é “uma ação em si mesma” (KANT, 1983, p. 61). Ou seja aquele que cometeu o ilícito será por este responsável, simplesmente por ter cometido aquela infração.

Hegel também defende a ideia de uma pena retributiva. Difere neste sentido de Kant por trazer o conceito de que além de ser um mera consequência do crime, vem ela a restabelecer a ordem jurídica que então havia sido abalada. (BITENCOURT, 2011, p. 124).

Sob outro aspecto, para as teorias preventivas da pena “[...] a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão”. (BITENCOURT, 2011, p. 132). Aduz ainda Bitencourt (2011, p. 132) que “Se o castigo ao autor do delito impõem, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõem *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir”.

Assim, tem-se que a prevenção geral, que seria o ato de inculcar nas pessoas o medo de delinquir, pois sabem que se o fizerem sofrerão consequências, a saber a pena restritiva de liberdade, por exemplo.

Não obstante Bitencourt (2011, p. 135) aduzir que “Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos”.

Por outro lado, a prevenção especial “[...] procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquirente em particular, objetivando que não volte a delinquir”. (BITENCOURT, 2011, p. 138).

Verifica-se assim uma crescente ideia de penalização que sempre decorre do pensamento das classes dominantes da época. Se não, veja com que propriedade Cezar Roberto Bitencourt disserta

É notória a representação organicista da sociedade, ou de um tipo de sociedade em que o indivíduo cumpre sua função, antes de tudo, como força de trabalho, onde qualquer sintoma de rebeldia, traduzida em agressões à ordem repressiva existente, é considerada um atentado contra as bases fundamentais de tal organização social. (BITENCOURT, 2011, p. 140)

Passa-se assim a uma concepção da pena como “[...]o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade”. (BITENCOURT, 2011, p. 140). Vale aqui ressaltar, a sociedade capitalista. Embora não adentremos necessariamente na discussão sobre regimes, é inegável a proteção destacada, em função do direito penal, voltada para as classes dominantes, conforme

já destacado.

Com o passar do tempo, devido às teorias até aqui mencionadas, formularam-se outras, procurando necessariamente preencher as negatividades que essas até então causaram. Assim, surge a teoria da prevenção geral positiva, que se subdivide em prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

Fundamentadora é aquela que se destaca por ser informativa, sobre o que está proibido, a manutenção da ordem jurídica e uma atitude da pessoa em ser fiel ao direito. (BITENCOURT, 2011, p. 154).

Em outro sentido, limitadora é a que se baliza pela limitação do poder punitivo estatal, sendo o direito penal mais uma forma de controle social. Verifica-se aqui que, a principal finalidade será a de que se vislumbre a ideia de prevenção geral, porém, sem deixar de lado a especial, ou seja, a ressocialização. (BITENCOURT, 2011, p. 156-159).

Neste ponto que cumpre ressaltar aquilo que Rogério Greco, após uma consideração sobre diversos tipos de aplicação do direito penal, falar em um direito penal do equilíbrio. (GRECO, 2009, p. 55). Assim, não há que se falar em abolicionismo nem num direito penal máximo, mas em equilíbrio.

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A SITUAÇÃO DO CÁRCERE

Aqui, é essencial falarmos na falência da pena de prisão. César Roberto Bitencourt cita como um primeiro aspecto desta falência, a reincidência.

Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. (BITENCOURT, 2011, p. 168).

Dentre ainda, os efeitos sociológicos refletidos no recluso, é possível mencionar, segundo Bitencourt (2011, p. 171) “Um dos aspectos que suscitam sérias dúvidas sobre as possibilidades socializadoras da prisão é o fato de esta, como instituição total, absorver toda a vida do recluso, servindo, por outro lado, para demonstrar sua crise”.

Ainda, podemos incluir os efeitos psicológicos que a prisão pode causar no detento. Os efeitos parecem óbvios, e assim é possível citar as reações explosivas (BITENCOURT, 2011, p. 199). Neste sentido ainda, verificam-se a questão dos suicídios (BITENCOURT, 2011, p. 200).

Pelo que foi exposto até o momento, é de se esperar que a suprema corte de um país, vale lembrar guardião da Constituição, como é o caso do nosso Supremo Tribunal Federal,

ostentasse a proteção a direitos fundamentais dos cidadãos e tomasse o cuidado de ser mais criterioso no que concerne às penas privativas de liberdade.

Acontece que foi exatamente o que aconteceu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 347⁴, julgado em 09/09/2015. Confira

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

Continua ainda

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Mas, em que pese o seu reconhecimento, a que se refere este estado de coisas inconstitucional? Em interessante artigo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, inclusive citado na decisão do STF, assim aduz

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma [*sic*] legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. (CAMPOS, 2015. p. 1)

Ainda sobre o referido, Campos fala dos pressupostos

Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional: a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição

4 Tema apresentado pelo autor de forma esmiuçada no XIV EVINCI – Evento de Iniciação Científica em 11 de novembro da 2016 na Faculdade do Norte Pioneiro – UNIESP com o tema: “Presunção de inocência e o enrijecimento da pretensão punitiva do estado – considerações sobre cumprimento da pena desde a decisão em segunda instância”

de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes —são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, 2015, p. 1).

Assim, contatado a violação massiva do atual sistema prisional, a falta de políticas e medidas públicas buscando a correção de tal situação bem como o próprio descaso do poder público neste sentido, teve o Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido.

Neste sentido é possível entender a explanação de Young sobre a questão da inclusão e da exclusão social

Trata-se de um movimento que parte de sociedade inclusiva de estabilidade e homogeneidade para uma sociedade excludente de mudança e divisão. No mundo moderno recente, a exclusão se dá em três níveis: exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas atividades excludentes sempre crescentes no sistema de justiça criminal e da segurança privada. (YOUNG, 2002, p. 11)

De tal sorte que é perceptível a influência que o sistema penal sofre, como um todo, do sistema econômico, fazendo com que este manifeste a vontade e o poder das classes dominantes que vigoram à época de sua vigência.

Não obstante a isto, é perceptível que pelo que expõem Young (2002, p. 11) que a exclusão social se percebe em diversos níveis. O que se torna perceptível assim é que, no âmbito do mercado de trabalho, conduzido pela políticas capitalistas e neoliberais, o trabalhador não tem um papel destacável, como já exposto acima, sendo apenas parte de uma grande engrenagem, e facilmente substituível diante da grande massa de desempregados característica deste sistema de produção. Em que pese, portanto, a necessidade de reincorporação destes que, apesar dos postos de subempregos disponíveis, acabam marginalizados e permanecem desempregados, o Estado sofre limitações neste sentido, à medida que o grande esforço intelectual existente para que o Estado deixe de intervir sobre estes aspectos no domínio econômico, acabam por resultar em que “[...] são criados verdadeiros fossos na sociedade quando estes são colocados na periferia social, sem acesso a uma qualidade de vida digna”. (KAZMIERCZAK, 2009, p. 19).

Cumprir destacar assim, que em que pesem as ideias criminológicas críticas ao se referirem, principalmente à pena privativa de liberdade, é sabido que esta problemática permanece desde tempos remotos, e que apesar das mais diversas soluções apresentadas, pouca efetividade se encontra no mister que a ela é atribuída, a saber a reinserção social daquele que cumpriu uma pena, independente de qual seja e que efetivamente encontra uma quantidade elevada de obstáculos no que se refere à possibilidade de encontrar um emprego, de conseguir se readaptar no seio da sociedade.

Assim, é possível identificar uma dificuldade ainda maior no que se refere a esta

reinserção, quando se trata de antigo membro de organização criminosa. Desta feita, passa-se a análise do conceito e formas de organizações criminosas.

CRIME ORGANIZADO E ANALOGIA COM A SÉRIE *SONS OF ANARCHY*

Sobre o assunto, cumpre ressaltar que o objeto de analogia, é uma série já referenciada no início deste trabalho, que apresenta o dia a dia de um Clube de Motoqueiros que se auto-denomina *Sons of Anarchy* ou Filhos da Anarquia⁵.

Trata-se de um grupo envolvido em diversas atividades ilegais, inicial e principalmente com o contrabando de armas vinda da Irlanda, fornecidas pelo IRA (movimento paramilitar revolucionário) para um cidade fictícia na Califórnia EUA.

No decorrer dos episódios é possível identificar que, em verdade, trata-se de uma organização criminosa que tem por objetivo a pratica de diversos crimes.

No tocante a este trabalho, verifica-se a dificuldade que alguns membros que após saírem da prisão, encontram em se desvencilhar da organização, ou até mesmo daqueles que querem por si só.

Distante até mesmo, como será visto, da ficção, esta situação reflete o que muitas pessoas que se viram envoltas com o crime organizado, passam no que toca à reinserção social, seja por dificuldade de encontrar um emprego, seja pela dificuldade de afastar da organização.

No que se refere à organização criminosa, vale dizer que não existe tipificação sobre este intento apenas em legislação penal. O que há de fato, como bem expressa Ana Flávia Messa (2012, p. 93) é o conceito fornecido pela Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional de Nova York e entrando em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 5015 de 2004.

Neste sentido expõem ainda Messa (2012, p. 94) sobre a conceituação de organização criminosa fornecida pela referida convenção

O art. 2º do citado instrumento define “Grupo criminoso organizado” como o grupo estruturado de 3 ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciados na Convenção, com intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Importante ainda ressaltar que segundo a referida Convenção, a expressão “infração grave” é aquela que pode proporcionar ao que a comete uma pena privativa de liberdade. E ainda sobre a expressão “Grupo estruturado” é aquele formado de maneira não ocasional para

5 Tradução do autor

a prática de uma infração, ainda que não haja verdadeira organização em sua formação e estrutura. (MESSA, 2012, p. 94).

De tal maneira que, em que pese tal conceituação, é de se valer da maneira como Messa (2012, p. 99) expõem, o crime organizado em verdade comporta diversos níveis, e de fato uma estrutura.

Assim, aponta a referenciada autora como estrutura do crime organizado envolvendo os elementos como: complexidade estrutural, divisão orgânica hierárquica, divisão funcional, divisão territorial, estreitas ligações com o poder estatal, atos de extrema violência, intuito de lucro ilícito ou indevido, detentora de um poder econômico elevado, capacitação funcional, alto poder de intimidação, capacidade de fraudes diversas, clandestinidade, caráter transnacional, modernidade, danosidade social de alto vulto, associação estável e permanentes com planejamento e sofisticação de meios e impessoalidade da organização. (MESSA, 2012, p. 99-101).

Neste ponto acentua também com precisão Marllon Sousa

Essa criminalidade, caracterizada pelo acentuado grau de organização, segmentação de tarefas, sempre visando ao lucro através de comportamentos desviantes, apresenta modos peculiares de agir, despertando os olhares de um número cada vez maior de estudiosos do Direito, naquilo que passou a ser visto como uma nova faceta do comportamento criminoso, identificada aqui pelo fenômeno da macrocriminalidade. (SOUSA, 2015, p. 4).

Importa ainda destacar que sobre o assunto, segundo ainda Sousa considera, existe vozes que destoam na doutrina ao criticar esta concepção por considera-la um forma de o Estado justificar a atuação do Direito Penal do Inimigo, vale dizer do recrudescimento do sistema penal. (SOUSA, 2015, p. 5).

Vale aqui ressaltar que, em que pesem estas divergências de posição, é possível concluir que, apesar de haver indícios de que o sistema penal e a pena privativa de liberdade, como anteriormente estudado, servem a objetivos um tanto obscuros, e que a criminologia crítica resolve a questão, sendo parte da crítica a tal conceituação, é fato que é um conceito adotado atualmente, e que o objetivo deste trabalho é demonstrar a dificuldade de reinserção social destas pessoas, bem como alternativas.

No que concerne ainda à série *Sons Of Anarchy*, é possível identificar várias destas características presentes ao examina-la sob a ótica do crime organizado, como por exemplo, a questão de hierarquia, de alto teor de violência, grande poder de intimidação, estreitas ligações com o poder estatal dentre outras ainda.

Principalmente pela violência, poder de intimidação e pela dificuldade de aquele que cumpriu pena, ou mesmo quer sair da organização, é que há uma dificuldade muito grande

deste conseguir de lá sair, seja pelo medo de ser morto, ou pela proximidade existente com os antigos colegas aliados à dificuldade de conseguir novo emprego. Isto se torna bem evidente na série, quando por exemplo, o próprio filho do líder do “Clube” como assim o chamam os seus membros quis sair, mas temeu pela sua vida e teve de fazer um acordo para conseguir o alvará. Vale dizer que no final das contas, mesmo assim, ele não conseguiu.

Também neste sentido ainda, um ex membro que este preso por anos, logo no início da série, pela dificuldade de conseguir um trabalho, por conseguir só trabalhos braçais e pela proximidade que tinha com os colegas do chamado Clube, retornou ao crime, só saindo deste após sua morte violenta.

Neste sentido, então Giorgi explana

A ligação entre economia e penalidade não deve ser, pois, considerada como um automatismo, como uma relação mecânica mediante a qual a superestrutura ideológica da pena possa ser deduzida, de modo linear, da estrutura material das relações de produção. Ainda que ocupe uma posição de proeminência em relação a outros fatores sociais, o universo da economia simplesmente contribui para definir a fisionomia histórica dos diversos sistemas punitivos. (GIOGI, 2006, p. 37).

De modo que é possível inferir esta íntima relação entre o sistema penal e o sistema econômico, sendo concreta esta relação e a inseparável labuta entre aqueles que desejam sair da criminalidade e o próprio sistema penal que acaba cerceando estas possibilidades, ou ainda fazendo com que estes voltem às suas anteriores atividades.

O fio condutor da economia política da pena é construído pela hipótese geral segundo a qual a evolução das formas de repressão só pode ser entendida se as legitimações ideológicas historicamente atribuídas à pena forem deixadas de lado. A penalidade absorve uma função diversa e posterior em relação à função manifesta de controle dos desvios e defesa social da criminalidade. Esta função latente pode ser descrita situando-se os dispositivos de controle social no contexto das transformações econômicas que perpassam a sociedade capitalista e as contradições que delas derivam. Tanto a afirmação histórica de determinadas práticas punitivas quanto a permanência dessas práticas na sociedade contemporânea devem ser reportadas às relações de produção dominantes, às relações econômicas entre os sujeitos e às formas hegemônicas de organização do trabalho. (GIORGI, 2006, p. 37).

Assim, sobre o assunto, é preciso que haja apontamentos acerca das medidas alternativas ao sistema penal excludente.

MEDIDAS ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Em análise acerca dos efeitos da prisão sobre a conduta do indivíduo, precipuamente sob o aspecto de sua reinserção social no tocante ao não retorno à criminalidade, é possível identificar que há uma necessidade premente de uma visão penal dentro de uma teoria garantista e de um direito penal mínimo, sem se descuidar contudo, da questão de defesa social. (BITENCOURT, 2006, p. 171).

Neste sentido, existem muitas alternativas que possibilitam um apenamento como consequência pela conduta criminosa cometida, mas que possibilitam de alguma forma, a reparação do dano causado e também não retiram de forma abrupta a possibilidade de aquela pessoa se reinserir, ou mesmo, a possibilidade de não perder o seu emprego. Será um grande salto, quando isto se tornar possível, uma vez que, como visto, existe uma certa preponderância na atualidade pelo direito penal mais enrijecido.

Assim, segundo Bitencourt (2006, p. 117) a pena de prestação pecuniária é uma destas alternativas à pena privativa de liberdade. Conforme bem observa o autor, a finalidade neste caso, é a reparação do dano.

Em que pese tal alternativa, Bitencourt (2006, p. 123) critica tal espécie de pena, uma vez que apresenta diversas controvérsias em sua análise sistemática e sobre a forma como aplica.

Contudo, é possível identificar sim, uma opção, uma alternativa a um sistema penal exclusivamente pautado na prisão, e com a possibilidade de ressarcimento, ou seja de reparação do dano.

Sobre o assunto ainda, existe a chamada perda de bens e valores em favor do Estado, ou Fundo Penitenciário Nacional. Nisto também persiste a crítica de que se trata de verdadeira pena de confisco. (BITENCOURT, 2006, p. 124).

Mesmo que sejam respeitáveis as críticas, é de se ver que, trata-se de uma alternativa com possibilidade de aplicação, à depender do tipo de delito, em substituição à pena privativa de liberdade.

Nesta linha ainda, existem as chamadas prestação de outra natureza, merecedora da crítica também de Bitencourt (2006, p. 128), mas que enseja também esta possibilidade de substituição no que se refere à privação de liberdade.

CONCLUSÃO

Este trabalho, conforme inicialmente exposto, teve o escopo de relacionar a dificuldade de reinserção social daquele que cumpre pena privativa de liberdade, especialmente do envolvido com o crime organizado.

Sobre isto, uma referência à série televisiva *Sons Of Anarchy* foi essencial para que fosse possível comparar os efeitos deste envolvimento e da extrema dificuldade que aqueles egressos encontram no que se refere à reinserção social.

Diante das dificuldades, e do sistema penal seletivo, conforme uma análise sob a ótica da criminologia crítica, restou evidente a necessidade de alternativas ao sistema penal

pautado exclusivamente na reclusão, ou ao menos como regra.

Assim, alternativas à pena privativa de liberdade, como por exemplo, prestação pecuniária, perda de bens e valores e outras alternativas, como serviços a entidades ou pagamento de cestas básicas, possibilitam que aquele que cometeu um delito não veja prejudicada toda a sua vida, restando ainda possibilidade de reinserção social, ou mesmo de pela sua não retirada deste convívio.

Assim, não se encerra nisto o debate acerca da alternatividade de um sistema penal possivelmente menos excludente. Assim, como aduz com precisão Valter Foletto Santin (2013, p. 19), as políticas públicas, em que pese o não esgotamento deste tema neste trabalho, são o caminho para que possam efetivar não só os direitos fundamentais e humanos na ótica constitucional pátria, mas também a de estabelecer normas e diretrizes para que o sistema carcerário, ou mais amplamente o sistema penal possa gozar de meios efetivamente capazes de possibilitar a efetiva reinserção social do acusado, ou mesmo do condenado.

É possível concluir portanto que, o sistema penal necessita de uma visão mais garantista, uma vez que o enrijecimento deste não traz consequências benéficas nenhuma à sociedade, senão a não saída ou permanência do indivíduo na criminalidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Patrick Carlos Tietre; DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *O Direito penal do inimigo e a problemática envolvendo sua aplicabilidade*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas. Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9714/98*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural*. Revista Consultor Jurídico, 2015.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006. p. 37.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral volume I*. 16ª edição, Niterói/RJ: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio*. Uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. rev. atual. e amp. Niterói: Impetus, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Trad. García Morente. 7ª

ed. Madrid, Espasa-calpe, 1983.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado. Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.

KERN, Fritz. *Derechos del rey y derechos del pueblo*. Trad. Angel Lopez-Arno. Madrid, 1955.

MESSA, Ana Flávia. *Crime Organizado*. Coordenadores Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública. Eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. 2ª ed. São Paulo: Verbatin, 2013.

SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial*. Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo, Atlas, 2015.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

A VIDA DE DAVID GALE: O SENHOR DE DIREITOS POR TRÁS DA ROTULAÇÃO MIDIÁTICA

Brenda Caroline Querino SILVA⁶

RESUMO

O presente trabalho busca, através da análise do filme *A Vida de David Gale*, discutir e elucidar os abusos cometidos pelas agências midiáticas no que concerne ao seu papel social e sua influência no sistema penal brasileiro. A sociedade brasileira, inserida no contexto da globalização e crescente fluxo de informações, encontra-se, ironicamente, cada vez mais desinformada e com medo, isso porque as informações são veiculadas com o fim maior de aumentar o determinismo e os estereótipos que há muito acompanham o cotidiano do país. Dessa maneira, a mídia sensacionalista, através do medo, guia a massa social ao abismo do direito penal rígido e simbólico, visto como o único meio para se atingir a famigerada segurança social, deixando, portanto, o clamor social cego à deficiência estrutural a que se encontra o país, bem como ao que tange o direito máximo da dignidade da pessoa humana que compõe a base do Estado democrático de direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Determinismo penal. Simbolismo penal. Direito penal máximo. Direito penal do inimigo. Mídia.

ABSTRACT

Through the analysis of the film *The Life of David Gale*, the present work seeks to discuss and elucidate the abuses committed by the media agencies regarding their social role and their influence on the Brazilian penal system. Brazilian society, inserted in the context of globalization and increasing flow of information, is ironically more and more misinformed and scared, because the information is conveyed with the greater purpose of increasing determinism and the stereotypes that have long accompanied The daily life of the country. In this way, the sensationalist media, through fear, guides the social mass to the abyss of rigid and symbolic criminal law, seen as the only means to achieve the infamous social security, thus leaving the social clamor blind to the structural deficiency to which is the country, as well as that which concerns the maximum right of the dignity of the human person that composes the base of the democratic state of Brazilian law.

KEY WORDS: Criminal determinism; Penal symbolism; Maximum criminal law; Criminal law of the enemy; Media;

INTRODUÇÃO

O cinema tem sido uma importante ferramenta de aproximação da sociedade ao campo jurídico, e, portanto, sendo cada vez mais utilizado em objetos de estudo, direta ou indiretamente, da ciência crítica do Direito. No presente trabalho, procura-se elucidar algumas arestas no que tange a influência da mídia na sociedade brasileira, mais especificamente, em matérias de cunho penal, demonstrando a fragilidade em que se encontra a sociedade de

6 Graduanda de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Membro do Grupo de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas (UENP). E-mail: brendaquerino@hotmail.com.

massa com a (des)informação causada pelos veículos midiáticos e sua (ir)responsabilidade frente ao direito à informação.

Nesse viés surge o importante papel do filme *A Vida de David Gale*, que mesmo tendo como cenário o Estado do Texas e sua legislação penal, nos faz questionar o real papel da mídia e sua influência. No filme, o protagonista David Gale, professor e ativista contra a pena de morte, sofre a acusação de estupro por parte de uma de suas alunas que, insatisfeita com o sistema de sua faculdade, vê na acusação injusta uma maneira de retaliação. Mesmo a aluna tendo retirado a queixa, posteriormente, David sofre com o afastamento de sua família e medidas protecionistas por parte da instituição de ensino onde trabalha, vindo, a partir daí, o início da degradação de sua vida.

David, então, começa a se dedicar mais ao ativismo contra a pena de morte, quando se vê envolto a mais uma acusação injusta, dessa vez a de estuprar e assassinar sua colega e também ativista. A história chama a atenção de uma jornalista, que resolve investigar o caso de David Gale e também o sistema judicial que ele tanto critica e, posteriormente, vem a condená-lo à pena de morte.

Durante toda a produção cinematográfica se vê traços intensos da influência da mídia na sociedade de massa, que clama pela pena de morte e cegamente nega diversos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, não conseguindo mais enxergar a pessoa de David Gale, tão somente o simplificando nos crimes em que, supostamente, havia praticado.

1. DETERMINISMO E ESTIGMA DA PESSOA CRIMINOSA

É notória a influência do determinismo no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente quando se refere à criminologia e ao sistema penal. A figura do criminoso é predeterminada pelo meio em que se encontra, pelo grau de escolaridade, pelo poder aquisitivo e pela classe social a que faz parte, sendo a criminalização da pobreza uma característica marcante do sistema penal brasileiro, que é estruturado a fim de destinar as normas mais rigorosas àqueles que estão nos estratos sociais mais débeis (KAZMIERCZAK, 2010, p. 66). Dessa forma, “cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime; empobrecer, como um produto de predisposições ou intenções criminosas” (BAUMAN, 1997, p. 59).

Aquele taxado como criminoso compõe o lado “mau” da sociedade, o lado responsável pela criação e constante reformulação do sistema penal brasileiro, pois “de certo modo, tudo o que quebra os padrões do que se considera boa conduta pode ser associado a criminosos, ao crime e a seus espaços. O que pertence ao crime é tudo o que a sociedade considera impróprio” (CALDEIRA, 2000, p. 80). Sendo, portanto, a oposição entre o que é

ruim e o que é bom o resultado das categorias genéricas do crime e dos criminosos (CALDEIRA, 2000, p. 80), restando-se o sistema penal moldado no objetivo de proteger as pessoas de “bem”, as que seguem as regras e compõem as classes sociais dignas e cidadãs.

O ser humano estigmatizado e prontamente taxado de perigoso e imoral é jogado às mazelas da sociedade, onde é inapto a constituir e ser abrangido pela esfera de direitos inerentes à pessoa humana, que são a base do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o fenômeno da estigmatização, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da Costa (2005, p. 34) bem conceitua:

Considera-se estigma uma classificação social por meio da qual um grupo de indivíduos identifica outro de acordo com o certos atributos reconhecidos pelos sujeitos que classificam como negativos ou desabonadores. A própria palavra “favelado” traz o sentido de estigma, não significando tão-somente o “morador de favela”, mas denota uma identidade social negativa. Este fenômeno da estigmatização é instrumento de dominação e possui variadas e “úteis” funções. Promove o isolamento, facilita a opção por medidas paliativas pelo Estado com o intuito de alocação de verbas, justifica a existência de desigualdades econômicas e sociais.

O estigma da pessoa criminosa sempre acompanhou o estudo da criminologia. Para Lombroso, quem deu, de forma mais racionalmente sistematizada, forma aos primeiros estereótipos, os delinquentes são a imagem do produto do cárcere, detentores de tipos físicos predefinidos, pobres, famintos, rudes, fora de moda nos gestos e vestir (CASTRO, 1983, p. 129). Para ele, a delinquência era um fenômeno atávico: o delinquente era uma *specie generis humani* diferente, porém, mesmo sendo um “criminoso nato”, em condições sociais favoráveis, poderia não cometer delito algum (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 258 – 259).

Para Chapman, o criminoso estereotipado provém geralmente do proletariado ou do subproletariado, cresce em condições econômicas e afetivas precárias que o determinam a ser um adulto instável, agressivo, incapaz para incorporar-se devidamente ao sistema de produção. O delinquente assinalado é vítima de uma sociedade dividida em classes, compõe o sistema sedimentado e possui o papel de mantê-lo inalterado, permitindo que a maioria *não criminosa*, tenha as normas que aquele violou como base para redefinir-se e reforçar o sistema de valores do seu próprio grupo (CASTRO, 1983).

Para a criminologia tradicional, o importante era descobrir variáveis sociais ou antropobiológicas, a fim de que uma fórmula indicadora de regressão ou predisposição pudesse ser encontrada para explicar as diferenças entre os delinquentes e as pessoas “normais” (CASTRO, 1983, p. 134). Porém, é com a criminologia crítica que os fatores sociais e as ações humanas combinadas ganham força no objeto de estudo da criminologia.

Leva-se em consideração a relação desses fatores com determinadas posições morais e políticas, compreendendo, pois, as necessidades humanas fundadas no entendimento de sua essência e, portanto, aprofundando mais o estudo das complexas relações humanas e os interesses políticos e econômicos que norteiam a prática penal (COSTA, 2005, p. 77 - 86).

Com o surgimento da teoria do etiquetamento, o *labelling approach*, a perspectiva para a investigação criminosa segue a direção dos estudos das instâncias oficiais, a criminalidade deixa de ser ontológica, e passa a ser uma *rotulação* que a classe hegemônica atribui ao indivíduo transgressor dos valores que ela mesmo impôs (COSTA, 2005, p. 75).

Para o *labelling approach*, a atuação dos órgãos oficiais no desenvolvimento do estigma do criminoso é essencialmente determinante, onde a prática de um mesmo ato pode vir a ser, ou não, considerada ato criminoso, levando em consideração tão só quem o comete. Nessa teoria o criminoso é encarado como um ser igual aos demais, sendo o rótulo de criminoso uma estipulação social. Desta forma, não há uma conduta criminosa por si só, e nem a construção do criminoso por fatores naturais e inerentes, mas sim a definição destes pelo próprio sistema.

Vera Regina Pereira de Andrade (2003b, p. 26), em seus estudos acerca do tema e da teoria, preceitua:

Uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal, e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.

Para o determinismo penal brasileiro e o desenvolvimento da criminologia contemporânea, cabe ressaltar a importância do *labeling approach* e o etiquetamento do criminoso, observando os rótulos e estigmas gerados pelas classes sociais e as reações sociais, e, não menos importante, vislumbrando o estudo da pessoa do criminoso e do meio que o concerne, pois “a criminologia, por seu turno, deve contemplar o delito não só como comportamento individual, senão, sobretudo, como *problema social e comunitário*” (GOMES; MOLINA, 2002, p. 71, grifo do autor).

A superficialidade e preconceção da materialidade do “mal” impede a observância do déficit social, institucional e estrutural que o constrói, fazendo com que esta seja uma luta cega, incapaz de solucionar os problemas em sua origem, contentando-se apenas, o sistema penal, em oferecer resposta rápida aos clamores da sociedade do “bem” que, portanto, jamais estará satisfeita.

Sobre a função do sistema penal, ZAFFARONI e PIERANGELI (2009, p. 72)

dispõem claramente:

É muito difícil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro.

O Direito Penal, *à priori*, tem a função de proteger os bens jurídicos essenciais, bem como garantir a dignidade do criminoso frente ao Estado, porém não é o que se observa na prática e nas palavras de doutrinadores como Zaffaroni, Pierangeli e Nilo Batista. Para Zaffaroni (2007, p. 12), as características atuais do sistema penal só são compatíveis com um modelo de Estado absoluto, sendo as concessões do penalismo se tornado obstáculos absolutistas colocados pela doutrina penal no percorrer do caminho da realização dos Estados constitucionais de direito. Nilo Batista (2004, p. 20) complementa “seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro”.

Antes mesmo de passar por todo o procedimento legal e ser condenado, o indivíduo previamente rotulado é condenado pela sociedade, esta na maioria das vezes influenciada pela mídia, passando a ter o direito fundamental da dignidade humana, mitigado. O indivíduo rotulado é marcado pelo sistema, tem sua vida social e profissional vinculada ao rótulo que lhe foi atribuído, é sujeito perigoso e impróprio ao convívio e muitas vezes passa a assumir esse papel de criminoso a que lhe foi imposto, correspondendo às expectativas que sociedade o impôs.

Nesse sentido, sobrepõe-se a magnitude da influência midiática na contribuição e acentuação da seletividade penal. Aqueles que compõem os estratos mais frágeis e menos favorecidos da sociedade não têm maior tendência a delinquir, ocorre que estes têm maior tendência a *serem criminalizados*. A criminalidade, em sua explicação etiológica, é uma conduta majoritária presente em todos os estratos sociais, porém a seletividade penal faz uma distribuição desigual e preconceituosa dessa estatística (ANDRADE, 2003a, p. 265).

O papel da mídia sobre o incremento da seletividade penal na sociedade e no sistema penal brasileiro está presente na forma como tratar e veicular informações e notícias sobre crimes, incorrendo em alterações a depender do autor do crime e da vítima, sendo estes os que ditam o uso das expressões como “bandido”, “marginal” e “pai de família” utilizadas a fim de dramatizar e definir, antes mesmo da análise dos fatos e do respeito aos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, quem o veículo midiático procura resguardar e quem deve ser marcado.

A mídia também possui participação no que concerne a divulgação de dados sobre a criminologia e, portanto, no aumento da *cifra negra*. Estes são dados da criminologia não contabilizados e muitas vezes contendo os crimes cometidos pela população de alto escalão, os chamados crimes de *colarinho branco*, que, como não divulgados corretamente, não são percebidos pela população na mesma proporção dos crimes que tem origem nas esferas mais baixas da sociedade e são altamente divulgados de maneira sensacionalista, construindo, pois, sociedades seletivas e “prejudadoras”.

A respeito das estatísticas mal formuladas que moldam a sociedade crédula:

As estatísticas criminais possibilitaram também a conclusão de que a cifra negra varia em razão da classe de estatística (policial, judicial ou penitenciária): nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação (ANDRADE, 2003a, p. 262 – 263).

O determinismo do sistema penal o transformou em seletivo e fez da criminalidade uma ciência estigmatizada. Os papéis dos entes sociais na sociedade foram corrompidos e o Estado Democrático de Direito cada vez mais é violado, assim como os direitos inerentes à pessoa humana são mitigados ao passo que a função selecionadora do sistema se transforma em função “marginalizadora” nas zonas mais baixas da escala social (BARATTA, 1999, p. 172) e essa marginalização torna-se responsável pelo aumento da desigualdade do país, bem como transforma-se no medo veiculado pelos veículos midiáticos.

2. O PAPEL DA MÍDIA NO DIREITO À INFORMAÇÃO

Ao longo dos séculos diversas foram as ferramentas responsáveis pelo famigerado “poder”. A dinâmica interacional e os fluxos de informações pelo mundo têm se tornado cada vez maiores, fazendo com que a informação assuma um papel extremamente poderoso e perigoso, aquele que tem o poder de reinventar e moldar a sociedade contemporânea, pois, segundo Bauman (1999, p. 26) “a informação agora flui independente dos seus portadores.”

Zaffaroni (2007, p. 74) destaca a importância da revolução comunicacional no âmbito dos discursos do poder punitivo:

A globalização foi precedida por uma revolução tecnológica que é, antes de tudo, uma revolução comunicacional. Este formidável avanço permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, que estimula o exercício do poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial.

Sendo de tal importância, a informação é garantida no nosso ordenamento jurídico. Em seu artigo 5º, em diversos incisos, a Constituição Federal do Brasil garante o direito à informação sendo “assegurado a todos o acesso à informação” e garantindo ainda que “todos

têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular”.

Com a falta de tempo cotidiana, cada vez mais a população se torna dependente das informações veiculadas pelos meios de comunicação de massa, fazendo com que informações transmitidas por jornais, telejornais e internet sejam verdade absoluta para essa grande maioria de pessoas que se respalda, única e exclusivamente, nesses meios de comunicação. “Quanto menos este ou aquele indivíduo conhece a realidade, mais facilmente interiorizará um mundo fictício que lhe é imposto diariamente” (BARROS FILHO, 1997, P. 99). Da mesma forma “indicam os estudos sobre a *aculturação* promovida pelos meios de comunicação, ou seja, a construção que esses meios fazem de um universo simbólico que, em grande parte, determina a ótica que seus receptores têm da realidade” (BARROS FILHO, 1997, P. 99, grifo nosso).

Com isso, sendo um instrumento formador de opinião pública e, portanto, desempenhando uma função social, é notória a importância e a responsabilidade dos veículos a que competem a difusão das informações. Muitas vezes, a fim de alcançar o maior número de audiência e visando tão somente o retorno econômico, a imprensa utiliza-se da informação de maneira errônea e em desacordo com a verdade, esquivando-se de sua responsabilidade por considerar, única e exclusivamente, o respaldo que encontra na Carta Magna quando a mesma garante que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição”, bem como que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”.

Porém, Constituição Federal do Brasil traz, já em seu artigo 5º, incisos IV, V e X, as limitações da imprensa e do mau uso do direito à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, auferindo um caráter punitivo ao uso irresponsável de tais direitos, pois há muito se sabe que o direito de obter informação dá-se na mesma vertente do direito de prestar informação, cujas vertentes tem sua origem na liberdade de informação proclamada há mais de dois séculos (TESTA JÚNIOR, 2010).

Sendo assim, o direito à liberdade de expressão e manifestação de pensamento encontra seu limite na ponderação com demais direitos constitucionais e no compromisso com a informação factual verdadeira, pois no Estado constitucional a verdade possui valor indispensável à dignidade humana, sendo proibido o que a contrapõe (a mentira) (TESTA JÚNIOR, 2010).

No mesmo viés, Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p. 223) bem conceitua:

A liberdade de informação jornalística compreende o direito de informar, bem como o do cidadão de ser devidamente informado. Qualquer legislação infraconstitucional

que constitua embaraço à atividade jornalística, por expressa disposição de nossa Carta Magna, deve ser declarada inconstitucional (CF, art. 220, § 1º). A liberdade de informação jornalística deve ser exercida de forma compatível com a tutela constitucional da intimidade e da honra das pessoas, evitando situações de abuso ao direito de informação previsto na Constituição.

O direito à liberdade de expressão e de informação não pode invadir e violar os direitos inerentes à personalidade, como a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, pois esses, seguindo o viés do direito à dignidade da pessoa humana, devem ser resguardados a fim de manter a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X esclarece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Crescentemente a mídia vem se tornando sensacionalista, distorcendo e abusando de matérias de cunho violento, a fim de, com o apelo ao medo e às emoções exacerbadas, conseguir a atenção da população que está cada vez mais inserida na cultura de massa, ou a chamada *mass-culture*, que é considerada a Terceira Cultura, surgida após a Segunda Guerra Mundial (MORIN, 2011, p. 4).

No tocante à veiculação de tais matérias, o que se tem observado é a violação do direito à imagem e à dignidade da pessoa taxada como criminosa, que, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, sofre a dilaceração da sua vida pessoal, moral e profissional quando exposta de maneira irresponsável. Para Teresa Pires do Rio Caldeira (2000, p. 43):

De fato, a fala do crime faz a violência proliferar ao combater e simbolicamente reorganizar o mundo. A ordem simbólica engendrada na fala do crime não apenas discrimina alguns grupos, promove sua discriminação e os transforma em vítimas da violência, mas também faz o medo circular através da repetição de histórias e, sobretudo, ajuda a deslegitimar as instituições da ordem e a legitimar a privatização da justiça e o uso de meios de vingança violentos e ilegais (grifo do autor).

Com isso, constantemente o direito ao devido processo legal é negado a diversas pessoas que têm suas vidas devassadas pelos mais diversos veículos de comunicação, pois “a imprensa tem o formidável poder de apagar da Constituição o princípio da presunção de inocência ou, o que é pior, de invertê-lo” (BATISTA, 1990, p. 138), acarretando efeitos, na maioria das vezes, irreparáveis ao indivíduo e toda a sua família e tornando deficiente a função social dos meios de comunicação. Sobre a importância da função social da imprensa, bem postulam Valter Fernandes e Newton Fernandes (2010, p. 420): “a imprensa deve ser balizada contra os abusos no seu exercício, no sagrado respeito à sua função social, que deve ser o verdadeiro apanágio da informação”.

Ainda que sentenciado pelo cometimento de crimes e sendo considerado um desviante da lei, da moral e dos bons costumes, o criminoso não deixa de ser sujeito possuidor

dos direitos inerentes à pessoa humana garantidos por todo o ordenamento jurídico. O direito à dignidade da pessoa humana é garantido a todos os cidadãos independentemente do cometimento de atitudes jurídicas ou antijurídicas, sendo o sujeito tão só responsabilizado, dentro das normas legais, ao que concerne à sua conduta desviante, como à mitigação do seu direito à liberdade, nos casos de penas privativas de liberdade.

Alexandre de Moraes (2003, p. 128) bem assinala sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que as pessoas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, *mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.* (grifo nosso)

Independentemente de ser um desviante da norma, não se pode negar o caráter de pessoa ao criminoso, o que ocorre na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, portanto, aquele que necessita de pura contenção. A razão pela qual é baseada a privação de direitos de alguém é o que anula a sua condição de pessoa, o que ocorre quando este é considerado pura e simplesmente um *ente perigoso* (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Ao veicular crimes, a mídia precisa ponderar seus interesses econômicos e os direitos da vítima e da pessoa criminosa, não distorcendo fatos ou polemizando situações de maneira errônea a fim de atrair o público fragilizado pelo inconformismo, ódio e comoção nacional. “Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabechem campanhas de Lei e ordem, nas quais a vingança é o principal objetivo” (ZAFFARONI, 2007, p. 75). Até que ponto vale a prática antiética e antimoral da veiculação de informações adulteradas capazes de cativar alta audiência quando estamos tratando de famílias rechaçadas publicamente de maneira desumana?

Em *A vida de David Gale* podemos observar com clareza os dois lados possíveis dos veículos de informação. De um lado, os efeitos de uma mídia sensacionalista capaz de influenciar multidões e criar a imagem distorcida de David Gale, que deixa, a partir de então, de ser um bom pai de família, bom marido e professor e pessoa engajada em ações de cunho social, restando-se apenas David Gale O Estuprador e o Assassino, incapaz de conviver em sociedade e portanto merecedor do Corredor da Morte. No filme podemos ressaltar uma marcante fala do personagem que ilustra de maneira perfeita a despersonalização da figura do criminoso “ninguém que olha através do vidro vê uma pessoa, vê um crime. Não sou mais

David Gale, sou um assassino e esturador.”

Por outro lado, vemos a mídia atuando como portadora e veiculadora do direito à informação, pautada na ética e em seu papel social. Bitsey Bloom é uma repórter comprometida com a verdade e que busca incessantemente descobrir a veracidade sobre a história de David Gale e sua prisão, após este concedê-la uma revelação exclusiva sobre a vertente dos fatos capaz de inocentá-lo.

A mídia que, muitas vezes denominada de quarto poder, deveria contribuir para a efetivação da democracia e cumprir seu papel social de levar a informação, o conhecimento, e portanto, ao enaltecimento da população, com atitudes desmedidas que contrariam o direito à imagem e à intimidade do suspeito ou criminoso, dificultam a efetivação dos princípios do sistema penal brasileiro. Dessa forma, a mídia atua como meio de contribuição para a ruptura do Estado Democrático de Direito Brasileiro e da ordem social, provendo o desrespeito aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e conduzindo a massa social à desinformação e a glorificação do medo e do ódio.

3. A MÍDIA E A CONSTRUÇÃO DO MEDO – O PAPEL DA (DES)INFORMAÇÃO NO SISTEMA PENAL

Com a globalização e o fluxo econômico, social e informacional crescente, as desigualdades sociais tem ocupado proporções ainda maiores e evidentes, gerando sociedades cada vez mais fragilizadas. A sociedade assustada e deficiente de condições básicas de sobrevivência clama por melhorias e pelo fim da violência que cala, amedronta e faz dezenas de vítimas que são todos os dias anunciadas nos noticiários. A fala do crime, presente diariamente nas notícias veiculadas, é responsável por moldar a sociedade em desacordo com os valores de igualdade social, tolerância e respeito pelos direitos alheios, pois só contribui para a produção de segregação (social e espacial), abusos por parte das instituições da ordem, contestação dos direitos da cidadania e, especialmente, a própria violência (CALDEIRA, 2000, p. 44).

O medo social é gerado por um discurso *popularesco*, o chamado *völkisch*, que subestima o povo e tem por objetivo conquistar sua simpatia, não só manipulando através do apelo a emoções e sentimentos, mas também de maneira brutalmente grosseira, mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo dos seus piores preconceitos (ZAFFARONI, 2007, p. 16). Ainda complementa Zaffaroni:

Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os

organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda völkisch e vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências (2007, p. 16).

Deficientes de estruturas sociais capazes de resguardar direitos básicos como saúde, educação e moradia, as sociedades fragilizadas têm se tornado, de maneira exacerbada, mais violentas e perigosas, elevando o descontrole e o medo a níveis assustadores. Neste diapasão, os meios de comunicação de massa notificam friamente, a fim de instigar o desejo de purificação e libertação da população, notícias como as mortes de delinquentes pela polícia, elevando ao êxtase os ânimos desta, fazendo com que a morte do inimigo seja motivo de júbilo para esta “sociedade” (VIANNA, 2006, p. 118 – 119).

Para essa sociedade, diariamente são apresentados os inimigos do Estado, aqueles seres ruins, impróprios para se manter em convívio social e os responsáveis por todo o medo e angústia que todos vivenciam. Nessa, dia após dia, cria-se a ideia de que esses indivíduos taxados e instituídos como criminosos precisam ser jogados às mazelas sociais, pois não possuem direitos e condições de permanecer com o *status* de cidadãos, que deve ser atribuído somente aos indivíduos de “bem”. No sistema determinista que o país faz parte, os “inimigos” são os estigmatizados pela raça e classe social que compõem, pois estes são os pré-determinados a serem desviantes da norma.

Desta sociedade determinista e afogada no medo, surge a ideia do direito penal do inimigo, que segundo Jakobs e Meliá (20, apud JAKOBS; MELIÁ, 2007, p.67):

O Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: 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 fato futuro), no lugar de – como é 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 processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Dessa forma, com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas sim ameaça seus inimigos, na medida em que o conceito de Direito penal do inimigo constitui uma reação de combate entre o ordenamento jurídico e os indivíduos especialmente perigosos (JAKOBS; MELIÁ, 2007). Admaldo Cesário dos Santos (2009, p. 26) comenta a ideia institucionalizada por Jakobs:

O referido “direito” caracteriza-se como uma necessidade de neutralização de determinados indivíduos, por não oferecerem garantias cognitivas comportamentais conforme a ordem normativa, de modo a, conforme o Funcionalismo pontificado por Jakobs, não mais podem fazer jus ao *status* de pessoas.

Por não seguirem as normas pré-estabelecidas e serem vistos como mazelas sociais,

tornam-se alvos de um modelo punitivo que só se preocupa em equilibrar os ânimos e responder aos clamores sociais da sociedade fragilizada e vítima da violência. Nesse contexto, ao punir o fato praticado e não a condição de pessoa, o Direito Penal do inimigo é um direito distanciado dos próprios fins do Direito Penal. A construção do “inimigo”, moldada na supressão de garantias processuais e criação de tipos penais, resta-se em descompasso com a Constituição Federal e, portanto, deve ser banida do ordenamento jurídico (KAZMIERCZAK, 2010, p. 86).

A população que vê diariamente notícias polemizadas sobre homicídios, roubos, sequestros e estupros se torna incapaz de enxergar o que está “por traz do vidro”, como traz em *A vida de David Gale*. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir o discurso emocional dos impulsos vingativos, os especialistas que compõem a veiculação de tais notícias não possuem conhecimentos sérios, são palpiteiros livres que reiteram o discurso único e comum (ZAFFARONI, 2007, p. 74 – 75).

Criar inimigos tem sido o papel da chamada mídia sensacionalista, que transforma e veicula de maneira desmedida eventos que geram mobilização e comoção nacional, fazendo com que, cada vez mais, a sociedade reivindique a criação de penas rigorosas capazes de protegê-la do mal que a violência pretende afligi-la. Para Bauman (1999, p. 123):

O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça.

É certo que a crescente criminalidade coage, amedronta a todos e precisa ser combatida. O grande perigo, porém, está no corpo social moldado sob grande emoção e informações mal fundamentadas, que transformam em absolutas as meias verdades e deixam de ponderar o déficit social e a carência de direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. Isso ocorre porque as medidas a respeito da segurança, que é o clamor público, são mais espetaculares, visíveis e “televisíveis” que qualquer gesto realizado para combater as causas mais intrínsecas do mal-estar e problemas sociais, pois estes são menos visíveis e espetaculosos e portanto geram menos promoção política (BAUMAN, 1999, p. 126).

Os veículos de informação e comunicação deveriam ser meios pelos quais a população esclarece seus questionamentos e recebe as informações para que possa criar visões críticas acerca dos acontecimentos a sua volta, sendo, portanto um veículo de comunicação cumprindo seu papel social e criando uma sociedade munida de discernimento e concepções estruturadas. De outro modo, vivencia-se a mídia introduzindo concepções unilaterais e construindo sociedades cada vez mais “penalistas” e “emergencialistas”.

É possível recolhermos sem qualquer objeção que, com o processo de redemocratização vivenciado a partir dos anos 80, e num evidente movimento lógico ao fim do Estado Ditatorial que vivificou de modo aterrorizante a censura, os meios de comunicação passaram a gozar de certa autonomia poética. A liberdade de expressão passa a ser vista como pilastra indissociável do Estado Democrático de Direitos - como de outro modo não poderia ser - entretanto, a falta de maturidade dos meios de comunicação neste novo tempo e por que não dizer, a ausência de raízes culturalmente sólidas para a construção de uma imprensa independente, acabou permitindo que a mídia fosse abocanhada pelo Estado Capitalista deslocando o aumento da criminalidade para o eixo central dos noticiários.

Apresenta-se então que um "[...] terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade, pela violência urbana" (SICA, 2002, p. 77). Sendo, portanto, uma sociedade acometida pela criação de leis unicamente como resposta aos clamores públicos e oferecidas como solução à controvérsia. "Simbólico no sentido crítico é por conseguinte um Direito Penal no qual se pode esperar que realize através da norma e sua aplicação outras funções instrumentais diversas das declaradas, associando-se neste sentido com engano" (ANDRADE, 2003a, p. 293).

Era necessário, portanto, o aumento das penas, a retirada dos benefícios concedidos aos presos, a criação de novos delitos como forma de suposta garantia do estado de bem estar. Estava, pois, instalado o estado emergencial e o denominado direito penal de emergência aclamado pela mídia e recebido pelo anseio social sem que qualquer base científica nele estivesse apontada. Um dado a mais seria introduzido na consciência coletiva, através das propostas midiáticas veiculadas de forma sensacionalista. Assim, como bem expressa Benoni Belli (2004), no Brasil, a popularidade da política de Tolerância Zero passa a coexistir com a ideia de que a defesa ou os defensores dos direitos humanos constituem um obstáculo para a implementação de políticas de segurança de proteção aos "homens de bem".

É preciso ter em mente que a Tolerância Zero não é apenas uma estratégia policial: 'Mais que uma estratégia, trata-se de uma retórica, de um vocabulário populista que sobrepõe arbitrariamente moral e direito, restauração dos valores e tutela da ordem pública, demagogia nos assuntos de segurança e demanda social por segurança.' A Tolerância Zero é a expressão, no campo da gestão policial da segurança pública, de um contexto em que prevalece a descrença na reabilitação, na busca das causas sociais do crime, na transformação de estruturas sociais, na superação da exclusão produzida e reproduzida diariamente nas relações sociais (BELLI, 2004, p.76).

Verdadeira inversão da ordem se decreta numa das mais bem orquestradas ações dirigidas à sociedade na figura da inquietante "massa de manobra". É a população que passa então a se isolar e se fechar legitimando o Estado a agir novamente de forma autoritária, "[...]

é a contenção da violência através do monopólio legítimo do uso da força pelo Estado de Direito que passa a garantir a eficácia da noção de contrato social” (DORNELLES, 2003, p. 45)

O medo disseminado a toda a população faz com esta veja na pena o único meio para se combater a violência, ao mesmo passo que requer punições mais severas e até atentatórias aos direitos humanos sem ao menos ponderar as consequências de tais atos. “Proclama-se que o sistema penal possuiria uma função preventiva tanto especial quanto geral, ou seja, fomentaria a ressocialização do apenado e advertiria os demais sobre as consequências de imitar-se o delinquente” (KAZMIERCZAK, 2010, p. 61), portanto, deveria ser o último método, utilizado apenas quando todas as maneiras de resgatar o delinquente restassem ineficazes. Porém, o que se vê é um método sendo prontamente utilizado como a solução para o problema, que, de fato, passa a fazer apenas mais uma vítima do sistema carcerário degradante brasileiro.

O Estado, por sua vez, a fim de responder aos clamores populares e transmitir a sensação de segurança à sociedade fragilizada, que diariamente é bombardeada com desinformações e convive com a ideia de que “bandido bom é bandido morto”, cria leis e aumenta a penalização na tentativa de evitar que a insegurança se torne caos generalizado, pois lamentavelmente funda-se a ideia de que leis mais severas são garantias.

É fácil dizer que “bandido tem é que morrer”, e sair por aí oprimindo toda uma população, divulgando que os habitantes das favelas e dos conjuntos e bairros populares têm propensão para o crime. Propensão para o crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria, a subnutrição e a doença – em suma, que cria a favela e as condições sub-humanas de vida (BATISTA, 1990, p. 159).

Casos famosos como o de Daniella Perez e a alteração da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) demonstram com clareza a força com que a mídia e as figuras públicas ensejam sobre o sistema penal brasileiro através da grande repercussão midiática de casos que geram pressão e comoção nacional.

Para Roxin (2006, p. 47) normas preponderantemente simbólicas devem ser recusadas, pois:

Não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através de declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.

Da mesma forma, o chamado “juízo pela imprensa” (*trial by the media*) deve ser prontamente dizimado do contexto midiático e social brasileiro, pois, quando pessoas e fatos relacionados a um processo criminal em andamento são noticiados ou comentados com

teor opinativo, claro ou subliminar (BATISTA, 1990, p. 138), o sistema penal brasileiro resta-se violado, a dignidade da pessoa do criminoso torna-se inalcançada e a população se vê inserida, de maneira perigosa, pelas instâncias de poder, ao caos do medo e do processo ilusório da falsa segurança. Bem conclui Zaffaroni (2007, p. 79):

Este período ficará conhecido como o mais degradado da história penal; (...) porque os legisladores atuais o fazem apenas por temor à publicidade contrária ou por oportunismo, ou seja, sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico. (...) O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o *vazio de pensamento*. (grifo do autor)

A proliferação da desinformação, além de ser desfavor social, é atitude perigosa que incita o ódio, cega em relação aos direitos inerentes a todos os seres humanos e a personificação do sujeito de direitos, ao mesmo passo em que dificulta a solução dos problemas que acometem a sociedade, pois respostas rápidas aos clamores sociais são apenas soluções tampão e estão longe de solucionar as crises que acometem toda a ordem estrutural e organizacional do Brasil.

CONCLUSÃO

O determinismo que assola a sistemática do direito penal brasileiro nunca esteve tão evidente e ao mesmo passo desconsiderado. O indivíduo vítima do estereótipo do criminoso é aquele pertencente às classes sociais menos abastadas, sendo todos os dias descartado às mazelas sociais e esquecido no cárcere deficiente.

A massa social se vê inserida num contexto em que a reprodução incessante de matérias estereotipadas sobre o crime e a circulação de matérias que auxiliam no crescimento das desinformações e contemplam a incitação ao ódio, acabam por gerar uma base excludente e cega aos reais fatores que levam ao caos social, encontrando tão somente no sistema penal a solução para alcançar as sonhadas segurança e paz social, que são os clamores públicos motivados pelo medo.

Porém, ao mesmo passo que o discurso clama por paz e segurança, este, com o ódio à imagem institucionalizada do “inimigo”, acena para o preconceito e a violação ao direito da dignidade da pessoa humana e, com isso, acaba por violar os preceitos do Estado Democrático de Direito.

A mídia sensacionalista, que age unicamente com o intuito comercial, não concretiza seu compromisso com a informação factual verdadeira e divulga dados contrários a verdade ou de maneira tendenciosa, deixando de fazer seu papel social e, portanto, realizando desfavores no que concerne à efetivação dos direitos e garantias institucionalizadas pelo

Estado Democrático de Direito brasileiro.

A mídia tem pautado seu trabalho na determinação do inimigo do Estado, aquele que vai em desencontro com as normas e preceitos institucionalizados pela sociedade do “bem”, fazendo com que este e sua conduta desviada sejam os responsáveis pelos percalços a que a população tem sido obrigada a percorrer.

Analisando pela ótica da comunidade política, a criação do Inimigo e sua conjuntura de culpas é a forma menos complexa de resolução dos problemas, onde se sacrifica alguns em detrimento de todos no percurso da segurança e paz social. Ocorre que, ao se analisar pela ótica estrutural a que se encontra o país, a materialidade dos problemas é muito mais conturbada.

Ao se induzir a massa popular ao enaltecimento do sacrifício dos “inimigos”, além de compactuar com a violação dos direitos inerentes à pessoa humana, os meios de comunicação que não cumprem seu papel social colaboram com a criação de uma sociedade superficial, incapaz de analisar os problemas estruturais em sua origem, deixando de lado a reivindicação da base social a que todos têm direito, como ocorre em *A Vida de David Gale*, onde a população clama pela morte do criminoso, figura tendenciosamente instituída pela mídia, ao invés de considerar a ruptura de direitos que configura a pena de morte.

O problema da exacerbada violência no país vai muito além de soluções tampões de aumento da penalidade máxima, está no enaltecimento do ódio, na criação de determinismos, mazelas sociais e falta de condições básicas de desenvolvimento social. A mídia, em meio ao seu papel social de garantir o direito à informação verdadeira, precisa assumir seu posto na construção de uma sociedade pensante e crítica, capaz de realizar as reivindicações necessárias para a alteração da realidade fática a que o país tem se condicionado, impedindo que “inimigos” sejam inapropriadamente criados e os verdadeiros responsáveis não sejam responsabilizados, como se observa ao final da trama que motivou a escrita desse trabalho.

Na nova ordem política, após o processo de redemocratização vivenciado com os movimentos sobre o fim da ditadura no Brasil, no direito penal pós moderno, o reconhecimento destas falácias se concretizam e autorizam um repensar. A mídia e a liberdade de imprensa devem amadurecer e ganhar a independência necessária para não mais se subjugar e subjugar a sociedade.

Uma nova teoria penal alternativa e humanista deve ser pensada e implementada; não é possível utilizarmos as vítimas e o clamor social provocados pela mídia, antes descritos, como escopo para o endurecimento do Estado. O direito penal como vem sendo encarado e fomentado pela imprensa não atinge suas finalidades e, portanto, se apresenta como um

desafio necessário que deve partir de uma conversa interdisciplinar, tendo os meios de comunicação como franco apoiador de uma nova política criminal em franca ruptura paradigmática.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003b.

ANIYAR de CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução e acréscimos de E. Kosowski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 1999.

BARROS FILHO, Clóvis de. Violência nos meios de comunicação. In: KUPSTAS, Márcia (Org.). *Violência em debate*. 3.ed. São Paulo: Moderna, 1997. Cap. 5. P. 97-114.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1997.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BELLI, Benoni. *Tolerância Zero: Visões da Segurança Pública na Década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BRASIL, Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16 de abril de 2017.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro. Forense: 1983.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DORNELLES, João Ricardo. *Conflito e Segurança - entre Pombos e Falcões*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. *Criminologia integrada*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García- Pablos de. *Criminologia*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional – 13ª. Edição –* São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX: espírito do tempo*. Tradução de: Maura Ribeiro Sardinha. – 10.ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. *Direito penal do inimigo e culpa jurídico- penal: o problema da responsabilidade pelo livre- arbítrio*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

SICA, Leonardo: *Direito Penal de Emergência e Alternativas a Prisão*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Direito fundamental à informação factual verdadeira: regulação constitucional da imprensa*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba – PR.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol. 1 – 8ª ed. São Paulo: Revan, 2009.

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

Alessandro GALLETTI⁷
Ricardo Vilariço Ferreira PINTO⁸

RESUMO

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

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

ABSTRACT

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

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

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para responder a pergunta, parte-se o estudo analisando a definição jurídica de ações

afirmativas, que diz respeito a verdadeiros instrumentos para trazer a igualdade material aos grupos menos favorecidos que por longa data foram desprestigiados pelos grupos mais favorecidos. Trata-se de políticas públicas e privadas que dependem efetivamente das três esferas do poder além da iniciativa privada.

1. O FILME SEPARATE BUT EQUAL

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

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

Em 28 de maio de 1951, em Claredon, na Carolina do Norte, ocorreu o primeiro julgamento da ação onde era questionada a emenda n.º 14⁹ da Constituição dos Estados Unidos da América, que previa igual tratamento a todos perante a lei, no entanto, não era o que ocorria de fato, pois vigorava a lei dos separados com igualdade. Foram realizadas inúmeras pesquisas com os alunos negros através de psicólogos especializados no assunto, justamente para sustentar a tese dos querelantes de que as condições de inferioridade ocorrida dentro do âmbito escolar poderiam causar danos irreparáveis nas vidas dos mesmos e, além disso, conseguir provar aos juízes que o Estado fazia a distribuição de renda injusta para os

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

negros segregados. Nada obstante, a decisão proferida manteve pela sétima vez o precedente da Suprema Corte norte-americana que estabelecia a legitimidade de cada estado estadunidense legislar acerca da questão da segregação racial nas escolas públicas, ou seja, “separados, mas iguais”.

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

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

Conforme a Folha¹⁰, em 19 de maio de 1954, as manchetes dos jornais norte-

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

americanos anunciavam o fim da segregação racial nas escolas públicas, tal decisão, que se inscreve no programa do movimento de emancipação da população de cor, iniciado logo após a guerra da secessão, encerra um debate que colocava no plano judiciário os representantes de 15 milhões de negros que viviam principalmente nos estados do sul dos Estados Unidos. Era o início de novos tempos de luta e de mudanças, em consequente mudança até mesmo do conceito de igualdade. A Constituição norte-americana foi dinâmica, quanto a sua função, acompanhou o tempo social, mostrando-se presente na vida das pessoas, ouvindo seu clamor, demonstrando uma leitura da realidade concreta e não meramente de um texto formal. É nesse sentido que dizemos que a decisão da suprema corte foi um marco histórico que influenciou de modo significativo o clamor social, defendendo uma nova doutrina, um novo jeito de pensar e agir, uma nova igualdade. A suprema corte decidiu que, muitas vezes o texto não é capaz de acompanhar as demandas sociais e assim novas interpretações deve ser dada ao texto escrito, isto de acordo com os valores e parâmetros legitimados pela sociedade. De certa forma o texto escrito deve acompanhar o tempo social.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS

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

A inércia Estatal se mostra pelo fato de sua característica não intervencionista na economia, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. No entanto, o lapso temporal tem demonstrado a insuficiência deste mecanismo, passando a exigir do Estado uma participação ativa no enfrentamento na resolução dos problemas sociais. Surgiram desta maneira, as denominadas ações afirmativas, constituídas por políticas públicas positivas de

combate à discriminação. Originárias dos Estados Unidos da América, propagando-se por todo o mundo, inclusive no Brasil.¹¹

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

Trazemos uma definição muito precisa sobre ações afirmativas de GOMES¹²:

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

As ações afirmativas são assim traduzidas por Joaquim Barbosa:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebida com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.¹³

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

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

[...] medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.¹⁴

Não somente o Estado como também a iniciativa privada possuem participação ativa

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

12 Ibidem. p. 6.

13 GOMES, op. cit. p. 40.

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

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

Imprescindível estabelecer as diferenças das políticas governamentais “neutras” de combate à discriminação, das políticas governamentais “positivas” de combate à discriminação, através das ações afirmativas. Gomes¹⁵, demonstra com maestria esta distinção.

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

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

Os objetivos das ações afirmativas não ficam restritos à proibição de determinadas condutas, mas requerem a promoção de políticas capazes de efetivamente promoverem uma mudança social, de ordem pedagógica, cultural e psicológica, afirma o referido autor.¹⁶

A efetividade das ações estatais positivas – ações afirmativas – necessita de uma atuação efetiva do Estado representado pelos três poderes, bem como, da iniciativa privada,

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

16 GOMES, op. cit. p. 44.

com o intuito preciso de se promover a igualdade material, resgatando a dignidade da pessoa humana. Os Poderes Legislativo e Executivo agindo de forma preventiva, exigindo uma atuação ativa, tanto do Estado como da iniciativa privada. Enquanto o Poder Judiciário possui uma função reparatória, além de sua função de implementador de políticas públicas, quando exige o cumprimento e a inserção das minorias em postos de trabalhos, nas faculdades públicas, por exemplo.¹⁷

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

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

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Trata-se de norma programática, com eficácia imediata, visando a implementação de planos e programas sociais, envolvendo a participação de toda a sociedade e do Estado, este representado pelos três poderes, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. É cediço que por serem normas programáticas não são terminantes, mas sim, de trato sucessivo e continuado, dependendo de outros fatores, externos e internos, para serem implementadas, visando o aprimoramento e implementação dos objetivos que se destinam. Podem variar no tempo, dependendo da época e da necessidade. Bonavides¹⁸ traz a lume que os fins da jurisdição estão previstos neste dispositivo constitucional e são destinados à promoção da justiça social.

A implementação de discriminações positivas, no entanto, necessita critérios e alta capacidade de comprometimento com a realidade factual, não sendo possível traçar métodos

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

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

inflexíveis e duradouros, em razão da constante gestação de direitos.

Uma vez percebida a exclusão social, a ação afirmativa seve para resgatar essas minorias e, uma vez cumprido este papel, ela não tem mais razão de existir, sob pena de se tornar uma discriminação negativa. Por tal razão o caráter provisório da ação afirmativa. Um dos argumentos contrários às ações afirmativas, lançado pela doutrina estadunidense, repousa exatamente no caráter definitivo com que estão sendo adotadas estas medidas. Entretanto, para seus defensores, é defendida a tese de que as políticas afirmativas ainda não surtiram os efeitos esperados, por isso sua manutenção. Gomes¹⁹ demonstra a divergência sobre as ações afirmativas no direito estadunidense:

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

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

3 AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Thomas Sowell²⁰, economista norte-americano, crítico social, filósofo político e autor liberal conservador, ao lecionar sobre políticas de ações afirmativas, estabelece que essas medidas por parte do governo Norte-Americano enfrentam um problema que não existe em vários outros países, tornando-se imprescindível, antes de discorrer sobre a evolução histórica, entender e analisar os obstáculos jurídicos que essas políticas tiveram que superar para serem

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

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

aceitas perante a Suprema Corte estadunidense e pelo cenário político.

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

Vários são os estudos que visualizam que as políticas oficiais de grupos preferenciais remontam os primórdios da história americana. Destacamos a população nativa de índios americanos, que por longo tempo foi submetida a leis diferentes e piores do que as da maioria branca, até que em 1930, foi contemplada a primeira política de preferência oficial para uma minoria racial nos Estados Unidos, onde os índios ganharam um status preferencial para emprego do Bureau of Indian Affairs.²¹

O racismo sempre esteve enraizado na cultura estadunidense, causando graves tensões sociais ao longo da história. Um exemplo desses danos foi justamente o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que deu origem e embasamento ao filme que sugestionou a confecção deste artigo, onde resta demonstrado o endosso do descontentamento dos negros contra o preconceito manifesto pela sociedade, desencadeando o surgimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos, de caráter pacifista difundida por líderes, dos quais merece destaque, Martin Luther King Jr.²²

O papel do Judiciário americano foi de suma importância para por fim a segregação racial e fazer aflorar na sociedade vários movimentos em favor dos direitos humanos. Porém, esta nova postura da Suprema Corte foi insuficiente para combater o preconceito e a desigualdade social²³, e então senador John F. Kennedy, que pertencia aos segmentos minoritários da sociedade estadunidense em razão de ser católico e descendente de irlandeses, captou a importância dessa temática e, já em discursos em campanhas presidenciais de 1960, defendia as classes menos favorecidas, em setores como educação, saúde e previdência social.

O Presidente Kennedy, fervoroso na implantação de medidas que apresentassem resultados notórios ao seu eleitorado, expediu em apenas dois meses após assumir a presidência, a Executive Order n.º 10.925, que tinha como objetivo fiscalizar e reprimir todas as discriminações existentes dentro do mercado de trabalho. Conforme Menezes²⁴, a partir

21 SOWELL, op. cit., p.116.

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

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

24 MENEZES, op. cit., p.88.

dessa ordem executiva em todos os contratos celebrados como o governo federal, ficou estabelecido que:

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

Segundo Sowell²⁵, esse foi o marco inicial de uma série de decretos de diversos governos, que muito embora não criasse preferências e nem cotas para os grupos minoritários, ordenava que os empregadores contratassem e promovessem sem levar em conta filiações a grupos.

As ideias do Presidente Kenedy geraram grande hostilidade na sociedade norte-americana. Todavia não serviram para diminuir o seu empenho em aprovar vários projetos de leis que tiveram grande repercussão social. Destaca-se aqui a *Equal Pay Act* (Lei da igualdade de remuneração), de 1963, que proibiu discriminação quanto ao trabalho das mulheres exigindo que recebessem uma remuneração igual a dos homens.²⁶

O trágico assassinato do Presidente Kennedy se deu nesse mesmo ano, e seu vice, Lyndon B. Johnson, assumiu o cargo, disposto a dar continuidade aos projetos já encaminhados pelo seu antecessor. Registra-se aqui o *Civil Right Act* (Ato dos Direitos Civis), de 2 de julho de 1964, que proibiu todos os tipos de discriminação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal (Título VI); a discriminação no mercado de trabalho por motivo de raça, cor, sexo ou origem nacional, a ser observada pelos grandes empregadores, incluindo-se as universidades públicas e privadas (Título VII).²⁷

Tais medidas ainda não se mostraram suficientes, o que levou esse mesmo presidente a adotar uma postura mais enérgica em face da discriminação. No dia 4 de julho de 1965, quando discursava perante graduados da Howard University, definiu o conceito de ações afirmativas e afirmou que os direitos civis não são suficientes para sanar a discriminação²⁸, sinalizando naquele momento os próximos passos que seriam dados:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, 'Você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo.

25 SOWELL, op. cit., p.124.

26 MENEZES, op. cit., p.89.

27 MENEZES, op. cit., p.90.

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

Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões.

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

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

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualada, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.²⁹

Decorreu deste decreto o Office Of Federal Contract Compliance, no Ministério do Trabalho, que em 1968, expediu diretrizes contendo expressões marcantes como “objetivos e cronogramas” e “representação” para a imediata conquista de igual e total oportunidade de emprego, contudo, ainda não se referiam a cotas.³⁰ Embora não tenha atingido os objetivos esperados, essa ordem executiva teve grande relevância histórica, justamente por ter sido desde então, utilizada como base em programas direcionados ao combate às desigualdades sociais, e pelo fato de tais programas passarem a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, sedimentando o conceito que viria a ser conhecido por ação afirmativa.³¹

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

A presidência dos Estados Unidos em 1969, foi assumida por Richard Nixon que preencheu o cargo de Secretário do Trabalho com um negro, Arthur Fletcher, ficando esse encarregado de elaborar um projeto que viesse a tornar efetivas as disposições da Civil Right

29 Idem, p. 87.

30 SOWELL, op. cit., p.124.

31 MENEZES, op. cit., p.92.

Act (Ato do Direitos Civis) de 1964. Fruto deste trabalho foi o Philadelphia Plan (Plano da Filadélfia), que impôs às partes que mantinham contratos com o governo federal a adoção de programas de ação afirmativa a fim de corrigir as discriminações existentes em relação à mulher e às minorias raciais.

Durante o governo Nixon, em meados de 1970, novas diretrizes foram criadas no tocante a “procedimentos orientados para resultados”, indicando mais concretamente o que iria ocorrer. Em 1971, ficou claro que “objetivos e cronogramas” significavam “aumentar materialmente o emprego de minorias e de mulheres”. Toda vez que a paridade estatística fosse alcançada em todas as categorias de empregos, requisitou-se dos empregadores que confessassem a “deficiência na utilização de minorias e de mulheres, cabendo aos mesmos o ônus da prova”. Foi na década de 1970 que restou estabelecida essa nova noção de ação afirmativa, transformada num conceito numérico, por vezes chamado de “objetivo” ou de “cotas”.³²

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

O mapa da evolução político-legislativa das ações afirmativas implementadas nos Estados Unidos pode ser representado da seguinte forma: a) a Emenda n.º 14 prescreve que os afro-americanos são cidadão pelos dos Estados Unidos e veda que os estados lhes neguem proteção igualitária e um processo judicial justo; b) a Emenda n.º 15 estabelece que não será negado ou manipulado o direito ao voto, como base na etnia; c) a Ordem Executiva n.º 10.925 criou a Comissão para Igualdade de Oportunidade no emprego; d) a Lei de Direitos Civis (Civil Right Act, de 2 de julho de 1944,), merecendo destaque seus artigos VI, que veda “a discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade em programas assistidos financeiramente pelo governo federal” e VII, que proibi a “discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou origem nacional, pelos empregadores”; e) a Ordem Executiva n.º 11.246 que fortaleceu e ampliou a Ordem Executiva n.º 10.925, impondo ações afirmativas na contratação e promoção para todos aqueles que recebem verbas de contratos firmados com a Federação; f) a criação por meio de uma Ordem Executiva do OMBE – Escritório de Empresas de Negócios de Minorias objetivando incentivar financeiramente empresas geridas por minorias; g) discriminação não intencional no emprego, denominada de discriminação indireta, proibia a adoção para a contratação de requisitos e teste que não fossem necessários à execução das tarefas para as quais os candidatos se habilitassem; h) foi assegurado pelo

32 SOWELL, op. cit., p.125.

governo através de programas objetivos e mensuráveis, especialmente, nos altos escalões de sua própria burocracia, a presença de minorias e de mulheres; i) o congresso estadunidense incluiu um dispositivo legal sobre obras públicas, prescrevendo que cada governo local ou estadual utilizasse 10% dos fundos federais destinados a obras para agenciar serviços de empresas controladas por minorias; j) o governo passou a exigir que as instituições de ensino que tivessem praticado atos discriminatórios adotassem programas especiais para a admissão de minorias e mulheres como condição para que se habilitasse a ajuda federal; k) incentivo às ações voluntárias de emprego e educação, sendo essas ações denominadas cotas, visando assegurar percentuais mínimos na contratação e promoção de trabalhadores nas empresas privadas e instituições públicas e admissão de estudantes oriundos dos grupos minoritários nas universidades, consubstanciadas nas discriminações decorrentes do passado.

As experiências das ações afirmativas expandiram-se para diversos países que a adotaram como instrumento apto de garantir uma democracia de inclusão social. O modelo estadunidense ultrapassou fronteiras e em determinados países passou a constar expressamente em seus textos constitucionais. Pode ser citado como exemplo o Canadá, no artigo 15, do Constitution Act de 1982 prescreve a igualdade perante a lei como regra geral com a proibição da discriminação, bem como o seu parágrafo 2º que estatui a affirmative action clause (cláusula de ação afirmativa), onde restam descritas as exceções a esta regra.³³

Após o regime de apartheid, foi promulgada a Constituição Sul-Africana onde consta em seu texto a possibilidade de adoções das ações afirmativas como instrumento de equalizar as diferenças existentes.³⁴

CONCLUSÃO

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

O termo ação afirmativa (*affirmative action*), espécie do gênero políticas públicas, surgiu no início da década de 60, quando os Estados Unidos definiram medidas que viriam a

33 15. 1. Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental. 15. 2. A subseção 1 não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagens devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental.

34 9. 2. A igualdade perante a lei inclui a plena igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas.

ser adotadas pelo governo, para corrigir ou minimizar os trágicos efeitos da discriminação racial no país. Tiveram início a partir das leis que procuravam extirpar a discriminação entre os indivíduos, principalmente com relação aos negros, expandindo-se posteriormente aos demais grupos minoritários.

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

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

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

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

No direito brasileiro, embora as ações afirmativas sejam expressamente previstas no

texto da Constituição Federal, a realidade é demasiadamente outra.³⁵ Os debates acerca do tema acham-se atrasados há muitas décadas, existindo ainda resistências quanto à admissão destas políticas de ações afirmativas. O Poder Judiciário, cujo papel central é ser o fiel da balança em prol da plenitude da igualdade, ou seja, da igualdade material que se difere diametralmente da igualdade formal, vem se pronunciando de forma tímida, não assumindo o seu verdadeiro papel de guardião da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

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

GOMES, J. B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001

HOBBS, THOMAS. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo. Editora Landy, 2001.

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

Portal Banco de Dados Folha. Disponível em: http://almanaque.folha.uol.com.br/mundo_19mai1954.htm. Acesso 21, Março, 2017, 10h22min.

Portal Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/948>. Acesso 19, Abril, 2017, 10h00min.

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

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

ROUSSEAU, J.J. Do contrato social e discurso sobre a economia política. 7ª ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, s/d.

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

SÈROUSSI, Roland. Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano. São Paulo: Editora Landy, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Carlos Aurélio de. Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Letras, 1996

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

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ANÁLISE CRÍTICA DA INQUISIÇÃO E SUA HISTÓRIA- “O NOME DA ROSA”

Lucas Rocha BRAGATO³⁶

Felipe Cesar SAMOGIM³⁷

RESUMO

O presente trabalho pretende associar a história exposta no filme O Nome da Rosa com a maneira que o Direito era praticado (e entendido) no período da Idade Média pelo Tribunal do Santo Ofício, também chamado de Santa Inquisição, relatando conjuntamente, sobre o contexto histórico envolvido na época em que se passa a trama do longa-metragem, além disso, descrever sobre a origem desta instituição da Igreja Católica. O artigo também se preocupa em descrever o processo de julgamento usado pelo Santo Ofício e suas punições. O objetivo é demonstrar a importância de entendermos como o Direito era tratado no passado, e sua ligação com a religião.

PALAVRAS-CHAVE: Inquisição. O Nome da Rosa. Discricionariedade.

ABSTRACT

The present work intends to associate the history exposed in the film The Name of the Rose with the way that the Law was practiced (and understood) in the period of Middle Age by the Court of the Holy Office, also called Santa Inquisition, reporting jointly on the historical context involved in the time in which passes the plot of the feature film, in addition, describe on the origin of this institution of the Catholic Church. The article is also concerned with describing the process of judgment used by the Court of the Holy Office and its punishments. The goal is to demonstrate a meaning of how the Law was treated in the past, and its connection with the religion.

KEYWORDS: Inquisition. The Name of Rose. Discretion.

1. INTRODUÇÃO

O filme O Nome da Rosa expõem temas históricos sobre o Tribunal do Santo Ofício, de extrema relevância, para que se possa entender como o Direito e o conceito de justiça mudam conforme o passar tempo. Por conseguinte, este singelo trabalho visa explanar um pouco sobre a história da Santa Inquisição: sua origem, a relação existente entre a instituição e as ordens mendicantes, sua influência na Igreja Católica e nas nações europeias e seu declínio.

Posteriormente, será descrito os procedimentos usados pela Inquisição, o funcionamento do interrogatório, a utilização de torturas, a pena de morte na fogueira que era comumente utilizada e a forma como o inquisidor atuava, usando como parâmetro os temas

36 Discente do 3º 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.

37 Discente do 3º 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.

exposto no longa-metragem denominado O Nome Da Rosa.

1.1. Em Um Mosteiro... (Resumo Sobre o Filme)

O filme O Nome da Rosa do diretor Jean-Jacques Annaud de 1986, baseado no livro de mesmo nome, do escritor Umberto Eco, se passa na Idade Média, no ano de 1327 D.C.

A história é contada pelo monge noviço Adso de Melk e se passa em um mosteiro localizado no norte da península Itálica, onde o noviço relata as mortes misteriosas e horríficas ocorridas no local. A investigação sobre os acontecimentos é liderada por seu tutor, o monge franciscano Guilherme de Baskerville, caracterizado pela sua visão racional e empírica sobre o mundo e um grande amante da leitura. Entretanto as revelações posteriores demonstram o acontecimento de outros crimes naquele lugar.

Além dos crimes cometidos na abadia, o filme também evidencia o conflito entre o papado e as ordens mendicantes (principalmente as ordens franciscana e dominicana) no tocante a ideia da pobreza e humildade de Jesus Cristo e se a Igreja Católica deveria abrir mão de parte de seus bens e terras adquiridas e conquistadas até aquele momento, como também retrata um julgamento da Inquisição feito pelo inquisidor Bernardo Gui, onde o monge e despenseiro Remígio de Varagine é acusado e condenado pelo crime de heresia, pois antes de trabalhar no mosteiro era membro da ordem mendicante dos dolcinianos (ordem messiânica liderada por Dolcino de Novara, que pregava a pobreza absoluta da Igreja e invadia territórios em posse de bispos e cardeais matando e saqueando esses povoados) considerada herege pela Igreja.

O despenseiro também é condenado injustamente pelos assassinatos de Adelmo de Otranto, Venancio de Salvemec e Severino de Sant'Emmerano, pois posteriormente Guilherme descobre que as mortes ocorriam pelo fato de um suposto livro raro escrito por Aristóteles, pertencente a biblioteca do mosteiro, estar com suas bordas envenenadas e todos que relavam seus dedos em suas páginas e depois os inseria em sua boca, eram mortos. O veneno foi colocado por Jorge de Burgos (um dos monges mais velhos da abadia), pois era contra as ideias expressas no livro.

O longa-metragem revela o funcionamento do julgamento e da condenação feita pelo Tribunal do Santo Ofício em sua primeira geração que vai do século XII ao XIV, em um tempo em que Direito, religião e política se correlacionavam de forma muito intensa fazendo com que o processo e os crimes julgados nos tribunais da Idade Média fossem totalmente divergentes dos ideais de direito e justiça contemporâneas.

2. A “SANTA” INQUISIÇÃO

2.1. Desenrolar Histórico

A Inquisição Medieval tem seu início no século XII, com os combates dos reinos cristãos contra os grupos hereges que surgiram na Europa Ocidental. Foi a partir da bem sucedida Cruzada Albigense ocorrida no sul da França, realizada para deter o avanço dos ideais cátaros (divergentes dos conceitos da Igreja romana) que se espalhava por todo o continente, originários da cidade de Albi, se deu início as perseguições e julgamentos feitos por padres a fim de evitar que novas divisões da cristandade ocorressem.

Posteriormente, foi estabelecida e organizada a Instituição do Santo Ofício com o decreto papal *Ad Aboledam* (1184) feito pelo Papa Lúcio III e nas bulas feitas pelo Papa Clemente: *Licet ad Capiendos* (1233) e *Ad Exstirpanda* (1252). Legitimando a perseguição aos considerados hereges e, mais tarde a feitiçaria foi incorporada aos crimes contra fé³⁸.

O Santo Ofício atuou nas regiões da França, Itália, Alemanha e Portugal. A versão medieval da Inquisição no tocante as punições e torturas eram mais brandas se comparado à segunda versão, denominada como Inquisição Moderna (atuou principalmente nos reinos de Portugal e Espanha), pois ocorreu entre os séculos XV e XIX, todavia o uso de tormentos para alcançar a reconhecimento dos crimes pelos acusados era permitido no medievo³⁹. No filme *O Nome da Rosa*, o uso da tortura contra Salvatore fica implícita e Remígio é ameaçado pelo inquisidor Bernardo a ser torturado se não confessasse os crimes, notando-se que era utilizado como um meio de obter confissões do réu.

No período em que se passa a história da obra cinematográfica, há grande influência das ordens mendicantes na administração da Igreja, pelo fato da grande revolução no pensamento cristão feita por homens como São Bento, São Domingo e São Francisco, principalmente o último, pois foi o que iniciou o questionamento sobre a riqueza adquirida pelos membros do clero, pois contradizia os ensinamentos e a vida que Jesus de Nazaré (o Cristo) pregava e foi exposta nos evangelhos.

No período do Cisma do Oriente, em que houve a eleição de um Papa (Clemente V) pelo rei Felipe IV, o belo da França e a criação de uma nova sede para a Igreja na cidade Avignon (o chamado Cativo de Avignon), dividindo a Europa cristã ocidental entre a igreja de Roma e a estabelecida em território francês, foi o momento de grande rivalidade entre as ordens mendicantes.

38 PINTO, Felipe Martins. **A Inquisição e o sistema inquisitório**. 2010. 9 f. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56.

39 REDAÇÃO Mundo Estranho. **O que foi a Inquisição**. 2011. 1 f. Revista Mundo Estranho, São Paulo.

Outro acontecimento que rivalizou as ordens foram as divergências entre o rei do Sacro Império Romano-Germânico, Ludovico da Baviera e o Papa João XXII, pelo fato de o sumo pontífice considerou inválida a coroação do rei bávaro, ocasionando a excomunhão do mesmo e um conflito armado entre as forças de Roma e as alemãs, isso dividiu as ordens entre os apoiadores do papa e os de Ludovico (o rei afirmava que o papa não representava a Igreja). Esse impasse entre os mendicantes e sua influência na Igreja Católica é mencionada por Maurílio Cesar de Lima:

Finalmente, o reconhecimento da suprema autoridade da Igreja em favor dos mendicantes promoveu-os extraordinariamente. Quando mais ardia a lide das Investiduras – ao contrário do que aconteceria pouco mais tarde na pendência entre o Papa João XXII (1216-1334) e o imperador Ludovico IV, o Bávaro-, os franciscanos, ainda que internamente divididos, propuseram-se defender corajosamente o pontificado e propagavam a fidelidade ao papa a todo o transe. Por isso, malgrado a proibição do Concílio de Latrão IV (1215) de se criar novas ordens religiosas, os mendicantes já dependiam do papa *in fieri*, conquanto de maneira diversa da de outras antigas ordens, próximas ao *in facto* esse que as sustentava, que dependiam da compreensão e da condescendência do sumo pontífice em lhes proporcionar privilégios e isenção do bando paroquial para exercer mistérios e esmolar. (LIMA, 1999, p. 259).

A influência dessas ordens levou-as a eleição de seus membros aos postos mais altos da Igreja de Roma, e posteriormente, muitos Papas eram integrantes de alguma ordem mendicante. Conseqüentemente, as ordens foram responsáveis pela nomeação de vários inquisidores, o filme deixa claro esse fato quando Guilherme de Baskerville (franciscano) assume ter sido inquisidor no passado. Esse período histórico é relatado por Francisco Betencourt:

Com efeito, os inquisidores eram teoricamente nomeados pelo papa, mas pouco a pouco verifica-se uma delegação desses poderes de nomeação ao superiores ou locais das ordens mendicantes. (...) Assim, se o papa franciscano Nicolau IV (1288-92) impôs a ampliação da “concessão” inquisitorial a sua ordem, especialmente nos territórios da República de Veneza, o papa dominicano Pio V (1566-72), antigo inquisidor e membro da Sacra Congregazione, impôs a extensão dos territórios sob monopólio inquisitorial de sua ordem (nomeadamente a Veneza e à Romagna, à custa dos franciscanos). (BETENCOURT, 2000, p. 125).

O poder em Roma dessas ordens, que pregavam a humildade e a pobreza de Cristo, cresceu conforme a passagem do tempo, de maneira que seu ideal se afastou da realidade fática, pois o enriquecimento da Igreja e os julgamentos da Inquisição também aumentaram mesmo com a influência de seus integrantes.

O ideal mendicante acabou se alastrando pela Europa medieval, pois “bem cedo o espírito mendicante, notadamente o da santidade e do ideal de São Francisco de Assis, extravasou dos limites de seus conventos e contagiou sadiamente os fiéis: criaram-se as ordens terceiras” (LIMA, 1999, p. 258). Isso ocasionou novas interpretações para a ideia de humildade, tanto que alguns acreditavam que o poder acumulado pela Igreja Católica era um

mal que deveria ser combatido, assim surgiram movimentos messiânicos como o de Dolcino de Novara, que pregava a violência contra os membros e desapropriação das terras pertencentes ao clero. Conseqüentemente a Igreja autorizou a perseguição de seus seguidores pela inquisição até mesmo depois da extinção do movimento, com a morte de Dolcino queimado na fogueira em 1307 por ordens do Clemente V. Remígio e Salvatore são sentenciados como hereges pois eram antigos participantes do grupo de Dolcino, denominados dolcinianos.

A Inquisição Medieval perdeu sua força de atuação no século XIV, entretanto no século seguinte é revigorada no reino da Espanha pelo rei Fernando de Aragão e a rainha Isabel de Castela, na tentativa de controlar as populações recém-conquistadas dos reinos mouros do sul da península Ibérica que foram convertidas a religião cristã, e também perseguir os judeus convertidos, pois eram grandes comerciantes e detentores de muito capital, dessa forma, a punição do Santo Ofício e o confisco de bens dos acusados se tornou uma forma lucrativa de angariar riquezas a Coroa, mantendo também a população em total controle dos monarcas absolutistas. Posteriormente, foi instituída uma cede da Inquisição no reino de Portugal, com as mesmas finalidades do tribunal de seu país vizinho.

As grandes diferenças entre a Inquisição do período Medieval e a chamada Inquisição Moderna, foi o fato de a segunda ter forte influência, e muitas vezes controle total, dos reis absolutistas dos países ibéricos. Outro fato, é a perseguição desta se concentrar não somente nos denominados hereges, mas também no chamados cristãos-novos, definidos como os judeus e mulçumanos recém-convertidos ao cristianismo. Essas populações eram perseguidas pelo fato de muitos continuarem clandestinamente a cultuar sua antiga religião, porque sua conversão foi feita de maneira forçada pelos reis cristãos.

O fim do Tribunal do Santo Ofício se iniciou quando os ideais democráticos e iluministas se espalharam pela Europa e atingiram os reinos cristãos. A função e os métodos do Tribunal começaram a ser questionados pelos novos governos baseados no racionalismo científico e na liberdade religiosa. Esse fato foi descrito por Francisco Betencourt:

O caso espanhol é ainda mais tardio, e as hesitações mais acentuadas: em 1808, a supressão é determinada por um decreto de Napoleão, na sequência da ocupação militar do Reino; depois da recuperação da independência, as cortes de Cádiz decidiram, por seu turno, a abolição do “Santo Ofício”, em 1813; o regresso do rei Fernando VII impôs o restabelecimento dos tribunais em 1814, de novo a revolução liberal de 1820 suprimiu a instituição, decisão tornada definitiva apenas em 1834. (BETENCOURT, 2000, p. 377).

No caso de Portugal, a Inquisição foi abolida depois da Revolução Liberal do Porto em 1821. Na península Itálica, o fim da Inquisição ocorreu com mais antecedência que nas nações ibéricas:

Com efeito, os decretos de abolição da Inquisição nos diferentes Estados italianos sucedem-se entre 1746 e 1800, quer no quadro da ação de governos “iluminados” – como em Nápoles, em 1746; Parma, 1768; Milão, em 1775; Toscana e Sicília em 1782; ou Modena, em 1785 – quer no quadro das invasões francesas, entre 1796 e 1800, em Veneza e Turim. (BETENCOURT, 2000, p.377).

Com o enfraquecimento das monarquias absolutistas, a ascensão dos ideais iluministas e os impactantes acontecimentos na Independência dos Estados Unidos da América e principalmente na Revolução Francesa, o poder da Igreja Católica foi questionado e diminuído em todo o continente europeu, ocasionando o enfraquecimento da Inquisição e gradualmente a sua extinção.

2.2. Ramo Jurídico e Posicionamento

Para discorrer sobre a instituição do Tribunal do Santo Ofício é preciso esclarecer em qual ramo do Direito ela se encaixa. O Direito religioso se divide em Direito Eclesiástico e Direito Canônico, ambos praticados pela Igreja Católica até os dias atuais.

O Direito Eclesiástico é definido por ser um ramo ligado as relações internacionais do Vaticano com outros Estados e também com seus próprios habitantes, enquanto o Direito Canônico se preocupa com a relação entre a Igreja e seus fiéis e todos aqueles que pregam sobre a fé católica. Essa diferença é bem relatada por José Rogério Cruz e Tucci Luiz Carlos de Azevedo:

Pois bem, diante dessa dualidade institucional, o direito eclesiástico tem por finalidade reger o relacionamento da Igreja enquanto considerado Estado, nos assuntos políticos de natureza diplomática (direito público externo), bem como nas relações jurídicas (civis e penais) com os habitantes do Vaticano (direito público interno).

O direito canônico, a seu turno, considerando a Igreja com instituição puramente religiosa, visa disciplinar o relacionamento entre ela e seus subordinados pela fé, uma vez que professam a doutrina do cristianismo. O escopo precípua do direito canônico, portanto, é salvação das almas. (CRUZ; AZEVEDO, 2001, p. 14).

Dessa forma, o Tribunal da Santa Inquisição se caracterizava pelo ramo do Direito Canônico, pois cuidava da punição dos crimes cometidos contra fé e os “bons costumes” da época. Punindo com penas extremamente cruéis e usando métodos de tortura para obter confissões e provas contra os acusados, como é visto no filme em que Salvatore é supostamente torturado pelos soldados de Bernardo Gui para obter informações contra Remígio.

As punições eram justificadas por violarem as leis divinas da bíblia, e conseqüentemente levavam ao arbítrio dos inquisidores para decidir as condenações, pois a população medieval europeia não tinha acesso às Escrituras Sagradas pelo fato de os livros serem muito raros na época e extremamente valiosos do ponto de vista econômico e religioso,

representado no filme pela grande e secreta biblioteca do mosteiro. Assim, somente os membros do clero tinham o poder de definir o que realmente era um ato criminoso contra a fé. A fundamentação para as punições em favor de um deus são descritas por Benita Heike Krause Suecher:

Castigar em nome de Deus ou de uma força invisível parece ser uma das formas mais inteligentes de imposição de violência. Quando não se conhece contra quem se luta, a desvantagem é estarrecedora. Uma divindade vingativa e poderosa é capaz de confirmar a vontade de um soberano igualmente cruel. Tem-se outra manifestação irracional e de terror que alimenta o espetáculo punitivo. (SUECHER, 2013, p. 69).

A ideia de um Deus que vigia a humanidade e pune seus erros e pecados severamente era a predominante no período medieval, tornando assim, os representantes do clero agentes da justiça divina e responsáveis por manter a ordem das Sagradas Escrituras em todos os reinos cristãos.

Vários dos cultos religiosos distintos do cristão católico eram severamente punidos como crimes contra a fé, as críticas contra a Igreja também eram proibidas e outros tipos de condutas consideradas indignas de um fiel, como é exposto por Anita Novinsk:

Os crimes julgados pelo Tribunal eram de duas naturezas: contra a fé, como judaísmo, protestantismo, luteranismo, deísmo, libertinismo, molinismo, maometismo, blasfêmias, desacatos, críticas aos dogmas; contra a moral e os costumes, como bigamia, sodomia, feitiçaria, etc., com toda sua série de modalidades, e que se misturavam com o campo religioso. (NOVINSK, 1983, p.56).

A maioria das condenações inquisitoriais se enquadrava no crime de heresia conceituado como “a pessoa que crê ou sustenta com tenacidade um sentimento declarado por errôneo, contra a Igreja” (Código Filipino, Quinto Livro, Título I, Dos Hereges e Apóstatas, p. 1147); revelando que os hereges são aqueles defensores de ideais diferentes aos disseminados pela Igreja. Como se demonstra no filme onde Remígio e Salvatore são condenados por serem qualificados como hereges.

A Inquisição era o órgão responsável por acusar e incriminar a população que negava os ideais da Igreja Católica Apostólica Romana na Europa a fim de consolidar o poder temporal da Igreja, pois na Idade Medieval se iniciou a luta de conversão contra a religião islã, judaica e o começo das ramificações do cristianismo.

3. JULGAMENTO

Chegamos ao ponto culminante de nossa história, o julgamento, onde o filme se entrelaça com a Inquisição, demonstrando a dor e o sofrimento e as injustiças que os réus e os interrogados sofriam. No filme, a determinado momento ocorre a chegada do inquisidor Bernardo Gui, o qual dará andamento ao julgamento, devido aos acontecimentos

“demoníacos” corridos no mosteiro.

Tornasse importante dizer que o julgamento era chamado de auto de fé, sendo este quase uma encenação coberta de solenidades. Este procedimento é relatado por Francisco Bethencourt:

Auto da fé significa literalmente “ato da fé”, o que quer dizer nessa época efeito moral e representação (teatral) da fé. Essa representação, que é possível situar no conjunto das manifestações de teatro religioso da península Ibérica - por exemplo, os autos *sacramentales*, os autos da paixão ou os quadros vivos de cenas bíblicas incluídos nas procissões do *Corpus Christi* -, tem a particularidade de ser produzida com acusados verdadeiros, que seguramente conhecem o seu papel, mas que não são atores no sentido literal do termo e não fazem ensaios: o espetáculo é definitivo e único para eles. Os únicos “atores” permanentes nos autos da fé são os próprios inquisidores, que acumulam esse papel com o de diretores. Trata-se, antes de mais nada, de uma apresentação pública da abjuração, da reconciliação e do castigo, que segue regras precisas decorrentes de um modelo comum às inquisições hispânicas, com uma dimensão teatral evidente, concretizada no palco, na cenografia e na distribuição dos papéis. (BETENCOURT, 2000, p 227).

Sendo assim, o auto de fé acabava por ser um teatro para a população, onde encenação e realidade se cruzam, onde o enredo era a própria história daqueles “atores”, onde o sangue, a dor, e a morte eram reais, e este teatro macabro era um “entretenimento” e um meio de fazer com quem assistisse respeitasse a Igreja e seus mandos e desmandos.

E neste sentido, o filme retrata bem este caráter teatral no modo quase caricato que Bernardo faz as perguntas e da procissão onde se leva os três sentenciados para seu derradeiro fim na fogueira.

3.1. Procedimento (Processo, Ritualística)

O processo da Inquisição era repleto de falhas, dentre elas, a margem existente para a prática de discricionariedades capazes de serem praticadas pelo julgador (inquisidor), devido a inexistência de meios procedimentais garantistas, para preencher esta lacuna, como por exemplo, o direito de defesa, pressupostos de validade das provas, paridade de armas, entre tantos outros. Neste sentido explana o processualista Fredie Didier Jr.:

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito a demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental do devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo deste direito. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da inquisição poderiam ser rápidos. Não parece porém, que se sintam saudade deles. (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 69).

3.1.1. Juiz, Promotor e Delegado

Nota-se que o inquisidor, neste caso Bernardo Gui, possuía um grande poder, pois

este exercia a função de promotor, pois acusava ferrenhamente o réu; delegado: visto que ele próprio era responsável pelas investigações do caso, pela obtenção de “provas” pelas confissões que na maioria das vezes será obtida mediante tortura, mas sua participação nestes casos era de modo indireto; e como já dito anteriormente, possuía a função de juiz.

Em relação a função de delegado exercida pelo inquisidor, havia grande discricionariedade, pois este diante da função de colher provas poderia decidir qual seria levada em conta ou não, sem ter que seguir alguma regra para determinada escolha. Neste sentido expõem Anita Waingort Novisky (NOVINSK, 1983, p58): “Aceitavam-se denúncias de qualquer categoria de pessoas e mesmo cartas anônimas. O crédito das testemunhas dependia exclusivamente do arbítrio dos inquisidores. ‘Ouvir dizer’ e ‘suposições’ também eram consideradas provas.”

No filme se torna nítida esta função de delegado, pois com a chegada de Bernardo Gui ao mosteiro começa haver as investigações oficiais em relação aos fatos ocorridos, e juntamente com ela, as práticas de tortura para a obtenção de respostas e confissões, pois até então as investigações feitas por Guilherme não foram consideradas válidas para o julgamento, sem haver contestações a estes atos.

Na função de delegado e em outras onde se encontra a discricionariedade do inquisidor, nota-se que em sua maioria eram solipsista, pois utilizavam-se desta brecha para sobrepor seus entendimentos perante a sociedade e a realidade. Sendo solipsismo, segundo a definição do dicionário Aurélio (FERREIRA, 2009, p.1871): “Doutrina segundo a qual a única realidade no mundo é o eu:”.

Nota-se que em relação a sua função de julgador, neste período não havia imparcialidade, havendo grande parcialidade devido a sua própria função cumulada de acusador, diversamente do que se adota hoje, sendo que passou a prevalecer o princípio do juiz imparcial ou imparcialidade do juiz, inclusive a inobservância a este princípio gera uma sanção. Referente a este princípio, explana Fernando da Costa Tourinho filho (TOURINHO FILHO, 2009, p41): “Não se pode admitir juiz parcial. Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, quer civil, quer penal, não houvesse imparcialidade do juiz”.

E nesta função de juiz, Bernardo Gui chama a mesa mais dois juízes escolhidos por ele, o abade e Guilherme de Baskerville, sendo estes juízes *ad hoc*, ou seja, juízes pós-fato.

É mister dizer que estes dois juízes não possuíam praticamente nenhum poder, sendo meramente parte da ritualística do julgamento, visto que se estes dessem um voto diverso do inquisidor poderiam ser condenados por heresia por compactuarem com o acusado.

Nota-se que os dois julgadores e o próprio inquisidor, se chocam com o princípio do juiz natural, atualmente adotado e defendido, tanto que, quando descumprido, gera consequências. Expõem sobre este princípio o professor e processualista português Jorge de Figueiro Dias:

[...] princípio do juiz natural ou do juiz legal, através do qual se procura sancionar, de forma expressa, o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não *ad hoc* criado ou tido como competente. A tanto vincula a necessária garantia dos direitos da pessoa, ligada à ordenação da administração da justiça, à exigência de julgamentos independentes e imparciais e à confiança da comunidade naquela administração. (DIAS, 2004, p. 322).

3.1.2. Ausência de Defesa

Outra grande característica em relação ao procedimento deste julgamento e que não havia direito de defesa, visto que o acusado não tinha oportunidade de se defender e de nem obter um defensor, pois se também houvesse um defensor ou mesmo alguém que dissesse que o réu era inocente, contrapondo se ao inquisidor, este seria considerado também um herege por “concordar” com o pensamento herético do acusado e sendo este provavelmente condenado à morte.

Em relação a este fato, a determinado momento do filme ficamos sabendo que Guilherme era membro da inquisição, e foi considerado herege pelo simples fato de discordar da decisão do inquisidor Bernardo Gui, sua sorte foi ter conseguido o perdão do papa, se não teria tido um final trágico. Visto isso, percebe-se que o simples fato de discordar do inquisidor em relação à sentença do acusado seria um motivo para considerar este em conluio com o herege, sendo assim também um herege.

Em uma análise jurídica atual, estes atos não seriam aceitos, pois violam o direito a ampla defesa e o princípio de paridade de armas, sendo que não se permitiu ao réu se defender das acusações, não se dando meios e instrumentos pra que o fizesse. Em relação ao princípio da paridade de armas, posiciona-se Fernando da Costa:

De nada valeria a parte acusadora e acusada encontrarem-se no mesmo plano, equidistantes do juiz, órgão superpartes, se o Estado não lhes proporcionasse equilíbrio de forças, dando-lhes os mesmos instrumentos para a pugna judiciária. Sendo a ampla defesa dogma constitucional, por óbvio haveria desrespeito à Lei Maior se, por acaso, uma das partes, no Processo Penal, tivesse mais direitos e mais poderes que o outro. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 44).

3.1.3. Interrogatório, Tortura e Denúncia

Os inquisidores obtinham os nomes dos réus devido a denúncias feitas a este, como diz Anita Waingort (p. 59), “Os inquisidores guiavam-se por uma lista de nomes, extraídos de denúncias anteriores, que o réu ignorava, mas aos quais devia referir-se um por um, e

normalmente as pessoas que denunciavam eram próximas do acusado (como amigos, vizinhos e até familiares que com o medo de sofrer tortura ou durante a tortura, acaba por denunciar)”. O filme demonstra isso quando Salvatore denuncia Remígio, devido à dor que a tortura produziu a ele, assim sendo levado a acusar o amigo.

Logicamente também se poderia descobrir o crime herético praticado por este, quando pego em flagrante. Por exemplo quando no filme, Salvatore é pego em flagrante por Bernardo Gui praticando atos de bruxaria.

Em relação as denúncias proferidas por testemunhas, expõem Anita Waingort que (p. 60) “Uma testemunha era suficiente para justificar o envio para câmara do tormento.”

Quando o réu era detido, este era levado para o interrogatório, com o intuito de se obter a confissão de seus atos heréticos, e obter mais denúncias, assim o inquisidor consegue mais acusados, e quando o inquisidor achava que o interrogado não havia falado tudo o que sabia, este era levado para a câmara de tortura para conseguir extrair todas as informações “necessárias”. Neste sentido expõe Anita Waingort (p. 59): “Caso não mencionasse todos os nomes, a confissão era considerada incompleta. Nesse caso, mandavam-no para a câmara de tortura. Confuso, no desespero de querer salvar-se, o réu prometia denunciar mais, e acusava todas as pessoas que conhecia: amigos de infância, pais, filhos, irmãos, parentes etc.”

Na utilização de meios de tortura para a obtenção de confissões e denúncias, as quais na maioria das vezes não condiziam com a realidade, pois diante da dor o torturado confessava o que fez, o que não fez e o que nem tinha pensado em fazer. Assim a confissão por meio da tortura, levava a prática de grandes injustiças (sendo a própria tortura uma injustiça), sendo uma destas a condenação a morte de uma pessoa inocente, quando esta não perecia antes mesmo da prática da tortura.

A um trecho do filme que retrata perfeitamente este fato, quando Remígio de Varagine, com a ameaça de sofrer tortura, confessa ter sido responsável pelos assassinatos cometidos no mosteiro.

3.1.4. Execução

Segundo Anita Waingart (p 66), “Durante o auto-de-fé, os réus ouviam suas sentenças.” E a execução da pena imposta ao réu ocorria após o auto-de-fé, e neste momento como na prática da tortura, a igreja tentava evitar que seus “funcionários” se envolvessem diretamente na prática destes atos, de tal maneira que quem preparava o réu para seu destino final eram soldados “terceirizados” que prestavam serviço à santa inquisição. Neste sentido explana Francisco Bethencourt:

A realização do espetáculo de execução dos relaxados da inquisição faz-se imediatamente após o auto de fé, sob a responsabilidade das autoridades civis, vigiadas pelos agentes inquisitoriais. Essa distribuição de responsabilidades é explicável, pois os inquisidores, enquanto clérigos, não podiam condenar ninguém à morte (uma prática proibida pelo direito canônico). Daí o artifício de “relaxar” o excomungado à justiça secular, que reconhecia a validade do processo inquisitorial, aceitando suas conclusões e ordenando imediatamente a execução da pena capital. O local dessa cerimônia era diferente do local do auto de fé, situando-se geralmente nas zonas tradicionais das execuções civis – fora das portas da cidade, para não “sujar” a aglomeração urbana delimitada pelas muralhas e consagrada pelos ritos de proteção, nomeadamente pelas procissões. (BETHENCOURT, 2000, p.254).

Neste sentido da mudança de local para a execução da pena, o filme demonstra o procedimento com maestria, quando Remígio, Salvatore e a mulher são levados pelos soldados para fora do mosteiro, e acompanhados por uma procissão que entoava um canto (um tanto macabro), e foram amarrados a troncos posicionados acima da fogueira. No momento próximo do derradeiro fim, Bernardo pergunta a ambos se aceitam Jesus Cristo como salvador e renegam o demônio (sua prática herética). O destino dos condenados era a morte, a qual tradicionalmente era feita na fogueira para as chamas purificarem a sua alma pecadora.

CONCLUSÃO

A trama ocorrida no filme *O Nome da Rosa* expõem uma parcela do poder da Igreja Católica na Europa, no período da Idade Média, e se passa em um contexto histórico conflituoso e único. Apresentando também, um fragmento do que era o Santo Ofício e seu processo de julgamento, conseqüentemente revela ao espectador um pouco da concepção de Direito naquele período histórico.

O Direito e a religião na Idade Média e Moderna estiveram muito próximos, até o momento em que as revoluções burguesas demarcaram a separação entre essas matérias. O Tribunal do Santo Ofício foi uma instituição que marcou a história do Direito, pois a maioria dos ideais usados pela Inquisição é repudiada pelos juristas modernos.

Os métodos de tortura, as penas cruéis e o processo de condenação feito pelos inquisidores são totalmente antagônicos aos procedimentos e princípios usados pelo Direito contemporâneo, principalmente com o advento do ideal de Estado Democrático de Direito. Demonstrando a grande modificação no conceito de fazer justiça ao longo do tempo, evidenciando que deteriorar a dignidade e a vida de um indivíduo a fim de puni-lo por seus crimes, não é a forma adequada de chegar à justiça.

A história da Inquisição é marcada com violência e intrigas políticas, deixando como advertência as conseqüências do que pode ocorrer se uma instituição criada para garantir a

justiça, acaba se envolvendo na busca pelo poder e pelo controle de sua população, pois assim, acaba corrompendo sua verdadeira função, e sendo responsável por atos lancinantes.

A Inquisição é um acontecimento histórico que não deve ser esquecido pelos juristas modernos, pois deve servir de exemplo de como o Direito pode ser deturpado para justificar atos extremamente cruéis, travestido por um ideal de bondade e justiça divina (no caso da Inquisição).

REFERÊNCIAS

BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália: séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 530 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. 660 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 12. ed., rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. 618 p.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. 479 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. 2120 p.

LIMA, Maurilio Cesar de Lima. **Introdução à história do direito canônico**. São Paulo: Loyola, 1999. 358 p.

MENDES, Candido. **Auxiliar jurídico: servindo de appendice a Décima Quarta Edição do Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro: Philomathico, 1869. 835 p.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. 94 p.

PINTO, Felipe Martins. **A Inquisição e o sistema inquisitório**. 2010. 9 f. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56.

REDAÇÃO Mundo Estranho. **O que foi a Inquisição**. 2011. 1 f. Revista Mundo Estranho, São Paulo.

SUECKER, Betina Heike Krause. **Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 187 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal: volume 1**. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 641 p.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 241 p.

ANALISE DO FILME “DOZE HOMENS E UM SENTENÇA.”

Bianca Boni MAGOSSE
Liara Pires Barcelos Do NASCIMENTO

RESUMO

Desde o primeiro agrupamento humano, o homem vem sofrendo limitações no seu modo de ser, pensar, manifestar, entre outras coisas. A evolução fez com que o indivíduo saísse do seu estado natural, para lutar por igualdade e reconhecimento de direitos. Após um longo período, temos o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela (ONU), que tem como objetivo a proteção do indivíduo e dos seus direitos básicos, contudo, os direitos humanos não surgiram com a declaração, ela apenas concretizou aquilo que já era inerente ao ser humano desde seu surgimento, alterando conforme a evolução e o contexto social existente em cada época. No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, surge um estado mais garantista e promocional, possuindo normas de direitos fundamentais, tendo como base os princípios presentes na declaração universal dos direitos humanos. Com a implementação de princípios constitucionais, surge maior proteção ao indivíduo, tendo como princípio fundamental a dignidade humana, dentre outros que serão mencionados. O presente trabalho visa a análise dos princípios constitucionais gerais e específicos referente ao tribunal do júri, tendo como objetivo central a breve análise do filme “Doze Homens e um Sentença”, com metodologia de revisão bibliográfica, pretendendo trazer uma breve comparação com os princípios constitucionais, a proteção dada ao indivíduo atualmente, e a falha do poder judiciário em relação à tribunal do júri.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Tribunal do Júri. Filme Doze Homens e Uma Sentença.

ABSTRACT

Since the first human grouping, man has been suffering limitations in his way of being, thinking, manifesting, among other things. Evolution has made the individual leave their natural state, to fight for equality and recognition of rights. After a long period, comes the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the (UN), with the protection of the individual and his basic rights as goal, however, the human rights did not emerge with the declaration, it only fulfilled what was already inherent to the human being since its inception, changing according to the evolution and the social context existing at each time. In Brazil, with the Federal Constitution of 1988, a more guaranteeing and promotional state emerges, having fundamental rights standards based on the principles of the Universal Declaration of Human Rights. With the implementation of constitutional principles, comes greater protection to the individual, having as fundamental principle human dignity, among others that will be mentioned. This study aims at analyzing the general and specific constitutional principles related to the jury's court, having as main objective the brief analysis of the film "Twelve Angry Men", with bibliographic review methodology, intending to bring a brief comparison with the constitutional principles, the protection given to the individual today, and the failure of the judiciary on the jury.

KEYWORDS: Human Rights. Jury. Movie Twelve Angry Men.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca a conceituação dos temas inerentes aos princípios constitucionais, direitos humanos, tribunal do júri, frente a uma breve análise do filme “Doze Homens e uma Sentença”.

1.1 Origem Histórica dos Direitos Humanos

Com o primeiro agrupamento humano, o homem passa a possuir limitações, seja na sua liberdade, no modo de viver, e assim por diante, para tentar conviver harmoniosamente com os demais indivíduos. Com o passar dos tempos e a evolução humana, o indivíduo sai do seu estágio natural/primitivo e passa para uma nova era, de lutas e conquistas.

Na antiguidade, havia a figura dos escravos e dos senhores, os escravos eram considerados objetos, seus direitos eram inexistentes, eram dominados pelos senhores de engenho, por serem vistos como mercadorias, os preços variavam de acordo com a suas, habilidades, condições físicas, idade, dentre outros.

Na idade média, nota-se o aparecimento do feudalismo, onde não havia mais a figura do escravo. A partir daí, os indivíduos de classe inferior passam a ser considerados como servos, trabalhavam em troca de moradia para os senhores feudais, enquanto estes ofereciam proteção, por exemplo, em casos de guerra. Observa-se, portanto, que começa a surgir certos direitos sociais referentes ao trabalho, contudo, a desigualdade de classes ainda é grande.

Após séculos, o homem começa a não aceitar mais as situações de tamanha diferença social, iniciando uma luta incessante por igualdade de direitos.

Com o advindo da segunda guerra mundial tem-se início a declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, garantindo direitos básicos ao indivíduo.

No Brasil, posteriormente ao período de escravidão e com o surgimento da primeira constituição nacional até a atual, é notório do nascimento várias revoluções e conquistas sociais. Em um primeiro estágio, fala-se na existência uma constituição liberal, não intervencionista, onde havia apenas direitos de primeira geração. Contudo, esta constituição necessitava de alterações para se adequar às evoluções sociais. Daí surge Estado Social, a constituição social garantindo direitos a todo indivíduo. No entanto, faltavam algumas proteções inerentes ao ser humano, tendo que o Estado, após um longo período, intervir nas relações. Surge-se então a figura do Estado promocional e prestacional, onde o Estado passa dar mais direitos e deveres, e proteger o indivíduo em sua particularidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado passa a realmente ter o dever de garantir e proteger os direitos individuais e coletivos estabelecidos naquela. Surgem princípios de proteção efetiva do indivíduo, que não podem mais serem apagados e

encontram-se enraizados nos direitos fundamentais, que tem como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os direitos fundamentais se diferem dos direitos humanos, pois os direitos fundamentais encontram-se presentes dentro da constituição federal, e podem variar de acordo com cada país. Já os direitos humanos, são direitos universais, efetivados à todos, devendo-se tratá-los com o devido respeito.

A Declaração Universal de Direito Humanos, trouxe maior proteção ao indivíduo, pois os direitos humanos, já inerentes à pessoa desde seu nascimento, se tornaram garantias previstas em lei. Tais direitos intensificavam as afirmações de que:

1. Todos Nascemos Livres e Iguais; 2. Não discrimine; 3. O Direito à Vida; 4. Nenhuma Escravatura; 5. Nenhuma Tortura; 6. Você Tem Direitos Onde Quer que vá; 7. Somos Todos Iguais Perante a Lei; 8. Os Direitos Humanos são Protegidos por Lei; 9. Nenhuma Detenção Injusta; 10. O Direito a Julgamento; 11. Estamos Sempre Inocentes até Prova em Contrário; 12. O Direito à Privacidade; 13. Liberdade para locomover; 14. O Direito de Procurar um Lugar Seguro para Viver; 15. Direito a uma Nacionalidade; 16. Casamento e Família; 17. O Direito às Suas Próprias Coisas; 18. Liberdade de Pensamento; 19. Liberdade de Expressão; 20. O Direito de se Reunir Publicamente; 21. O Direito à Democracia; 22. Segurança Social; 23. Direitos do Trabalhador; 24. O Direito à Diversão; 25. Comida e Abrigo para Todos; 26. O Direito à Educação; 27. Direitos de Autor; 28. Um Mundo Justo e Livre; 29. Responsabilidade; 30. Ninguém Pode Tirar-lhe os seus Direitos Humanos.

Tais direitos mencionados são petrificados, isto é, não podem ser alterados, salvo complementações para melhorar os relacionamentos sociais e as proteções individuais, sendo papel do Estado garantir a efetivação destes direitos.

1.2 Princípios Constitucionais Gerais e Específicos Referente ao Tribunal do Júri

Os princípios são a essência do nosso ordenamento jurídico, são norteadores e refletem em todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. São aplicados desde o momento de elaboração da norma, bem como no momento de sua aplicação e execução.

Existem casos em que os princípios possuem tanta força, que sobressaem à própria lei, sendo válida tal prioridade de aplicação, conforme cada caso concreto.

Os princípios podem ser genéricos ou específicos. Os genéricos, também denominados princípios gerais, serão os abordados no presente trabalho por meio dos títulos: Dignidade da pessoa Humana, Legalidade, Presunção de Inocência, Devido Processo Legal, dentre outros, que são base para todo e qualquer matéria (civil, penal, etc.). Já os específicos serão aqueles voltados para o tema analisado neste artigo, que são inerentes ao tribunal do

júri, tais como: Sigilo das Votações; Soberania dos Veredictos; Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; entre outros.

1.2.1 Principais Princípios Constitucionais

Estes princípios encontram-se implícitos e explícitos em nossa constituição, e servem como base para todo o ordenamento jurídico, são os que analisaremos a seguir:

A - Dignidade da pessoa humana

Este princípio visa à proteção do indivíduo, busca dar garantias mínimas para sua existência. É um conceito abrangente, varia de pessoa para pessoa, e de acordo com sua condição social.

Plácido e Silva¹ menciona que:

“dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.”

O conceito de dignidade existe desde o aparecimento do homem, no entanto, não se dava muita importância, ganhando forças com o desenvolvimento humano. Atualmente, ele é um princípio de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro, pois toda e qualquer norma, bem como toda e qualquer decisão tomada para cada caso em concreto deve ser analisada a luz da dignidade humana. Trata-se de um princípio inerente a todo indivíduo, podendo ser alegado em qualquer situação que for constatado sua exclusão.

B- Legalidade

Este princípio vem previsto no artigo 5º da constituição, mais precisamente em seu inciso II, o qual dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei." Ou seja, só se deve ser obrigado a fazer ou não determinada coisa, se esta estiver normatizada, e caso não esteja, não se pode ser punido por tal.

Portanto, se existe lei, a mesma deverá ser obedecida, e caso o indivíduo não a cumpra, irá sofrer as sanções nela previamente estabelecidas, sendo considerado um ato típico, pois há a devida adequação da norma ao caso concreto. Caso tal norma não existisse, seria o fato considerado atípico.

C- Princípio da presunção de inocência

Este princípio visa salvaguardar o indivíduo, mantendo ele em seu estado de inocência até que exista uma sentença condenatória transitado em julgado.

Vem em decorrência do princípio da legalidade, no qual já fora brevemente mencionado. Está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, sendo mais utilizado no âmbito processual penal, onde visa estabelecer que o ônus de prova cabe a quem alega/acusa e não à defesa, pois envolvem questões de grave relevância, como a preservação da liberdade do indivíduo.

Como todo ser humano nasce livre, e a liberdade e a dignidade são grandes princípios de proteção, não se pode ocorrer a prisão sem existir uma sentença condenatória transitada em julgado, já que se não sabemos qual decisão será dada, não podemos prendê-lo, tendo em vista que a sentença poderá ser favorável e causar injustiça para o caso concreto.

Existem exceções, tais como a prisão preventiva, mas deverá sempre observar este princípio, portanto, somente a sentença definitiva transitada em julgado que poderá condenar determinado indivíduo a prisão por um grande lapso temporal.

D- Devido processo legal

Este princípio vem previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição, visando garantir a toda pessoa o devido processo legal. Possui base da legalidade, assim como o princípio da presunção de inocência.

Tem como finalidade uma tutela jurisdicional justa, garantindo o contraditório e a ampla defesa, para as partes envolvidas terem seu momento de defesa, não causando desigualdade entre as partes.

A ampla defesa possibilita ao aplicador do direito buscar todos os meios necessários e lícitos (princípio da vedação da prova ilícita) para garantir uma decisão justa. São as provas produzidas pelas partes para convencer o magistrado a chegar a uma conclusão adequada, lembrando sempre que se tratando de direito penal, o juiz deve buscar a verdade real, não apenas a formal.

O contraditório é permitido ao réu, para que o mesmo se defenda sobre aquilo que está sendo acusado.

Este princípio se divide em duas partes: a primeira trata-se do devido processo legal formal que se trata de garantias processuais mínimas, como o contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, entre outros. Já a segunda trata-se do devido processo legal material, que diz respeito à proporcionalidade e a razoabilidade das decisões. Busca analisar

se foi dado às partes o direito de defesa.

E- Duplo grau de jurisdição

Às partes é garantida a revisão das decisões, e para isso, é assegurado o direito de recorrer a instâncias superiores. Trata-se de um princípio implícito na Constituição.

Nota-se que poderá haver equívoco na decisão do magistrado de primeira instância, com isso permite-se a revisão, no entanto, as decisões dadas pela segunda instância devem ser elaboradas por um colegiado, e não por apenas um único julgador.

F- Princípio da celeridade

Os processos devem ser rápidos, céleres, para garantir decisões em tempo hábil para cada caso. Visa também a economia processual, pois quanto menos protelação tiver, e quanto mais condensados forem os atos que necessitam ser praticados, menos gasto se terá.

Contudo, os atos só poderão ser condensados se tiverem a possibilidade para tanto, caso contrário deverá dar continuidade como melhor for. Esta celeridade diz respeito a atos desnecessários, que apenas causam atrasos, cabendo ao juiz optar pela solução mais rápida.

G- Princípio da publicidade

Em regras os atos processuais deverão ser públicos, com exceção daqueles em que são necessários segredos de justiça, onde nota-se a prevalência do interesse individual sobre o coletivo, como no caso do âmbito criminal, quando não se tem certeza dos fatos e a publicidade possa atrapalhar as investigações.

Possui base legal no artigo 5º, LX, XXXIII E 93, IX, da Constituição.

H- Princípio do juiz natural

Este princípio informa que só se pode ser julgado por alguém que foi investido para isso, de acordo com o exigido em lei, conforme diz o artigo 5º, LIII, CF: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente." Tal princípio coíbe a existência dos chamados "Tribunais de Exceção".

I- Princípio da prevalência do interesse do réu

Este princípio visa a proteção do réu, que, em caso de o magistrado encontrar-se em dúvida sobre qual decisão tomar, deverá sempre prevalecer a que esteja favorável ao réu, o

chamado “in dubio pro reo”.

Decorre do princípio da presunção de inocência, qual fora supramencionado, que visa o ser humano como inocente, conforme seu estado natural.

1.2.2 Princípios Específicos Referentes ao Tribunal do Júri

Guilherme de Souza Nucci elenca quatro princípios utilizados no tribunal do júri. Também se encontram explícitos e implícitos na nossa Constituição, e serão brevemente mencionados a seguir.

A- Sigilo das votações

Vem previsto no art. 5º, XXXVIII, alínea b, da Constituição, onde tem como finalidade assegurar a tranquilidade e possibilidade de reflexão para se chegar a uma decisão justa para o caso, sendo destinado aos jurados, a disponibilidade de uma sala secreta, para lá debaterem sobre determinado crime.

B- Soberania dos veredictos

Possui base legal no artigo 5º, XXXVIII, alínea c, as decisões proferidas pelo tribunal do júri não podem ser substituídas se não pelo mesmo modo, ou seja, através de novo júri popular, sendo permitido excepcionalmente o duplo grau, que deverá, se for o caso, determinar novo júri, onde a decisão de mérito só poderá ser alterada por decisão popular.

c- Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

Para julgamentos de crimes em tribunal do júri é necessária a competência mínima, ou seja, para o que crime seja julgado por decisão popular ele deverá estar elencado no artigo 5º, XXXVIII, alínea d, referente aos crimes dolosos contra a vida, que são: homicídio; infanticídio; participação em suicídio e aborto.

Os demais crimes seguem pelo tribunal togado.

D- Plenitude de defesa

Nos casos de tribunais do júri, onde a decisão é dada pela população, ao qual se vale mais da emoção do que da razão, deve ser dado ao condenado a plenitude de defesa, pois além de estar lidando com julgadores leigos, trata-se também de questões em que envolvem a liberdade do réu, não pode haver vulnerabilidade do mesmo.

Como podemos notar, os princípios são de grande valia para o aplicador do direito, devendo ser aplicado e garantido a todo indivíduo que busca a tutela jurisdicional.

Existem inúmeros princípios, constitucionais e infraconstitucionais. Foram mencionamos os mais importantes para este artigo, sendo importante a ressalva de que não são os únicos.

1.3 Breve Análise Histórica do Tribunal do Júri

Existe grande discussão doutrinária a respeito do surgimento do tribunal do júri. O que podemos afirmar, é que na antiguidade este tipo de julgamento estava muito ligado a crenças populares, tendo como objetivo principal buscar Deus para o julgamento. A palavra júri vem de juramento, e eles buscavam a Deus como testemunha.

No Brasil, o surgimento do tribunal popular ocorreu em 1822, antes mesmo da implementação da primeira Constituição Nacional. Sofreu uma série de alterações de acordo com as normas e comportamentos existentes em cada época.

Com a implementação da Constituição Federal de 1988, nota-se que o Poder Judiciário passa a enfrentar dificuldades para submeter este tipo de julgamento ao Estado Democrático de direitos. Antes da Magna Carta, o modo de proteção ao indivíduo era diferente, pois não havia muita preocupação com a pessoa estava sendo acusada, necessitando-se uma adequação aos procedimentos utilizados, de acordo com o novo ponto de vista do Estado Democrático.

As garantias constitucionais, tanto para a defesa como para a acusação, que neste caso é a população, sofreram grandes evoluções, como por exemplo, no início as votações não eram sigilosas, não havia também a proteção do estado de inocência do réu, portanto, não se visava a proteção do indivíduo e sua dignidade, o que fora modificado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e posteriormente no Brasil, com o advento da CF/88 e seus princípios, dentre eles o da dignidade humana, ao qual já fora brevemente mencionado.

Atualmente, os crimes que são levados a este tipo de julgamento devem seguir critérios rigorosos, pois trata-se de julgamento popular que irá decidir a liberdade de uma determinada pessoa, e em decorrência da maioria dos julgadores serem leigos no assunto jurídico, eles podem ser facilmente manipulados, dando suas decisões com base na emoção, havendo necessidade de maior efetivação dos direitos mencionados nos itens anteriores, como a plenitude de defesa, a prevalência do interesse do réu, e principalmente, analisar se realmente a matéria tem necessidade de seguir tal tipo de procedimento.

1.4 Resumo e Análise do Filme “doze homens e uma sentença”

O filme relata um julgamento ocorrido em tribunal do júri, onde doze jurados devem decidir sobre o caso de um jovem de 18 anos que fora acusado de assassinar o próprio pai após uma briga.

Inicialmente, o juiz orienta os jurados sobre a grande responsabilidade que está nas mãos deles, enfatizando que somente em caso de certeza os jurados deveriam dar o veredicto de absolver ou condenar, e em caso de dúvida, que se mantenha o réu como inocente.

Deve-se lembrar que o filme trata de um tribunal Norte-Americano onde se adota em caso de condenação para o crime de homicídio, a pena de morte.

A princípio, se faz uma votação para analisar quem considera o acusado como culpado ou inocente. Onze dos doze homens são favoráveis a condenação, e um se opõe a ela, com a justificativa de que não tinha certeza sobre o caso, e que manteria sua decisão até que fosse apresentado provas absolutas e incontestáveis sobre a condenação.

A partir daquele momento, o único jurado que vota pela absolvição inicia uma discussão calorosa, tentando convencer os demais jurados de que as evidências trazidas pela promotoria não eram tão irrefutáveis assim, fazendo com que aos poucos cada jurado analise melhor sua decisão, deixando de lado conceitos predeterminados sobre o caso e observando o fato conforme as provas contidas.

Após a discussão, e após a análise da argumentação feita pelo jurado que deu o parecer contrário, mais um jurado se convence de que realmente não tem provas concretas para acusar chegando. Com o desenrolar do filme, os jurados chegam à conclusão de que não teriam meios suficientes para julgar o caso em questão, pois a análise feita todo aquele tempo dentro da sala secreta, tirou-lhes a certeza do fato. Portanto, os jurados julgam o caso de forma favorável ao réu, não por acreditarem que ele era inocente, mas por perceberem que não existia comprovação de que realmente o jovem havia assassinado o próprio pai.

Nota-se que o filme e os conceitos citados anteriormente possuem grande relação, pois é dever do estado assegurar ao indivíduo garantias mínimas, neste caso, proteger sua liberdade e vida, como já vimos.

Atualmente estamos amparados por um estado democrático, onde possui fortes influências dos direitos humanos e da proteção da dignidade humana, conforme demonstra os direitos fundamentais presentes em nossa constituição, possuem como base os princípios de direitos humanos.

No caso em que os jurados vão para a sala para decidir o futuro do acusado, constatamos a implementação do princípio do sigilo das votações.

Ao analisarem as provas, lembrando que a prova deve ser sempre lícita, conforme o princípio da proibição da prova ilícita, os jurados passam da verdade formal (apresentada no processo) para a verdade real, que é um dos deveres no caso de justiça criminal, buscar sempre a verdade real.

Observa-se ainda que em casos de tribunais como este, a sociedade pode ser corrompida por seus conceitos pré-estabelecidos, necessitando-se de plena defesa. Nos demais processos, onde envolvem tribunais togados, a defesa já sacia as necessidades de proteção do réu, pois as partes envolvidas (defesa, acusação e julgador) já possuem conhecimento do direito, não se deixando levar por emoções. Contudo, a plena defesa vai além da ampla defesa, cabível, portanto, nos casos de tribunal do júri.

O princípio do juiz natural encontra-se logo de início, pois o juiz fica inerte, possui o papel de apenas instruir os jurados, e ele é previamente investido pela lei, não por convenção.

1.5 A Importância do Respeito aos Princípios

O dever de julgar alguém é extremamente ponderoso, pois a decisão influenciará fortemente na vida de alguém, seja o ofendido e seus familiares, seja o acusado. Diante disso, após analisar o filme tema do presente artigo, afirma-se ainda mais tal alegação.

O problema encontrado no filme e muitas vezes em nossa realidade, é o de que os julgadores, no tribunal do júri em questão, acabam por deixar suas convicções íntimas e pessoais prevalecerem às discutidas no caso concreto.

A criação de todos os princípios supracitados se deu principalmente por necessidade de proteção às partes, considerando possíveis erros pessoais no momento do julgamento, principalmente quando se trata de júri popular, onde a decisão virá de leigos ao se tratar de direito. Princípios visam buscar a verdade real dentro de certos parâmetros, para que não haja abusos que danifiquem indivíduos da relação processual. E caso não seja possível se chegar à verdade real, que o indivíduo se mantenha protegido, que não seja julgado por algo que não se tem certeza se fora cometido pelo mesmo. O acusado também não pode se manter em estado de vulnerabilidade, sendo sempre necessária a presença de advogado que o defenda.

Portanto, pode-se concluir a extrema importância da existência dos princípios que regem o direito, penais e processuais penais no filme em questão, para que nenhuma da parte fique em estado de vulnerabilidade ou possa ser prejudicada por conta de decisão equivocadamente tomada.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um breve estudo dos princípios inerentes ao homem, à sociedade e os presentes no âmbito processual, criminal e tribunal do júri, podemos concluir a suma importância da observância aos princípios ao se aplicar qualquer tipo de norma.

Direitos que foram duramente conquistados, diante de muita luta e persistência, merecem o máximo respeito que recebem atualmente.

No filme escolhido para o presente artigo, há uma abrangente discussão sobre tais princípios. No começo, é notório o descaso dos jurados perante o acusado. Mesmo sem provas concretas, sem certeza da autoria perante o crime, onze dos doze jurados optam por condenar o garoto, uns ainda ousam dizer estar com pressa para lazeres e compromissos pessoais, tratando o caso com total negligência.

Seria justo condenar o garoto apenas com fundamento em convicções pessoais? Tal escolha não teria retificações futuras, já que o acusado seria condenado à pena de morte, de acordo com o direito norte americano, utilizado no local onde se passa o filme. Sabe-se que é praticamente impossível se chegar à imparcialidade, sendo importante a produção e análise dos mais diversos meios de provas, para que ao menos se chegue a uma justificativa plausível para qualquer decisão, e que as convicções pessoais não prevaleçam à verdade ali mostrada.

Por conta da importância do julgamento e do impacto que o mesmo pode causar na vida do acusado, ou até mesmo dos autores da ação, que buscam verdade e justiça, concluímos a relevância do respeito aos princípios citados acima. Um erro pode prejudicar a parte de forma incontável, devendo qualquer decisão ser minuciosamente analisada, respeitando cada regra presente em nosso ordenamento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO L. A. D. NUNES JUNIOR V. S.; Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Editora Verbatim, 19ª edição, 2015.

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

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

SILVA, Plácido e.; Vocabulário Jurídico. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967.

SOUZA, NUCCI.; Guilherme de. Manual de processo penal e execução penal. 14º edição; São Paulo: Forense.

BRANDÃO, CLÁUDIO.; Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva. São Paulo;

Editora Atlas S.A, 2014.

DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA (FILME). Dirigido e roteirizado por Sidney Lumet. Estrelado por Henry Fonda, Martin Balsam, John Fiedler, Lee J. Cobb, E.G. Marshall, Jack Klugman, Ed Binns, Jack Warden. Brasil. Produção Orion-Nova Production. 1957. Preto e Branco. 96Min.

ANÁLISE DO TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA E SUA UTILIZAÇÃO NO JULGAMENTO DO “MASSACRE DO CARANDIRU”

Natália Araújo RODRIGUES⁴⁰

Daniele ABE⁴¹

RESUMO

O presente artigo traz uma análise acerca do instituto do tribunal do júri, principalmente em relação a sua utilização como instrumento de democracia e como órgão do Poder Judiciário, bem como, por fim, os reflexos atuais de sua utilização no famoso caso do “massacre do Carandiru”, ocorrido no Brasil, em 1992. Ainda, busca-se, de uma maneira contundente, discorrer considerações específicas sobre a democracia, como seu conceito, formas de expressão e relação com o Poder Judiciário, onde verifica-se a atuação do instituto do júri, analisando-se, ainda, os fundamentos democráticos e princípios constitucionais de tal instituto, com ênfase ao princípio da soberania dos veredictos. O referencial teórico foi embasado principalmente nas lições de Guilherme de Souza Nucci. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. Dessa forma, vislumbra-se a necessidade da observância dos princípios constitucionais no procedimento do tribunal do júri, a fim de que se atinja a justiça, em sua máxima expressão possível, ora garantindo a liberdade do inocente, ora garantindo a condenação justa.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do júri. Democracia. Carandiru.

ABSTRACT

This article presents an analysis of the institute of the jury court, mainly in relation to its use as an instrument of democracy and as an organ of the Judiciary, as well as, finally, the current reflexes of its use in the famous case of the "massacre of the Carandiru", which took place in Brazil in 1992. In addition, it is a strong attempt to discuss specific considerations about democracy, such as its concept, forms of expression and relation with the Judiciary, where it is verified the performance of the institute Of the jury, analyzing, also, the democratic foundations and constitutional principles of such institute, with emphasis to the principle of the sovereignty of the verdicts. The theoretical reference was based mainly on the lessons of Guilherme de Souza Nucci. The research methodology used was the bibliographical one. In this way, the need for observance of the constitutional principles in the procedure of the jury's court, in order that justice can be reached, in its maximum possible expression, at the moment guaranteeing the freedom of the innocent, at the same time guaranteeing the just condemnation.

KEY WORDS: Jury court. Democracy. Carandiru.

INTRODUÇÃO

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a democracia pode até não resultar num

40 Possui ensino-medio-segundo-graupelo Colégio Nossa Senhora das Neves(2013). Tem experiência na área de Direito.

41 Possui ensino-medio-segundo-graupelo Colégio Estadual Cel. Joaquim Pedro de Oliveira(2013). Atualmente é Estagiária de graduação da Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

modelo ideal, perfeito, mas, certamente, representa o mecanismo mais próximo de igualdade política, desde que praticada de fato e da maneira correta, do que a sociedade almeja.

Na linha desse raciocínio, a democracia pretende evitar o arbítrio, a injustiça, a desigualdade, a autocracia, a violência, na contramão das experiências advindas de outros modelos já utilizados e que, na maioria dos casos, causaram graves estragos à sociedade.

Os critérios adotados, para que se promova uma harmonia na vida em sociedade, devem ser razoáveis. Na verdade, é possibilitada à sociedade, de forma ordeira, defender os seus interesses variados, e, ao final, escolhido por critério democrático o desejo da maioria. Disso decorre que o sufrágio universal é uma das formas, vale dizer, a mais expressiva e importante, de representação da democracia.

Saliente-se que um dos principais objetivos a serem atingidos através da democracia é o bem comum, que é uma finalidade social relacionada ao desenvolvimento integral da personalidade humana.

Diante disso, será analisado, no presente artigo, o órgão do Tribunal do Júri e seu procedimento, que abrange inúmeras garantias e princípios, características que corroboram com seu aspecto democrático, considerando a atuação direta de cidadãos sobre as decisões proferidas.

No que tange especificamente aos julgamentos do massacre do Carandiru, de grande complexidade e de difícil resolução, já que após duas décadas ainda paira a impunidade, tendo em vista a existência de inúmeros recursos e a recente anulação de todos os julgamentos, verifica-se a necessidade da análise crítica da aplicação das garantias processuais e princípios específicos do Tribunal do Júri, a fim de garantir a justiça das decisões.

Assim sendo, o presente trabalho traz à tona uma análise do instituto do Tribunal do Júri, a fim de demonstrar a importância para a sociedade, principalmente pelo seu aspecto democrático, bem como relacionando-o a uma temática atual, e problemática referente ao julgamento do caso do massacre do Carandiru. Para tanto, foram realizadas análises doutrinárias, bem como legislativas, com o escopo de consolidar uma exploração ampla sobre o tema ora discutido para melhor compreensão e, conseqüentemente, possibilitar uma análise crítica.

1. DEMOCRACIA

1.1 Conceito, evolução histórica e classificação

A base do conceito de democracia é, sem dúvida, a noção de “governo do povo”,

revelada pela própria etimologia do termo, que tem origem do grego, e vem de *demokratia* (*demos*, que significa “povo, distrito” e *kratos*, que significa “domínio, poder”). Sendo assim, o termo expressa a ideia geral de um governo onde o povo exerce a soberania, ou, pelo menos, um governo com participação popular.

A democracia é classificada como a forma de governo em que se verifica a efetiva participação dos governados na escolha dos representantes. Nesse sentido, diz-se que a tônica da democracia é a participação efetiva do povo na tomada das grandes decisões que afetam a todos, onde todos tenham alguma parte no exercício do poder. Pode-se dizer que em todas as definições de democracia a sua ideia vem aliada à ideia de autogoverno, opinião pública, soberania absoluta da maioria, diálogo político, decisões majoritárias etc.

A origem mais remota da ideia de democracia se encontra na Grécia antiga, a partir do século VI, podendo-se dizer que seria esta uma fase embrionária da democracia, Isso porque, apesar de afirmar o governo do povo, incluía-se no conceito apenas uma parcela da população, já que havia critérios rígidos para que um indivíduo fosse considerado como cidadão, e, conseqüentemente, ter condições de participar da vida política.

No entanto, a preferência pela democracia foi afirmada, realmente, a partir do século XVIII, atingindo não só o hemisfério ocidental, onde teve início, mas todo o restante do mundo.

Diante disso, cumpre destacar os três grandes movimentos político-sociais, considerados como de suma importância para a criação de um efetivo Estado Democrático, quais sejam, a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa.

Assim é que foi consolidada a ideia de Estado Democrático como um ideal supremo. Vale dizer que ele tem pontos fundamentais, que podem ser resumidos nos seguintes: a supremacia da vontade popular, ou seja, a ideia da participação popular no governo; a preservação da liberdade, poder fazer tudo que não incomode o próximo, dispondo, como quiser, de sua pessoa e de seus bens, reprimindo-se qualquer interferência do Estado; e, por fim, a igualdade de direitos, a proibição de qualquer distinção no gozo de direitos.

Atualmente, a democracia pode ser classificada conforme se apresenta, no que tange à forma de participação do povo no governo. Nos dizeres de Dallari (2013, p. 152), “sendo o Estado Democrático aquele em que o próprio povo governa, é evidente que se coloca o problema de estabelecimento dos meios para que o povo possa externar sua vontade”.

As impossibilidades práticas na utilização das formas de democracia direta, semidireta e participativa, culminaram, atualmente, na utilização de outro tipo de democracia, a representativa, apesar das já conhecidas dificuldades para a sua efetivação. Nela, o povo

concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando. Esse é o modelo mais aplicado e difundido no mundo contemporâneo, inclusive sendo adotado pelo Brasil. Seus principais institutos são o voto e o sufrágio, que são, teoricamente universais.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, dita expressamente que tal República constitui-se em um Estado Democrático de Direito, bem como o seu parágrafo único dispõe que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Aliás, por todo o texto constitucional, encontram-se medidas de proteção contra qualquer violação a esse tipo de Estado e, principalmente, ao regime democrático.

Diante disso, cumpre destacar que o tribunal do júri tem fundamento democrático, verificados no artigo 5º, XXXVII, da Constituição. Primeiro, a soberania dos veredictos emergiu como forma de exercício direto do poder pelo povo. Em segundo lugar, ao ser reconhecida a instituição do júri, elevou-se esta ao patamar de expressão do Estado junto ao Poder Judiciário.

2. A RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA E O PODER JUDICIÁRIO

Sabe-se que a teoria da tripartição de Poderes, exposta por Motesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados Modernos, inclusive pelo Brasil, e distingue os três Poderes do Estado, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Este, objeto da presente análise, consiste na função jurisdicional, isto é, tem como função precípua e típica julgar, tendo por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesses.

A jurisdição, de acordo com Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 129), é conceituada como:

Uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Visto isso, cumpre destacar que não há como pensar em democracia sem pensar em participação da sociedade nela e no próprio Poder Judiciário.

Ora, o que se persegue é a participação do povo, a sua fiscalização e controle em todos os Poderes constituídos no País, como forma de democratização direta e

compatibilidade do Poder Judiciário com a própria democracia.

Verifica-se que, desde o momento em que ocorreu a quebra do Estado Absolutista para o Estado Liberal, os anseios populares mais legítimos afloraram, e assim, a sua participação não só no regime democrático, como também no seio do Poder Judiciário.

Acrescente-se que a legitimação e democratização do Poder Judiciário ocorrem no momento em que há mais acesso à Justiça, garantia da publicidade das decisões, da ampla defesa e melhoria de suas estruturas.

No entanto, sabe-se que o Poder Judiciário é considerado como um órgão fechado, visto que a sua estrutura complexa impossibilita o espaço de incursão da sociedade. Porém, a sua abertura, observado o respeito à legalidade, significa legitimação do próprio poder.

Apesar disso, há a imperiosa necessidade de se reconhecer que, com a Constituição de 1988, surgiu também um modelo novo de Poder Judiciário, com novas linhas políticas e jurídicas, que possibilitaram aberturas para a participação democrática.

A título de exemplo, a Constituição Federal, em seus artigos 98, I, e 24, X, fez previsão da criação dos juzizados de pequenas causas para a resolução dos conflitos de menor monta e dos crimes de menor potencial ofensivo, o que foi regulamentado pelas disposições da Lei nº 9.099/95. Tal lei prevê, entre outros institutos, a possibilidade de realização de acordos através do chamado juiz leigo, que, na realidade, é recrutado e ocupa o cargo comissionado sem concurso público, e tem as funções de fazer as composições; é o conciliador. Apesar de ser uma forma restrita, não deixa de configurar um acesso mais efetivo ao Poder Judiciário, onde, na verdade, sob a fiscalização do juiz togado, o leigo estimula a concretização dos acordos e desafoga a Justiça.

Pode-se apontar também outra forma de participação menos fechada no Poder Judiciário, sendo esta a Justiça de Paz, para fins de celebração de casamento e análise dos processos de habilitação para o citado ato.

Por outro lado, a isenção do pagamento das custas judiciais, como ocorre com a comprovação de pobreza na forma da lei, é uma forma de maior acessibilidade ao Judiciário, o que se fortalece com a existência do instituto da Defensoria Pública, desde que bem estruturada.

Averbe-se, também, como forma de representação democrática no Poder Judiciário, a existência do quinto constitucional, cuja finalidade é compor um quinto das vagas de determinados tribunais do País com advogados e agentes do Ministério Público, atendidos os requisitos necessários.

Já especificamente sobre o tribunal do júri, vê-se que este é também uma forma de

participação direta do povo no Poder Judiciário, cuja moldura constitucional apresenta a compatibilidade da instituição com o Poder. Há nitidez na participação popular no poder em comento, cuja relação já vem possibilitada em quase todas as constituições brasileiras, à exceção da Carta de 1937. Na realidade, o processo de escolha dos jurados, o que será tratado pormenorizadamente no próximo item, significa a inclusão do próprio cidadão no Poder Judiciário, efetivando-se a democracia.

Biermann (2009, p. 92-93) indica que:

As características de um ritual solene, com sigilo dos votos e soberania dos resultados do julgamento, muito se assemelham ao processo democrático eleitoral, no qual cada eleitor representa um voto, com igual significância, manifestando-se secretamente e com a garantia republicana de que os resultados serão respeitados. Assim, não é necessária a qualidade de alfabetizado para a obtenção da capacidade eleitoral ativa, sendo suficiente a condição de eleitor e, portanto, de cidadania, no Tribunal do Júri também se exige ser o jurado cidadão, maior de 18 anos e com notória idoneidade. [...] Esse segmento representa apenas parcela da cidadania, porém, abrange praticamente todas as classes sociais que atualmente se encontram organizadas sob a forma de vínculos profissionais. Esse espectro do tecido social, de onde se podem convocar jurados, é a comprovação de que é possível, sob o ponto de vista da Teoria de Democracia, ampliar a margem da soberania na função judiciária.

Ora, a democracia é contínua, e nesse processo a sociedade deve procurar alternativas de inclusão que a legitime, sem qualquer mácula ou invasão no poder, mas, sim, através da legalidade. A otimização da democracia depende das alternativas que são apresentadas. O debate e a crítica são elementos essenciais na construção do processo, pois o engrandece; o que não pode ocorrer é o fechamento a esse processo de maior abertura.

Trata-se de desenvolvimento cujo resultado será o fortalecimento das instituições democráticas; é a democracia social que Bobbio (2007, p.18) conceitua como “verdadeira reviravolta no desenvolvimento das instituições democráticas”, que ocasiona a fórmula da “democratização do estado à democratização da sociedade”.

O que se espera é uma participação maior, a abertura do processo com respeito à legalidade, mas, sobretudo, a consciência de que é possível e necessária a compatibilidade entre o Poder Judiciário e a democracia numa relação mais que possível, na verdade, efetiva.

2.1 O Tribunal do Júri

2.1.1 Conceito e princípios constitucionais

Na atual Carta Magna, é reconhecida a instituição do Júri, estando disciplinada no artigo 5º, XXXVIII.

Beccaria (1949, p. 49) afirmou que “lei sábia e cujos efeitos são sempre felizes é a

que prescreve que cada um seja julgado por seus pares”, o que aponta o espírito democrático no julgamento. Ressalta, assim, a oportunidade de o homem ser julgado por seu semelhante, o que traduz uma ideia de justiça.

O Tribunal do Júri, por força constitucional, tem competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Tal comando está no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição de 1988, em que também se assegura a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos.

Nesse sentido, observam-se alguns conceitos para o Tribunal do Júri. Inicialmente, veja-se o esclarecimento feito por Vasconcelos (1955, p. 12), segundo o qual “júri é a forma portuguesa da palavra inglesa ‘jury’, que segundo LOROUSSE, provém do antigo francês ‘jurée’. Os dicionários registram esse termo como o “conjunto dos cidadãos que como jurados julgam uma causa”.

Atualmente, o júri é concebido como uma instituição democrática em que um grupo de cidadãos, convocados por sorteio, são obrigados por lei, mediante compromisso ou juramento, a julgar, de acordo com sua consciência e os ditames da justiça, uma causa que lhes é submetida, sob a presidência de um juiz.

A escolha dos jurados é feita através de sorteio, outro critério que se vincula à democracia, além do que a decisão pode ser por maioria de votos. Ressalte-se que o julgamento é público, assim sendo, o povo pode aferir a justeza das decisões.

O Tribunal do Júri no Brasil, após todo o percurso histórico, passou a ter, com a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, quatro princípios constitucionais basilares: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida.

A plenitude de defesa, atribuída à instituição do Júri, traz aparente redundância do direito constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Todavia, são dois preceitos diferentes impostos pelo legislador constituinte. Aramis Nassif (2001) esclarece que a plenitude de defesa no Tribunal do Júri foi estabelecida “para determinar que o acusado da prática de crime doloso contra a vida tenha ‘efetiva’ e ‘plena’ defesa. A simples outorga de oportunidade defensiva não realiza o preceito, como ocorre com a norma concorrente”.

Sobre a matéria, ensina Guilherme de Souza Nucci (1999):

Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa acima da média e foi isso que o constituinte quis deixar bem claro, consignando que é qualidade inerente ao júri a plenitude de defesa. Durante a instrução criminal, procedimento inicial para apreciar a admissibilidade da acusação, vige a ‘ampla defesa’. No plenário, certamente que está presente a ampla defesa, mas com um toque a mais: precisa ser, além de ampla, ‘plena’.

Nessa perspectiva, amparado pela plenitude de defesa, poderá o defensor usar de todos os argumentos lícitos para convencer os jurados, uma vez que estes decidem por íntima convicção, ou seja, julgam somente perante a consciência de cada um, sem fundamentarem e de forma secreta.

Ainda, obedecendo tal princípio constitucional, exemplificadamente, deve o Magistrado, por ocasião da elaboração do questionário, trazer à baila todas as teses defensivas, mesmo que sejam eventualmente contraditórias. No mesmo sentido, deve o Juiz-Presidente observar atentamente o trabalho desenvolvido pela defesa.

Já o sigilo das votações visa resguardar a liberdade de convicção e opinião dos jurados, resguardando-se também a independência destes, para que seja proferida uma decisão justa e livre, sem constrangimentos decorrentes da publicidade da votação. Trata-se de uma mínima exceção à regra geral da publicidade, disposta no artigo 93, IX, da Constituição de 1988, para prestigiar a imparcialidade e idoneidade do julgamento.

Nesse sentido, é a exímia lição de Aramis Nassif (2001):

Assegura a Constituição o sigilo das votações para preservar, com certeza, os jurados de qualquer tipo de influência ou, depois do julgamento, de eventuais represálias pela sua opção ao responder o questionário. Por isso mesmo a jurisprudência repeliu a ideia de eliminação da sala secreta, assim entendida necessária por alguns juízes com base na norma da Carta que impõe a publicidade dos atos decisórios (art. 93, IX, da CF).

Por sua vez, a soberania dos veredictos está, hoje, entre as cláusulas pétreas da Constituição de 1988. Entende-se que a decisão dos jurados, feita pela votação dos quesitos pertinentes, é suprema, não podendo ser modificada pelos magistrados togados; a estes, cabe apenas a anulação, por vício processual, ou, apenas por uma vez, determinar novo julgamento, no caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Trata-se de princípio relativo, pois no caso de apelação das decisões do Júri pelo mérito, o Tribunal competente pode anular o julgamento e determinar a realização de um novo, se entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos.

No ensinamento de Guilherme de Souza Nucci (1999), “soberania quer dizer que o júri, quando for o caso, assim apontado por decisão judiciária de órgão togado, terá a última palavra sobre um crime doloso contra a vida”.

Julio Fabbrini Mirabete (2004) destaca que:

A soberania dos veredictos é instituída como uma das garantias individuais, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir a sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele. Assim, se o tribunal popular falha contra o acusado, nada impede que este possa recorrer ao pedido revisional, também instituído em seu favor, para suprir as deficiências daquele julgamento. Aliás, também vale recordar que a Carta Magna consagra o princípio constitucional da amplitude de defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV),

e que entre estes está a revisão criminal, o que vem de amparo dessa pretensão.

Ainda nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já declarou que a garantia constitucional da soberania do veredicto do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões. Tal soberania está assegurada com o retorno dos autos ao Tribunal do Júri para novo julgamento.

Finalizando os princípios constitucionais do Júri, encontra-se a sua competência para os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Nesse sentido, o Tribunal do Júri é um órgão de 1ª instância, da Justiça Comum, Estadual ou Federal.

Cabe esclarecer que crimes dolosos contra a vida não são todos aqueles em que ocorra o evento morte. Para ser assim denominado, deve estar presente na ação do agente o *animus necandi*, ou seja, a atividade criminosa deve se desenvolver com o objetivo de eliminar a vida. Tais crimes estão previstos na Parte Especial do Código Penal, sendo eles: homicídio simples, privilegiado ou qualificado (art. 121, caput, §§ 1º e 2º); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123); e aborto (arts. 124 a 127).

Essa competência é resultado da natureza da infração, cujo regramento está no artigo 74, § 1º, do Código do Processo Penal. Além disso, foi apontado que a competência é privativa.

Ainda, não apenas as condutas antijurídicas relativas aos crimes dolosos contra a vida serão julgadas pelo júri, mas também os crimes conexos.

Na realidade, o legislador entendeu que, sem menosprezar os outros delitos, os contra a vida têm prevalência sobre os demais crimes. Partiu-se da premissa de que a vida é o bem jurídico mais valioso e que, em outros delitos, seria possível uma reconstrução, o que não ocorre nos delitos contra a vida, já que esta tem sentido singular.

Decidiu-se que, nesses casos, a decisão sobre a responsabilidade penal ou não dos seus semelhantes não deveria ficar nas mãos do juiz togado, exclusivamente. Assim, a razão do julgamento pelo júri nos crimes dolosos contra a vida encontra profundo respaldo democrático. É uma instituição democrática, já que formada por cidadãos escolhidos entre a própria população.

Os princípios constitucionais penais apresentados devem ser respeitados a fim de que haja um caminho através do qual a Justiça seja distribuída e culmine com a pacificação social.

2.1.2 Processo de escolha dos jurados

A escolha dos jurados que compõem o Tribunal do Júri, a teor do que estabelece o Código de Processo Penal, representa um aspecto fundamental da democracia, qual seja, o

povo é recrutado para julgar o seu semelhante, isto é, o julgamento do homem pelo próprio homem.

O critério utilizado é o alistamento e posterior sorteio, sendo que a escolha é feita sem discriminação, arregimentando pessoas de diversas classes sociais, funcionais e econômicas.

Não havendo discriminação, percebe-se que é utilizado o critério da notória idoneidade, haja vista que o serviço de jurado significa serviço público relevante. Portanto, em que pese temporário, tal serviço compreende a notória idoneidade dentro da estrutura social.

Para fazer o alistamento e participar de julgamentos, o cidadão precisa preencher os seguintes requisitos objetivos legais, de acordo com o artigo 436 do Código de Processo Penal e ter mais de 18 anos, ter notória idoneidade. Ainda, dispõe o Conselho Nacional de Justiça que o cidadão não deve ter antecedentes criminais, deve ser eleitor e concordar em prestar esse serviço gratuitamente (de forma voluntária).

Todavia, são considerados impedimentos para ser jurado o cidadão surdo e mudo, cego, doente mental, que residir em comarca diversa daquela em que vai ser realizado o julgamento e não estar em gozo de seus direitos políticos.

Frise-se que nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do Júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou grau de instrução.

Por outro lado, o serviço do júri é inescusável, sendo motivo de perda ou suspensão dos direitos políticos a sua recusa por motivos religiosos, políticos ou filosóficos.

No entanto, há exceções de ordem legal a essa obrigatoriedade (art. 437, CPP), considerando que determinadas autoridades estão excluídas, a saber: o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Governadores de Estado e seus Secretários, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e Distrital, das Câmaras Municipais, os Prefeitos Municipais, os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria, os servidores dessas duas últimas instituições, as autoridades e servidores da polícia e da segurança pública, os militares em serviço ativo, bem como os cidadãos maiores de 70 anos que requeiram a dispensa e, por fim, os que comprovarem o impedimento justo.

Assim é que o corpo de jurados deve atender às regras legais, especialmente, no que tange ao critério de notória idoneidade. Os cidadãos devem preencher os requisitos e se alinhar a um padrão de normalidade. A ideia é a de que os padrões estejam em conformidade com comportamentos que sejam normais dentro de uma estrutura social. “Os valores de

identidade gerais de uma sociedade devem produzir uma normalidade para aquela sociedade”, conforme assinala Streck, (1994, p. 62). É a idoneidade moral.

A composição compreende, portanto, o Juiz de Direito, 25 jurados para sorteio e formação do Conselho dos Sete. A atividade não é remunerada, mas conforme a lei traz algumas vantagens, entre elas, a presunção de idoneidade moral, a prisão especial em situações de crime comum, preferência nas licitações e empates em concursos públicos e, ainda, preferência nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária. Implica, de acordo com o processo de escolha, em representatividade social, isso porque os membros são escolhidos entre o povo, para fins de julgamento de seu semelhante.

Revela-se democrático o processo de escolha, até porque existe o sorteio e os requisitos prévios que devem ser preenchidos. É a democratização da Justiça e, nesse sentido, assinala Tubenclak (1991, p. 164): “os jurados são o ponto de contato entre o mundo real e o mundo jurídico; é a pedra angular da democratização da Justiça, informando-a diuturnamente a respeito dos valores reconhecidos ou repudiados”.

Nesse sentido, a instituição do júri deve atender à formação eclética, a fim de que o acusado seja julgado por seus pares, cidadãos do povo. Busca-se que a escolha seja feita através da idoneidade moral, do pluralismo de classes, mas também que existam jurados com determinada cultura e formação intelectual. Na realidade, o analfabeto não pode ser jurado.

Para o julgamento, em que pese o jurado decidir notadamente sobre a autoria e o fato, há necessidade de certo conhecimento, grau de instrução mínimo, a fim de sempre melhorar o nível de julgamento e evitar decisão contrária à prova dos autos. As teses são apresentadas pelas partes através de seus representantes, Ministério Público, assistência e defesa. Assim, é interessante que o Conselho de Sentença possua o mínimo de conhecimento e de nível intelectual para compreender a se acostar a uma das teses.

Nesse sentido, chama-se à colação o entendimento de Porto (1984, p. 146), que aponta o seguinte:

A observada valoração realizada pelos jurados, não é explicitada de modo fundamentado, pois estão os jurados sempre presos à resposta em fórmulas monossilábicas (sim ou não). Mas a resposta do jurado compreende uma fundamentação implícita e que pode ser encontrada na análise das provas, e o estudo em confronto destas pode mostrar, com o acréscimo da expressividade que receberam nos debates orais, as bases motivadoras das respostas aos quesitos. Para tal análise voltam-se as partes e o Tribunal de segundo grau quando de recursos abordando a decisão dos jurados, debatida com manifestamente, ou não, em oposição à prova dos autos. A valoração dada pelos jurados à norma penal substantiva está presente e é mostrada nas variadas soluções que podem adotar, afastando, inteiramente, o campo classificatório proposto pela pronúncia, ou inovando, em desvinculação ao citado campo, a proposição judicativa; sempre, nas soluções dadas, manifestam, em atividade jurisdicional, valoração da norma penal substantiva em relação à conduta descrita do acusado.

Não resta dúvida de que a perfeição não existirá nunca no processo de escolha, e que o júri sempre desafia o erro. Evidentemente que sempre haverá julgamentos eivados de erros, bem como absolvições injustas ou absurdas, haja vista que os magistrados, e os jurados nesta condição de magistrados leigos, são seres humanos, e que possuem os defeitos de qualquer um, inclusive os de cometer erro no seu livre convencimento.

Errar na escolha dos jurados e errar no julgamento faz parte do processo democrático. Entre as duas versões apresentadas, o jurado pode escolher pela injusta, mas isso, por si só, não afasta a magnitude do júri, porque se privilegiou a intervenção do povo, dentro de uma ação democrática, erigido o seu reconhecimento à plataforma de garantia constitucional.

Observa-se, portanto, que o critério de seleção é determinado pelas regras em harmonia com o espírito constitucional democrático. Verifica-se a composição eclética, sem discriminação, sendo representativa pelo povo. A opção de escolha no processo seletivo deve abranger esses pressupostos

Nessa esteira, justifica-se a necessidade de um corpo de jurados eclético, heterogêneo, mas com o mínimo de instrução para a decisão ser mais acertada.

Em conclusão, afirma-se que o processo de escolha dos jurados atende aos anseios democráticos do País, no momento em que oportuniza, de modo geral, a participação de diversos setores da sociedade, em procedimento legal, público e fiscalizado, em que diversos atores do Judiciário acompanham, no caso, o juiz e o representante do Ministério Público.

2.1.3 A sessão de julgamento

Antes de dar início à sessão solene, o juiz-presidente deverá analisar todos os casos de isenção ou dispensa de jurados, bem como os pedidos de adiamento. Atualmente, para que seja instaurado o Plenário, necessita-se de, no mínimo, quinze jurados, visto que cada parte poderá recusar imotivadamente até três, sendo imprescindível que, ao final do sorteio, restem no mínimo sete. Encerradas tais preliminares, o presidente procederá ao sorteio dos sete jurados que farão parte do Conselho de Sentença, para, finalmente, anunciar o início do julgamento. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a exortação.

O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo. Concluso tal ato, passará o juiz-presidente à Instrução Plenária, obedecendo a mesma ordem da audiência

preliminar, ou seja: oitiva do ofendido, quando possível; inquirição das testemunhas de acusação; inquirição das testemunhas de defesa; esclarecimentos (como oitiva de peritos, acareações, reconhecimento de pessoas, etc.); e, por fim, interrogatório do acusado.

Saliente-se que os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas apenas por intermédio do juiz presidente.

Concluídos os debates, o presidente perguntará aos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos, que, se existentes, deverão ser imediatamente realizados. Não havendo qualquer empecilho, o juiz conduzirá os jurados, o membro do Ministério Público, o assistente e o defensor à sala especial de votação e prosseguirá à fase de questionamento e votação.

Na votação, é estabelecida a formação de dois quesitos principais, que versam sobre a materialidade do fato e a autoria do mesmo. Conduzidos os jurados a uma urna secreta, de posse apenas da cédula de votação que conterá as palavras sim ou não, realizarão, individualmente, a sua votação quanto a esses dois quesitos.

Apurados os votos, havendo resposta positiva para ambos pela maioria simples dos jurados, ou seja, quatro ou mais, o juiz-presidente formulará um terceiro questionamento arguindo se o jurado absolve o acusado. Se a maioria simples dos jurados, obedecendo o mesmo ritual da votação anterior, negar a absolvição, o juiz-presidente formulará outras duas questões, questionando se há causa de diminuição alegada pela defesa, ou se há circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, presentes na pronúncia ou em decisões posteriores à pronúncia, alegada pela acusação.

Ainda, sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o segundo ou terceiro quesito, conforme o caso. Também, sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

Ressalte-se que os quesitos são elaborados através de perguntas diretas, onde o jurado responde individualmente e sem os outros jurados terem acesso, através de cédulas de “sim” e “não”. Isto decorre face ao princípio da incomunicabilidade entre os jurados, visto que nenhum poderá influenciar o voto do outro.

Por fim, o juiz-presidente, depois de apurado o veredicto do Conselho, elaborará a peça de sentença, determinando que retornem todos ao plenário para que haja a leitura da mesma. Realizada a leitura da sentença, o escrivão lavrará ata detalhando todo o

procedimento que deverá ser assinada pelo juiz-presidente e pelas partes.

3. O CASO DO “MASSACRE DO CARANDIRU”

O chamado “Massacre do Carandiru” ocorreu no Brasil, em 2 de outubro de 1992, quando uma intervenção da Polícia Militar do Estado de São Paulo, liderada pelo coronel Ubiratan Guimarães, para conter uma rebelião na Casa de Detenção de São Paulo, causou a morte de 111 detentos, o que teria se originado de uma briga entre estes. Saliente-se que nenhum policial foi morto na ocasião.

O episódio repercutiu até mesmo fora do Brasil devido à quantidade de mortos e também à forma como os presos foram abordados pela polícia, que teria agido de forma exagerada, desnecessária e arbitrária. Em razão disso, 120 policiais militares foram indiciados.

Inclusive, diante da relevância assumida pelo caso concreto, foi produzido um filme, no ano de 2003, do gênero drama, a fim de retratar o ocorrido, o qual é considerado como uma das superproduções mais famosas do cinema brasileiro, haja vista a quantidade de prêmios e indicações, sendo dirigido pelo cineasta Hector Babenco e possuindo um elenco de peso, contando com a participação de Rodrigo Santoro, Lázaro Ramos, Wagner Moura, Gero Camilo, Caio Blat, entre outros, bem como baseado no livro “Estação Carandiru”, de Dráuzio Varella. O referido filme, em síntese, aborda o contexto do presídio antes, durante e depois do Massacre.

3.1 O julgamento

Em 2001, o coronel Ubiratan Guimarães foi inicialmente condenado a 632 anos de prisão por 102 das 111 mortes do massacre (seis anos por cada homicídio e vinte anos por cinco tentativas de homicídio). No entanto, ele recorreu da sentença proferida pelo júri e o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo o absolveu do crime em 2006, mesmo ano em que Ubiratan foi assassinado. O referido órgão reconheceu que a sentença condenatória continha um equívoco. Essa revisão acabou absolvendo o réu, o que causou indignação em vários grupos de direitos humanos, que acusaram o fato de ser um retrocesso da justiça brasileira.

Por outro lado, em relação aos outros 74 Policiais Militares envolvidos no caso, o processo ainda continua em andamento, sendo alvo de controvérsias mesmo após 25 anos depois do acontecimento.

Diante da complexidade do caso, bem como, principalmente, a grande quantidade de

réu, a justiça desmembrou o caso em 4 partes, e conseqüentemente em 4 júris diferentes, correspondentes aos andares do presídio invadidos pelos policiais. Portanto, o critério utilizado foi julgar os grupos de policiais que esteve em cada um dos pavimentos onde presos foram encontrados mortos.

Inicialmente, esses policiais foram todos condenados nos julgamentos realizados entre 2013 e 2014. As penas variavam entre 48 e 624 anos de prisão, mas ninguém foi preso, já que todos recorreram da decisão.

Ocorre que, em setembro de 2016, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar os recursos interpostos contra as decisões condenatórias proferidas pelos júris, anulou todos os julgamentos realizados. O relator do processo, o desembargador Ivan Sartori, afirmou à época que “as tropas foram recebidas a tiros pelos detentos, razão pela qual atiraram em revide às agressões que recebiam” e que os “detentos que entregaram as armas saíram ilesos”.

Para os três desembargadores da referida Câmara, as provas do processo evidenciaram que a ação da Polícia Militar foi necessária e que os policiais agiram no estrito cumprimento do dever na tentativa de controlar uma rebelião. Os magistrados entenderam, ainda, que não havia elementos suficientes para comprovar quais foram os crimes ou condutas cometidas por cada um dos policiais especificamente. Apesar do pedido de absolvição de todos, feito por Sartori, os outros dois desembargadores pediram novos julgamentos. Diante disso, os réus serão submetidos a novo julgamento pelo 2º Tribunal do Júri da Capital, ainda sem data marcada para ocorrer.

Diante disso, o Ministério Público recorreu da decisão, com escopo de manter as condenações, tanto perante o Superior Tribunal de Justiça, sugerindo que a decisão do Tribunal de Justiça deve ser revertida porque está em desacordo com o artigo 29 do Código Penal, que dá base legal para a condenação de réus que tenham concorrido para a prática do crime de homicídio, como perante o Supremo Tribunal Federal, apontando a violação do princípio constitucional que garante a soberania do júri popular. No entanto, os referidos recursos ainda se encontram pendentes de julgamento.

Recentemente, em data de 04/11/2017, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento de embargos infringentes, haja vista que não houve unanimidade na decisão anterior, decidiu que os policiais envolvidos no episódio devem ser submetidos a novo julgamento, mantendo a decisão anteriormente proferida pelo mesmo órgãos. Nesse cenário, se não houver reforma da decisão pelos tribunais superiores, novos júris deverão ser futuramente organizados.

3.2 A soberania dos veredictos no tribunal do júri e a possibilidade de recorrer da decisão

Em relação ao já mencionado princípio da soberania dos veredictos no tribunal do júri, preleciona Nucci (2012, p. 387):

A soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexistente outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri.

Já os opositoristas em relação ao Júri criticam duramente esta soberania, em razão da situação de ser colocado como garantia constitucional e seu poder pertencer nas mãos de um juiz leigo, que sequer precisa fundamentar sua decisão, apenas votando de acordo com sua consciência.

Conforme extraído da análise do que ocorreu no julgamento do massacre do Carandiru, ou seja, a anulação, pelo tribunal de segunda instância competente, da decisão do júri que condenou os agentes envolvidos no homicídio, verifica-se uma relativização do princípio constitucional que prevê a soberania dos veredictos nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri, principalmente em face do princípio processual do duplo grau de jurisdição, haja vista a possibilidade de recurso da decisão, o que pode culminar, inclusive, na sua anulação, dependendo das circunstâncias.

Sendo assim, em relação ao recurso cabível contra a decisão proferida pelo Plenário, este concerne à apelação. No entanto, em regra a apelação não é um recurso de fundamentação vinculada. A exceção cabe aos recursos impetrados contra as decisões do Tribunal do Júri, sendo que contra tais decisões, ao invocar uma determinada causa, o recorrente fica adstrito à hipótese apontada na peça de recurso, não podendo ampliar, tampouco modificar o debate em suas razões recursais.

As regras para o cabimento da apelação contra decisões do Plenário são restritivas, refletindo o princípio da soberania dos veredictos, e estão previstas no art. 593, III, do Código de Processo Penal quando: ocorrer nulidade posterior à pronúncia; for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; a decisão dos jurados em condenar o réu for manifestamente contrária à prova dos autos.

Do julgamento do referido recurso, poderá advir, pelo tribunal competente, a retificação da sentença do juiz-presidente (quando for contrária à lei expressa ou divergir das

respostas dos jurados aos quesitos), a retificação da aplicação da pena ou da medida de segurança (quando houver erro ou injustiça na aplicação) ou, ainda, a determinação de novo julgamento pelo Júri (quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos), não se admitindo, neste caso, uma segunda apelação pelo mesmo motivo. Essa última hipótese foi a aplicada no caso do massacre do Carandiru, quando do julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo tribunal do júri.

Portanto, conclui-se que o princípio da soberania dos veredictos não é absoluto, estando sujeito ao controle do tribunal de segunda instância, como prevê o artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, a afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos somente pode ocorrer quando houver uma decisão completamente contrária a prova dos autos. Não é admissível, portanto, que quando houver duas versões, baseadas em fatos válidos e comprovados durante o processo, seja admitida uma reforma na decisão do Conselho de Sentença, garantindo-se, portanto, a autonomia à instituição do Tribunal do Júri.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou demonstrado, na presente pesquisa, o aspecto democrático do Tribunal do Júri, seja pela escolha dos jurados, o que é feito por sorteio e sem qualquer tipo de discriminação, seja pelo julgamento público realizado, ou, ainda, pela decisão, que é representada pela maioria dos votos. Assim, através dele se propicia o julgamento, por juízes leigos, ou seja, por cidadãos sem conhecimento técnico, dos crimes que atingem diretamente o interesse de toda a sociedade, haja vista a lesão do bem mais precioso do ser humano, qual seja, a vida.

Conclui-se, também, que o princípio da soberania dos veredictos, ao qual está vinculado o júri, não é absoluta, haja vista que as decisões proferidas estão sujeitas a controle pelo tribunal de segunda instância competente e nas hipóteses expressamente previstas em lei, o que, ainda assim, preserva a autonomia do instituto. Inclusive, dessa forma, os eventuais erros cometidos pelos julgadores leigos, apesar de fazerem justiça, podem ser corrigidos. Tudo isso consagra a utilização do júri como efetivo instrumento de democracia.

Esse instituto, cujos procedimentos foram utilizados nos julgamentos do “massacre do Carandiru”, culminou, inicialmente, na condenação da grande maioria acusados, contudo, os júris foram anulados pelo Tribunal de Justiça, em âmbito recursal. Sendo assim, considerando a complexidade desses julgamentos, o que se espera diante desse caso ainda não resolvido e decidido definitivamente, bem como nos demais casos em geral no âmbito da

competência do júri, é que os princípios constitucionais e processuais penais que o regem sejam aplicados adequadamente, garantindo a legalidade do julgamento e de suas decisões.

Verifica-se que, mesmo após duas décadas de julgamento, onde houve inúmeras contradições das decisões dos júris e das proferidas em segunda instância, o caso ainda permanece não resolvido, haja vista que, atualmente, ninguém foi responsabilizado pelas 111 mortes não casuais, o que, aparentemente, prejudica o respeito ao regime democrático.

Sendo assim, tem-se que a violação da vida, e sua conseqüente punição pelo Tribunal do Júri, abrangem inúmeras garantias, princípios procedimentais e meios de efetivação da justiça, os quais devem ser observados, propiciando-se, com isso, o respeito ao regime democrático por ele instituído, bem como o respeito à vida, que é tida como o bem jurídico de maior importância em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 1993.

BIERMANN, João Everardo Matos. *Democracia no poder judiciário: ficção ou realidade?* Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Fortaleza: Unifor, 2009.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 11ª Edição, São Paulo: Atlas, 2004.

NASSIF, Aramis. *O Júri Objetivo*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____, *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri – contradições e soluções*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VASCONCELOS, Luís Cruz de. *A supressão do júri*. Fortaleza: Instituto do Ceará, 1955.

BIOÉTICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME UMA PROVA DE AMOR

Ricardo Pinha ALONSO⁴²

Kelly Aparecida PARIZI⁴³

RESUMO

Este artigo trata de vários temas ligados à bioética, tais como o direito de dispor sobre o próprio corpo, a eutanásia e a gestação assistida, a partir da análise do filme uma prova de amor. A trama traz à tona questões de ordem ética, bioética, legal, moral, filosófica e religiosa. O questionamento bioético aparece quando o casal opta em ter outro filho na tentativa de salvar o primeiro que está acometido de uma grave doença precisando de doador compatível. Aborda a questão da gestação assistida e a finalidade principal desta gestação. Quanto ao direito de dispor sobre o próprio corpo aborda a inexistência de autorização legal da filha Anna para doar medula a irmã que está acometida de doença, bem como a abordagem do assunto perante os tribunais, já que à pedido da irmã doente, a caçula ingressa com uma ação judicial para ter os direitos ao seu próprio corpo preservados. Por fim, aborda a questão bioética relacionada ao desejo de morrer e a escolha de cessar sua própria vida diante do sofrimento de uma doença incurável. Ao analisarmos várias questões de bioética no filme, inicialmente, temos a sensação de que a maior prova de amor está na irmã caçula seja ser doadora da irmã doente, mas a maior prova de amor está na irmã doente não querer mais viver para não ver sua família sofrer.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Gestação assistida. Disposição do Próprio Corpo. Morte digna.

ABSTRACT

This article deals with several topics related to bioethics, such as the right to dispose of one's own body, euthanasia and assisted gestation, from the analysis of the film, a proof of love. The plot raises questions of ethics, bioethics, legal, moral, philosophical and religious. Bioethical questioning appears when the couple chooses to have another child in an attempt to save the first one who is suffering from a serious illness needing a compatible donor. It addresses the issue of assisted gestation and the main purpose of this gestation. As for the right to dispose of the body itself, it addresses the lack of legal authorization of the daughter Anna to donate marrow to the sister who is suffering from illness, as well as approach the matter before the courts, since at the request of the sick sister, the youngest enters With a lawsuit to have the rights to their own body preserved. Finally, he addresses the bioethical question related to the desire to die and the choice to cease his own life in the face of the suffering of an incurable disease. In analyzing various issues of bioethics in the film, we initially feel that the greatest proof of love lies in the younger sister being a donor to the sick sister, but the greatest proof of love is in the sick sister no longer wanting to live so as not to see her Family suffer.

KEY WORDS. Bioethics. Assisted gestation. Disposition of the Body itself. Worthy death.

42 Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, Mestre em Direito das Relações Sociais pela UNIMAR, Professor na graduação e pós-graduação nas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO e no Centro universitário Eurípides de Marília. Procurador do Estado

43 Advogada, Especialista em Direito Empresarial, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Mestranda de Direito da UNIVEM/Marília. E-mail: kelly@pinheirodarce.com.br

1. INTRODUÇÃO

O tema Bioética será analisado através do filme intitulado “Uma Prova de Amor”. Lançado em 2011, a obra cinematográfica caracteriza-se como drama, retratando a situação de uma família, cuja filha recebe o diagnóstico de leucemia. A família é formada pelos pais, a irmã mais velha com diagnóstico de leucemia e um irmão, sendo que todos os membros da família após vários exames não preenchem os requisitos para serem doadores.

Diante da negativa da família poder ser doadora, surge a orientação médica, de forma antiética, de gerar outro bebê geneticamente modificado para que esta nova criança seja o doador compatível para a irmã diagnosticada com leucemia. Os pais então aceitam a ideia de gerar outro filho, não pela vontade de ter outro filho, mas tão somente para que esta nova vida, seja a ponte da salvação para a filha doente.

O bebê que recebe o nome de Anna, desde o seu nascimento é submetida a vários procedimentos, entre eles, transplantes de medula, duas retiradas de células-tronco. O ápice do filme se dá quando a irmã Kate precisa de transplante de rim e Anna procura um advogado, que ingressa na justiça com um pedido de emancipação médica, visto não querer mais ser submetida aos procedimentos invasivos para a doação de medula a que é obrigada pelos pais, principalmente pela mãe.

Na ação o advogado pugna pela emancipação médica e pelo direito de dispor do próprio corpo. Relata o sofrimento da irmã Anna em realizar vários procedimentos de retiradas de células tronco, transplantes de medula, dos quais teve vários efeitos colaterais, hematomas, sangramentos, náuseas, realizando vários cateterismos e tendo que ingerir vários medicamentos para dormir, remédios para dor e hormônios do crescimento, tudo em prol da irmã doente e sem a concordância de Anna que nunca foi perguntada se desejaria ou não fazer os procedimentos. Do outro lado, em defesa, está a mãe querendo salvar a vida da filha doente com a ajuda da filha geneticamente criada para tanto. A decisão desta questão é levada aos Tribunais, já que a família não conseguiu resolver a questão internamente.

Verifica-se, posteriormente, como um elemento surpresa no filme que Anna toma tal atitude de ingressar na justiça para atender a vontade de Kate, a irmã doente, que quer morrer em paz e não deseja mais viver e continuar a ver o sofrimento de toda a família.

Observa-se no decorrer da trama que a mãe está envolvida somente com a doença de Kate e acaba por não se importar com os demais membros da família e não percebe que o maior desejo da filha Kate não é viver, já que sua doença é incurável e cheia de sofrimentos e de que deseja morrer em paz, libertando a família de todo o sofrimento, principalmente sua

irmã Anna que foi projetada especificamente na tentativa de salvá-la. Verifica-se na situação narrada que o amor materno é incondicional pela filha Kate, porém será que a filha Anna foi amada tanto quanto e está feliz em passar por tantos procedimentos dolorosos? A bioética aponta a necessidade e o direito de dispor do próprio corpo da melhor forma que lhe convier.

O filme traz a tona vários questionamentos éticos e bioéticos, entre eles a gestação assistida, programada geneticamente para ser um embrião doador e a fertilização in vitro. Seria justo vir ao mundo não por amor e vontade dos pais, tendo que passar por inúmeros procedimentos médicos e cirúrgicos, muitas vezes, invasivos, exclusivamente para salvar a vida da irmã? Por outro lado, aponta os direitos de Anna em não querer dispor do próprio corpo bem como o conflito gerado, já que se negar a ser doadora, terá o peso da culpa pela morte da irmã. Por fim, trata da vontade de Kate em não querer mais viver, desejando morrer em paz e aborda a questão da bioética relacionada à eutanásia.

Neste artigo traremos apenas apontamentos sobre alguns temas relacionados à bioética já que não há como esgotar todos os pontos abordados. Serão abordadas a fertilização in vitro o direito de dispor do próprio corpo e o direito de morrer, sendo que todos os temas serão analisados à luz da lei, levando-se em consideração a questão do amor e da afetividade.

2. A BIOÉTICA, EMBRIÃO E SEUS DIREITOS

Antes de adentrarmos aos temas polêmicos trazidos pela análise do filme "Uma prova de amor" é necessário entender o que é Bioética.

O termo "bioética" apareceu pela primeira vez em 1971, no título da obra de Vans Selaer Potter e para ele a finalidade da bioética era auxiliar a humanidade no sentido de participação racional, porém cautelosa no processo de evolução biológica. Segundo o dicionário Michaelis bioética é o conjunto de considerações que pressupõe a responsabilidade moral dos médicos e biólogos em suas pesquisas teóricas e na aplicação delas.

Para Nilo Agostini bioética é "fruto da consciência do valor da vida humana, bem como de todas as formas de vida existentes" (AGOSTINI, 2015, pág. 35)

E complementa referido autor que:

Assim, a bioética está se transformando num campo indispensável de reflexão e de ação, pois contém uma "finalidade ética própria que é de salvaguardar o bem e promover a melhoria da realidade global humano-sócio-ecológica". (AGOSTINI, Apud RUBIO, 2001, pág. 39)

A extensão do campo de reflexão da bioética é muito amplo. A Bioética emerge no contexto científico como uma reflexão sobre tudo o que interfira no respeito à qualidade e dignidade da vida, representando o resgate da ética, da condição plena de cidadania e do

respeito as diferenças.

A bioética procura preservar a vida humana e estende o seu raio em favor de todas as formas de vida presentes na natureza, preservando a dignidade da pessoa humana e opõe-se a tudo o que ameaça o equilíbrio da natureza

Considera, portanto, questões nas quais não existe consenso moral como a fertilização in vitro, o aborto, a clonagem, a eutanásia, gestação assistida, os transgênicos e as pesquisas com células tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e aplicações.

Verificado o que vem a ser bioética trataremos de alguns temas ligados a esta reflexão. O primeiro deles é a fertilização in vitro e a gestação assistida.

O filme retrata uma família composta pelo pai, pela mãe, um filho e uma filha diagnosticada com leucemia. Após todos os exames e testes com os membros da família descobriu-se que ninguém do núcleo familiar seria um doador compatível na tentativa de salvar a vida da irmã doente.

Neste momento surge a orientação médica, de forma antiética, de gerar um outro bebê geneticamente modificado para que esta nova criança seja o doador compatível para a irmã diagnosticada com leucemia. Os pais então aceitam a ideia de gerar outro filho, não pela vontade de ter outro filho, mas tão somente para que esta nova vida, seja a ponte da salvação para a filha doente.

As técnicas de reprodução assistida para serem compatíveis com a ordem constitucional devem, antes de tudo, estar desassociadas de motivações egoístas, mesquinhas, voluntaristas, devendo prevalecer a vontade de se gerar um filho com um fim nele mesmo e com o compromisso dos pais de promover o desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.

Não foi o que se passou no filme.

A reprodução assistida e a fertilização in vitro foram realizadas com intuito exclusivo de que Anna fosse gerada apenas com a tarefa de ser doadora para a irmã Kate. Este talvez seja o principal questionamento bioético trazido pelo filme que nos faz refletir: a possibilidade do casal querer trazer ao mundo outro filho com o intuito exclusivo de salvar o primeiro, e não pela simples intenção de ter mais filhos.

Ao se discutir a licitude das pesquisas com células-tronco embrionárias, verifica-se que esta não é uma promessa de cura de moléstias letais, mas sim a possibilidade de a ciência investigar, por meio de pesquisas genéticas, novas formas terapêuticas para se atingir os resultados esperados.

Não podemos esquecer de que os embriões humanos já são protegidos pelos princípios constitucionais do direito à vida e dignidade da pessoa humana, sem mencionar a proteção de seus direitos da personalidade por intermédio da identidade pessoal e genética todos estampados na Constituição Federal de 1988.

Temos que destacar que os embriões humanos possuem duas situações dignas de proteção: aqueles que se encontram no útero e os que estão no laboratório congelados a espera de terem os seus próprios destinos, a depender da escolha de seus titulares.

No filme, Anna foi concebida através de uma fertilização *in vitro*, cuja fecundação foi realizada fora do organismo. A partir da fecundação o feto já está salvaguardado pela lei, visto que o artigo 2º do Código Civil determina que a personalidade começa desde o nascimento com vida, mas os direitos daquele que ainda não nasceu encontram-se salvaguardados pela lei.

Um embrião tem existência própria, mesmo quando se fala da fecundação *in vitro* porque a fecundação tem êxito fora do corpo materno.

Segundo Maria Cláudia Chaves:

Sem dúvida que o embrião humano é dotado de natureza racional, da mesma forma que são os bebês recém-nascidos ou os velhos despidos de autodeterminação. A falta de comunicação, por si só, não aniquila a qualidade de pessoa, interessa, apenas, que o indivíduo pertença a uma espécie de natureza racional. Pode-se afirmar, sem dúvida, que o ser humano, desde a concepção, é uma verdadeira pessoa humana, com todos os requisitos biológicos e ontológicos. (CHAVES, 2004)

Assim verifica-se que os embriões humanos já são protegidos pelos princípios constitucionais do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem mencionar a proteção de seus direitos da personalidade através da identidade pessoal e genética.

O filme traz a reflexão de que a partir do momento que se iniciou a fertilização, já existia uma pessoa e esta é salvaguardada pela Lei, portanto, possuidora da dignidade humana.

3. O DIREITO DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO E A QUESTÃO DA AFETIVIDADE

Outro tema abordado pelo filme é a questão da filha caçula ter o direito à disposição do próprio corpo. Mas o que seria o direito de dispor do próprio corpo?

Inicialmente, antes de conceituarmos o que significa o direito à disposição do próprio corpo precisamos partir da premissa de que todo ser humano tem direito à vida e tem os seus direitos são resguardados desde o seu nascimento (nascituro), conforme determina o artigo 2º

do Código Civil, sendo vedada a eutanásia.

A lei também pune as ofensas físicas praticadas contra o corpo, tais como a lesão corporal, a tentativa de homicídio e o homicídio propriamente dito.

No que se refere ao direito de dispor ao próprio corpo, segundo Carlos José Cogo Milanez e Tatiana Richetti, em seu artigo "Do direito ao próprio Corpo" referido autor define: "o direito ao próprio corpo constitui o direito que os indivíduos têm de não sofrerem violações, ofensas ao seu corpo". (MILANEZ e RICHETTI, 2017, pág. 02)

Sobre o tema dispõe Caio Mario da Silva Pereira:

No conceito de proteção à integridade física inscreve-se o direito ao corpo, no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para decisão da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinando conteúdo à preservação da própria vida ou de sua deformidade. A lei não pode plácitar a auto-lesão. É o que consagra o artigo 13 do Código Civil, cujo caput, contudo, peca de uma incorreção técnica. O médico jamais impõe ou exige a disposição do corpo. O que se pretende enunciar é que pode ser necessária por indicação médica, a extração ou retirada de uma parte do corpo. (PEREIRA, 2008, pág. 250)

No filme, Anna foi concebida através de uma gestação assistida com um único objetivo: dar a vida a outra filha do casal, sua irmã mais velha acometida de leucemia. A preocupação do casal no filme, principalmente da mãe gira em torno de salvar a vida da filha mais velha a qualquer custo, chegando ao ponto de decidir ter outro filho geneticamente programado para que seja a salvação da filha doente.

Vamos esquecer por alguns momentos do sofrimento de Kate no filme para nos concentrarmos no direito a disposição do próprio corpo da irmã. Anna teria direito a não querer ser doadora da irmã? Apesar de ser criança e ser legalmente incapaz, pode ter o direito de resolver o que quer fazer com seu próprio corpo?

No filme, a filha caçula geneticamente concebida para salvar a irmã mais velha, procura um advogado para requerer a sua emancipação médica para conseguir judicialmente o direito de resolver o que quer fazer do seu próprio corpo, pois não quer mais ser forçada pelos pais a realizar procedimentos, doações de medula e rim ou passar por qualquer outro tipo de intervenção sem o seu próprio consentimento.

Uma criança não pode ser obrigada a passar por procedimentos invasivos dessa natureza mediante a simples autorização de seus pais perante uma equipe médica, embora incapaz, tem o direito tutelado a disposição do próprio corpo.

O direito de dispor sobre o próprio corpo está contido no artigo 13 do Código Civil, conforme transcrito: "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

O Código Civil ao dispor sobre os direitos da personalidade excluiu a prática de atos de disposição sobre o próprio corpo que trouxessem a diminuição permanente da integridade física e violassem os bons costumes e manteve apenas os casos autorizados pela exigência médica.

Outro ponto abordado pelo filme que envolve a questão da disposição ao próprio corpo diz respeito à doação de órgãos. O Decreto nº 2.268/97, que regulamenta a Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes), segundo Juliano Ralo Monteiro, “tem como princípio que a doação seja um ato voluntário, gratuito e altruístico, sendo permitido, como regra, somente a maiores e capazes”. (MONTEIRO, 2012, pág. 18).

Anna sendo menor de idade, incapaz, não poderia ser doadora do rim para sua irmã na legislação brasileira. O transplante de órgãos no Brasil que não é renovável como a medula óssea, somente pode ser realizado por pessoas maiores de idade, capazes e que possuem o discernimento para decidir sobre as implicações do transplante.

Assim, a possibilidade de Anna, menor de idade, ser doadora do rim para sua irmã, somente com a autorização dos seus pais é ferir o direito a disposição do próprio corpo, pois Anna não tem condições de avaliar a dimensão da situação, principalmente em se tratando de doação que implique limitação futura ao doador ou risco a sua integridade física e a sua saúde.

Nesse sentido, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Luísa Cristina de Carvalho Morais no artigo publicado "Os limites da luta para salvar um filho apontam que:

O transplante feito com doador menor e incapaz, que não tem maturidade para compreender as consequências deste ato, e somente com a autorização dos pais é uma aberração que o Direito não pode admitir. A criança pode não ter condições de avaliar a dimensão da situação, mas não é por isto que seus pais podem dispor livremente do seu próprio corpo, principalmente se estivermos tratando de uma doação que implique limitação ao doador ou risco a sua saúde. (RAMOS e MORAIS, 2017, pág.16)

Nota-se no filme que a irmã caçula após inúmeros procedimentos invasivos, alguns cirúrgicos, não aguenta mais tanto sofrimento e manifesta o desejo de contrariar os pais procurando um advogado para resguardar o seu direito de não ser sujeitar mais a ser doadora de sua irmã e a decidir o que quer fazer com seu próprio corpo.

Esta drástica medida tomada por uma criança retratada no filme foi necessária para que Anna pudesse não ser mais doadora da irmã, protegendo-se a si mesma de qualquer espécie de tortura, já que o filme retrata de que mesmo com todos os procedimentos efetuados para salvar a vida da irmã não foram suficientes para conseguir a sua cura, ferindo, de sobremodo, sua própria integridade e por consequência o princípio da dignidade da pessoas humana que deve ser resguardado a todos.

Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira Gama:

"O bem jurídico integridade física representa a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o corpo do sujeito e no próprio texto constitucional, pode ser verificado regras que vedam a prática da tortura, o tratamento desumano ou degradante, a aplicação de penas cruéis". (GAMA, 2006, pág. 34)

O fato é que todo ser humano tem o direito e a autonomia para poder determinar o caminho que deseja traçar a respeito da disposição do seu próprio corpo, sem esquecer que a vida humana guarda especial proteção constitucional.

Em razão disto, o ordenamento jurídico coíbe a prática de atos que possam vir a comprometer o bem maior que é o direito à vida. Neste sentido, ensina Roberto Senise Lisboa que:

“o titular do direito ao corpo pode dele se utilizar conforme lhe aprouver, vedando-se o uso atentatório à vida ou à saúde física ou mental, pois estes últimos são valores mais significativos.” (LISBOA, 2010, pág. 221).

Por outro lado, verifica-se no filme a questão do amor e da afetividade. Afetivamente ligamos somente a filha doente. O casal esquece os direitos de Anna, principalmente a mãe. A filha doadora que é submetida desde a sua concepção a dispor do seu próprio corpo, muitas vezes, com procedimentos invasivos, doloridos e sofridos e somente pensam em salvar a filha doente. E o afeto da irmã caçula? Ela não tem direito a afetividade?

Segundo Jackeline Fraga Pessanha "Afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa". (PESSANHA, pág. 4)

Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira assevera que:

“A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela ‘instituição’.” (PEREIRA, 2011, pág. 193)

A afetividade embora não possua previsão legal específica na Constituição de 1988, pode ser extraída de outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Tartuce: “mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, pode-se dizer que o *afeto* decorre da valorização constante da dignidade humana" (TARTUCE, 2009)

Ademais, o artigo 3º da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente -

também contempla o aludido axioma. Eis a redação:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Anna tem consciência de quem foi concebida somente para salvar sua irmã, que ela própria não teve afetividade e que seus pais se concentraram somente na vida de sua irmã. O filme demonstra o sofrimento de Anna, a pressão psicológica sofrida por seus pais para realizar os procedimentos necessários na tentativa de salvar a irmã, a ingerência em sua vida que, por muito tempo, não teve como exprimir sua vontade em dispor ou não de seu corpo e a falta de afetividade dos pais que não se preocuparam com sua vida, com os seus sentimentos, com suas dores, tudo em prol do desejado desesperado de salvar a irmã mais velha doente.

Surge então outro questionamento trazido pelo filme: a “coisificação” do indivíduo e à sua transformação em um objeto. O casal resolve ter um bebê simplesmente para que ele sirva de “meio” para salvar o outro filho e deixam de dispensar ao bebê qualquer espécie de afeto.

Assim como qualquer criança, Anna tem o direito de existir por ela mesma e ser criada num ambiente de afeto, que propicie o seu crescimento físico e mental para que possa formar o seu caráter e ser um adulto feliz.

A seleção embrionária com vistas à salvação de uma pessoa doente cuja vida encontra-se ameaçada, e cujos tratamentos disponíveis não são eficientes para levar à cura, deve vir acompanhada da valorização daquele novo ser e do respeito à sua condição de pessoa e, principalmente, de filho.

Neste sentido posiciona-se Gustavo Tepedino, afirmando que:

as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem se desassociar de motivações voluntaristas e especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo – na refrega de interesses contrapostos – quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar (TEPEDINO, 2004, pág. 472).

Nesse sentido, verifica-se de que não é errado considerar um filho como um meio, desde que não seja considerada somente como "meio" como retratou o filme. Todos nós somos meios e todos fazemos do outro um meio para algum fim.

No entanto, como retratado no filme, Anna foi desde o início tratada como meio para a salvação da irmã e não foi valorizada como ser humano e não teve afetividade. Kant afirma que “o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre e em todas as suas ações

como fim em si mesmo” (KANT, 2003, pág. 60).

Portanto, a relação de pais e filhos deve ser cercada de amor e cuidado, em especial numa família na qual se percebe uma luta incessante pela saúde de um dos seus membros. Não há problemas em ver um indivíduo como meio, desde que ele seja também um fim em si mesmo.

4. BIOÉTICA E O DIREITO DE MORRER

O filme também nos traz à reflexão outro tema relacionado a bioética que é a morte e o direito de morrer. Com os avanços da medicina é possível manter vivos por muito mais tempo os seres humanos. Há muitos medicamentos, máquinas que substituem as funções orgânicas e tecnologias capazes de controlar os controles vitais dos seres humanos para manter o organismo vivo.

O questionamento que se faz é sobre a validade destas práticas e se o paciente, que sabe que não terá sobrevida, tem o direito de morrer. Com a prolongação da vida somente com recursos da medicina, podemos dizer que ocorrerá a morte de forma digna?

O processo de morte é bem presente no filme e é possível identificar alguns dos estágios bem definidos neste processo. Inicialmente não é demonstrada nenhuma negação da morte, já que a doença foi diagnosticada quando Kate ainda era muito nova e tanto ela quanto a família só pensam na cura.

Contudo, no decorrer do filme começam a surgir a negativa de aceitação da morte principalmente da mãe que faz absolutamente tudo na tentativa de curar a filha, inclusive aceitando outra gravidez somente para que o novo ser seja a salvação da filha doente.

A preocupação estava somente na cura e nos sintomas da doença.

Deixou-se de lado o indivíduo e Kate nunca foi perguntada sobre os seus desejos, porém tinha consciência da gravidade de seu caso. Após muito tempo de sofrimento pessoal, angústias, dores e sintomas em razão dos procedimentos para tentativa de cura, Kate tem a certeza de que não iria sobreviver e chamou os irmãos para dizer que tinha aceitado a morte e não queria mais viver.

O processo de luto não começa no momento da morte, e sim quando a pessoa percebe que ela é inevitável. No filme, Kate se preparou durante muito tempo para morrer, preparando tudo para a morte ocorrer naturalmente.

Foi em razão da decisão de Kate de não querer mais viver e a seu pedido que sua irmã caçula procurou um advogado para solicitar judicialmente de que não fosse mais doadora da irmã, pois desta forma ela não prolongaria mais a sua vida ceifando o sofrimento dela e de

toda a sua família, inclusive da irmã caçula. Esta era sua vontade.

Surge ai o questionamento sobre o direito de morrer trazido pelo filme.

Em muitos países há a concordância a respeito do direito de morrer, sobre a questão denominada de "eutanásia passiva" que é baseada no direito á morte com dignidade. No Brasil a eutanásia é vedada.

Alguns questionamentos podem ser feitos e refletidos com a questão da morte trazida pelo filme, embora a eutanásia seja vedada no Brasil. Até que ponto uma pessoas deve suportar o sofrimento e até que sua morte antecipada poderia ser considerada aceitável?

O ser humano tem o direito de viver, mas viver com dignidade. Negar a ele o poder de decidir sobre a sua vontade morrer estaria preservando o direito à dignidade de morrer? Porque então o Direito impede o exercício deste direito?

Em muitos países a jurisprudência vem adotando a prática denominada de "diretrizes antecipadas", o que possibilita uma pessoa ter o direito de expressar antecipadamente sua própria vontade a respeito das terapias de suporte vital a que será eventualmente submetido, em razão do seu estado particularmente grave de saúde.

Será que o correto não seria que cada homem a tomar para si a responsabilidade de viver também não deveria ser responsável por sua morte?

Talvez a maior lição que o filme nos traz é que a maior prova de amor não é lutar para um ente querido ficar conosco para sempre, mas sim saber a hora de deixar esse ente querido partir. Fica a reflexão.

5. CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo, em análise do filme "Uma prova de amor", pudemos observar e discutir várias polêmicas relacionadas intrinsecamente a Bioética. O filme gira em torno do drama de uma família que descobre que a filha está acometida de leucemia aguda (câncer) e na tentativa de encontrar um "doador perfeito" de medula aceita a ideia de gerar outro filho, através de fertilização *in vitro* e geneticamente modificado, como uma perfeita combinação de genes para especificamente salvar a vida da irmã.

Surge a primeira questão relacionada com a bioética: o procedimento da gestação assistida com o intuito de salvar o primeiro, e não pela simples intenção de ter mais filhos. Essa criança gerada com o objetivo de salvar a outra pode se sentir diferente quando compreender os motivos que levou o seu nascimento? Sim, tanto que no início do filme relata que a maioria dos bebês não são resultados de consequências determinadas, porém de noites de festas, de "porres" e que ela, ao contrário, foi projetada através de uma combinação

perfeita de genes para salvar a vida de sua irmã, trazendo com isso um sentimento de inferioridade de afetividade.

Ao se discutir a licitude das pesquisas com células-tronco embrionárias, verifica-se que esta não é uma promessa de cura de moléstias letais, mas sim a possibilidade de a ciência investigar, por meio de pesquisas genéticas, novas formas terapêuticas para se atingir os resultados esperados. No caso em particular do filme, comprovou-se que no caso de Kate não ocorreu à cura, mesmo depois de vários procedimentos invasivos em Anna.

Na tentativa de salvar a irmã, Anna passa por vários procedimentos médicos e cirúrgicos, sem sucesso. A filha acometida da doença pressiona a irmã doadora, sem que os demais familiares percebam a desistir de continuar a se submeter às doações, sob o fundamento de que ela, Anna, quer sua emancipação médica, pois não quer mais ser obrigada pelos pais a ser a doadora da irmã e não quer mais dispor de seu próprio corpo.

Surge um segundo tema relacionado com a bioética que é o direito de não ser forçada a utilizar o próprio corpo e ter esse direito respeitado. A partir daí, inicia-se a busca de um veredicto sobre a posição de alguém dispor do próprio corpo, já que a família não consegue resolver essa questão sozinha.

A seleção embrionária com vistas à salvação de uma pessoa doente cuja vida encontra-se ameaçada, e cujos tratamentos disponíveis não são eficientes para levar à cura, deve vir acompanhada da valorização daquele novo ser e do respeito à sua condição de pessoa e, principalmente, de filho. De acordo com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o menor tem direito à manifestação de vontade quando se trata de seu corpo, de sua saúde, de sua dignidade e esses direitos devem ser preservados e respeitados, diante disso, se Anna fosse brasileira, este direito lhe seria assegurado de imediato. O artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe expressamente: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Perante a legislação brasileira estaria amplamente protegida e não teria talvez passado por esta situação, que segundo a luz da lei é desumana. Não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana, seja lá qual for a sua idade, constitui, no âmbito constitucional, o fundamento do nosso Estado Democrático (CF, artigo 1º, inciso III). No caso em questão, a decisão da magistrada foi no sentido de que os pais não poderiam dispor do corpo da filha menor, ainda que guardiães, já que o que se levou em consideração pela Corte foi à vontade da filha doadora. Percebe-se que o veredicto da Corte estrangeira se assemelha ao que se protege na Legislação Brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Outro tema relacionado com a Bioética: a questão do desejo de Kate de não mais viver nos faz refletir sobre os desejos de Kate e dos pacientes que estão na difícil decisão de preservar sua saúde por somente mais alguns meses, dias ou horas em vez de deixá-los realizar seus últimos e simples desejos, como sair do hospital e respirar o ar de uma praia. Até onde vai a liberdade de cada um? E de uma criança? Até que ponto pode-se manipular, extrair e mutilar um corpo infantil sem questionar a respeito de sua aceitação? Criar uma vida somente para extrair dela o que outra vida necessita é correto?

Por fim, no que se refere ao direito de morte o filme nos traz a discussão sobre os cuidados paliativos e as atitudes que podem ser tomadas tanto pelo paciente ou pela família quanto a morte e o direito de morrer, possibilitando, inclusive, um luto antecipatório antes mesmo de efetivamente morrer.

6. BIBLIOGRAFIAS

BRASIL. Código Civil Brasileiro. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAVES, Maria Claudia. Os embriões como destinatários de direitos fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6098/os-embrioes-como-destinatarios-de-direitos-fundamentais>, Acesso em 15 de abril de 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de abril de 2017

DECRETO 2.268/97 que regulamenta a Lei 9.434/97. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm . Acesso dia 13 de abril de 2017.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de abril de 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, Direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.

GIACÓIA JUNIOR, Osvaldo; RAMIRO, Caio Henrique Lopes; RICCI, Luiz Antônio Lopes. Responsabilidade e Futuro: Bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para reflexão e ação. São Paulo: LibertArs, 2015

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. teoria geral do direito civil. 6a . ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1.1982.

MILANEZ, Carlos José Cogo; RICHETTI , Tatiana. Do direito ao próprio corpo. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e1d842d0f7ee600 Acesso em 14 de abril de

2017.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Savior Sibling: limites ao poder familiar? In: GOZZO, Débora (Coord.). Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. Disponível em www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/3142. Acesso em 15 de abril de 2017.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos Saviour Siblings. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em: 14 de abril de 2017

RUBIO, M. Que és moralmente factible? Posibilidades y limites de la "tecnociencia", Moralia, Vol XXIV, n4, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol.5. 7º edição. São Paulo: Editora Método.

Uma Prova de Amor. Direção de Nick Cassavetes [S.I.]: Warner Bros Pictures, 2009. 1 DVD (109 min).

CARANDIRU E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A OMISSÃO DO ESTADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Everton Ribeiro de ARAÚJO⁴⁴

Raquel Pessoni TINONIN⁴⁵

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o sistema prisional brasileiro que se encontra atualmente em estado de calamidade e total abandono pelo Estado. E é sob essa perspectiva que o presente artigo busca como objetivo demonstrar que a omissão do Estado gera inúmeras consequências, como por exemplo, o surgimento de um código penal paralelo dentro dos presídios ocasionando, portanto a falência do referido sistema. Para tanto, far-se-á um vôle panorâmico, a fim de explicar o surgimento das penitenciárias, da sociedade, e do Estado com o intuito de pontuar que este órgão é o único com direito de punir o infrator com o objetivo de assegurar a segurança pública. Desse modo, poder-se-á trazer à baila a análise do filme “Carandiru”, que irá nortear, por meio da temática abordada, a omissão do Estado e, por conseguinte, as consequências oriundas dessa falha. Utilizou-se neste presente artigo o método dedutivo e como embasamento a pesquisa teórica. Após o desenvolvimento da pesquisa entendeu-se que a omissão Estatal acarreta à desordem e o descontrole dos apenados dentro do aparelho penitenciário e que se o Estado estivesse presente não haveria a falência do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema prisional brasileiro. Omissão do Estado. Direito de punir. Código paralelo.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the Brazilian prison system that is currently in a state of calamity and total abandonment by the State. And it is from this perspective that the present article seeks to demonstrate that the omission of the State generates countless consequences, for example, the appearance of a parallel penal code inside the prisons, thus causing the bankruptcy of said system. In order to do so, a panoramic flight will be carried out in order to explain the emergence of prisons, society, and the State in order to point out that this body is the only one with the right to punish the offender in order to ensure the public security. In this way, the analysis of the film "Carandiru", which will guide the omission of the State and, consequently, the consequences of this failure, can be brought to light. The deductive method was used as the basis for theoretical research. After the development of the research it was understood that the State omission entails the disorder and the lack of control of the prisoners within the penitentiary apparatus and that if the State were present there would be no bankruptcy of the system.

KEY WORDS: Brazilian prison system. Omission of the State. Right to punish. Parallel code

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Apesar do longa-metragem “Carandiru” ter sido lançado no ano de 2003, o indicado

44 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

45 Graduação em Letras/Literatura pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

filme aborda em sua narrativa uma temática delicada e problemática que se faz presente no cenário atual do Brasil: a omissão do Estado no sistema carcerário brasileiro.

Nos últimos anos as penitenciárias têm sido constantemente palco de rebeliões que evidenciam o colapso do sistema prisional brasileiro. Mortes bárbaras, agentes de segurança feitos reféns, confrontos entre facções rivais acusam problemas gravíssimos no sistema carcerário. Um exemplo mais recente foi à rebelião que ocorreu no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) em Manaus no ano de 2017, que elevou o sistema penitenciário ao topo como tema de suma relevância que precisa ser estudado.

Embora, a omissão do Estado não tenha sido retratada profundamente no filme “Carandiru”, que também aborda inúmeras outras temáticas presentes no ambiente carcerário, o longa-metragem proporcionou uma visão panorâmica desse ambiente abordando suas mazelas e falhas.

Para tanto, primeiramente, a pesquisa tem como objetivo, apontar a omissão do Estado como o principal agente responsável pela falência do referido sistema. Há ainda que salientar que este abandono repercute na falta de estrutura tanto física como organizacional que ocasiona o surgimento de um organismo paralelo, isolado, com seus próprios códigos. Em um segundo momento, far-se-á uma breve análise de alguns artigos presentes na Lei da Execução Penal principalmente o artigo 31 em que o entendimento da jurisprudência vai de encontro, acarretando assim, demasiadas consequências que se refletem no cumprimento dos deveres do Estado.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo ademais, a pesquisa bibliográfica de renomados doutrinadores da seara do direito como Fernando Capez, Damásio de Jesus, Dalmo de Abreu Dallari e também o livro Estação Carandiru do famoso escritor e médico Drauzio Varella. Contudo, vale ressaltar, que este artigo não tem intenção de esgotar o tema proposto, mas, consubstanciar a sua singular relevância e abrir portas para novas pesquisas.

UMA BREVE ANÁLISE DA ORIGEM DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Antes de adentrar a esfera cinematográfica do longa-metragem “Carandiru”, faz-se necessário primeiramente realizar uma breve explanação sobre o surgimento das penitenciárias e exemplificar alguns conceitos, afim de, que o leitor possa compreender o tema com maior precisão.

Podemos verificar que ao longo das formas de sociabilidade, o sistema penal se conjuga com a evolução das penas, que passa pela vingança privada e se estabelece pela vingança pública, assumindo a chamada justiça pública ou o *jus puniendi*

exercido pelo Estado. Neste sentido verificarmos a instituição do talião como mecanismo limitador da vingança privada, que corresponde à retribuição do mal nas mesmas proporções sofridas pela vítima, assim como os Códigos que se instituíram, tais como o Código de Hamurabi, A Lei das XII Tábuas, o Código de Manu, etc. (SILVA, p.31, 2012)

O conceito de punir existe desde os primórdios da humanidade em que o sistema penal foi se consolidando e se transformando ao longo do tempo com a evolução das penas. No Brasil colônia podia-se notar o surgimento do sistema prisional conforme aduz Canto,

Nos primórdios da colonização o sistema penal brasileiro estava contido nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Elas consagravam a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena de acordo com a gravidade do caso e a qualidade da pessoa. Os nobres, em regra, eram punidos com multa; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes. (CANTO,1999)

As ordenações Afonsinas e Manuelinas não chegaram a vigorar no Brasil, a única que foi aplicada diretamente foram as ordenações Filipinas, que foram as bases do direito brasileiro, em que “Tiveram vigência a partir de 1603, findando em 1830 com o advento do Código do Império”. (CANTO,1999)

Logo após a independência do Brasil em 1822 foi constituído o Código de 1830, que manteve em seu conteúdo a pena de morte. Anos depois mais precisamente no governo de Getúlio Vargas foram publicados o Código Penal e o Código de Processo Penal que vigoram até os dias de hoje.

Com a República foi promulgado novo Código, pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, baseado no projeto de Batista Pereira, em que foram adotados os princípios da escola clássica (1. da reserva legal; 2. Divisão dicotômica da infração penal; 3. Penas: prisão celular, banimento e reclusão). Mas continuava a edição de inúmeras leis. Em 1932, Vicente Piragibe faz uma compilação das leis vigentes que, sob a denominação de *Consolidação das Leis Penais*, passa a vigorar por força do Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932.[...] O Presidente Getúlio Vargas, pretendendo fazer reformas legislativas, mandou que o Ministro da Justiça, Francisco Campos, designasse Alcântara Machado para elaborar o novo Código. Foi editado, então, o Decreto n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que começou a vigorar somente em 1º de janeiro de 1942, a fim de que pudesse tornar-se conhecido.[...] Código de Processo Penal (Decreto n. 3.689, de 3/10/1941), a Lei das Contravenções Penais (Decreto n. 3.688, também de 3/10/1941), a Lei de Introdução ao Código Penal (9/12/1941) e o Código Penal Militar (Decreto n. 6.227, de 24/1/1944). (CANTO, 1999.)

Vale ressaltar ainda que “No Brasil, em 1769, foi construída a Casa de Detenção no Rio de Janeiro, a primeira prisão brasileira”. (TIRLONI, p.14, 2010)

A ORIGEM DA SOCIEDADE E DO ESTADO

A sociedade surgiu com o entendimento de um acordo de vontades e por causa do instinto humano de aglomerar-se. Assim, conforme diz Aristóteles "o homem é naturalmente um animal político" (ARISTÓTELES apud DALLARI, p.21, 2013)

Todavia, alguns autores, denominados contratualistas, defendem a idéia de que a sociedade é somente um acordo de vontades contrapondo-se a tese da sociedade natural. Tomas Hobbes foi um dos maiores precursores do contratualismo que o consagrou em seu livro *Leviatã*, publicado em 1651. Assim, conforme aduz Hobbes,

Para HOBBS o homem vive inicialmente em "estado de natureza", designando-se por esta expressão não só os estágios mais primitivos da História mas, também, a situação de desordem que se verifica sempre que os homens não têm suas ações reprimidas, ou pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes. Assim, pois, o estado de natureza é uma permanente ameaça que pesa sobre a sociedade e que pode irromper sempre que a paixão silenciar a razão ou a autoridade fracassar. HOBBS acentua a gravidade do perigo afirmando sua crença em que os homens, no estado de natureza, são egoístas, luxuriosos, inclinados a agredir os outros e insaciáveis, condenando-se, por isso mesmo, a uma vida solitária, pobre, repulsiva, animalésca e breve. Isto é o que acarreta, segundo sua expressão clássica, a permanente "guerra de todos contra todos". O mecanismo dessa guerra tem como ponto de partida a igualdade natural de todos os homens. Justamente por serem, em princípio, igualmente dotados, cada um vive constantemente temeroso de que outro venha tomar-lhe os bens ou causar-lhe algum mal, pois todos são capazes disso. Esse temor, por sua vez, gera um estado de desconfiança, que leva os homens a tomar a iniciativa de agredir antes de serem agredidos. (HOBBS *apud* DALLARI, p.24, 2013).

De acordo com o excerto acima, percebe-se que o homem vivia em constante alerta com medo de que outro indivíduo lhe fizesse algum mal. Assim, para defender seus direitos o homem apresentava contornos animais e lutava com unhas e dentes guerreando uns com os outros a fim de preservar seus bens e sua integridade física. A partir daí tornou-se viável que os seres humanos celebrassem um pacto social, que se configura na transferência de direitos para o Estado em troca de segurança. Segundo Dallari,

E é por força desse ato puramente racional que se estabelece a vida em sociedade, cuja preservação, entretanto, depende da existência de um poder visível, que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza anteriormente referidas. Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa. (DALLARI, p.25, 2013).

Portanto a sociedade se constitui com a finalidade de assegurar o bem comum, em que o poder e a ordem são os pilares para a construção desse instituto.

O Estado aparece, somente no século XVI, como sociedade política, que segundo Dallari (p. 57, 2013) são “todas aquelas que, visando a criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum”. Para constituir um Estado são necessários três elementos, a saber: a Soberania, o Povo e o Território. Assim, conforme conceitua Dallari a finalidade do Estado busca “o bem comum de um certo povo, situado em determinado território”. (idem, p. 112, 2013)

O ESTADO E O DIREITO DE PUNIR

O Estado por meio do poder mantém a ordem da sociedade, aplicando leis e punindo os infratores. Segundo Kelsen “o poder do Estado, designado como poder de império, submete os homens ligando sua conduta a um dever jurídico”. (KELSEN, apud DALLARI, p. 115, 2013). Logo, conclui-se que os homens estão submetidos ao ordenamento jurídico vigente no Brasil. Seguindo a mesma vereda Miguel Reale aduz que,

A observação de qualquer sociedade humana revela sempre, mesmo nas formas mais rudimentares, a presença de uma ordem jurídica e de um poder. Organizar-se, portanto, é constituir-se com um poder, diz REALE, assinalando que, assim como não há organização sem presença do direito, não há poder que não seja jurídico, ou seja, não há poder insuscetível de qualificação jurídica. Isso não quer dizer que o poder esteja totalmente situado no âmbito do direito, pois na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político. [...] (REALE, apud DALLARI, p.117, 2013).

De acordo com o excerto acima há de se considerar que o Estado sob a égide das normas jurídicas consagra o poder estatal objetivando a construção de uma sociedade justa, legítima e segura. Assim, conforme complementa Damásio de Jesus,

O fato social é sempre o ponto de partida na formação da noção do Direito. O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência. É no Direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas que formam a ordem jurídica. O fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social. Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. A mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo [...]. Vemos que o Estado estabelece normas jurídicas com a finalidade de combater o crime. A esse conjunto de normas jurídicas dá-se o nome de Direito Penal. O meio de ação de que se vale o Direito Penal é a pena, em que já se viu a satisfação de uma exigência de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado. (JESUS, 2011, p.45)

O direito de punir do Estado surge para que a segurança da sociedade seja efetivada. Logo, quando um cidadão comete uma infração penal o Estado se dispõe de todo aparato jurídico para garantir que este indivíduo seja punido conforme a lei determina, considerando todos os direitos disponíveis ao acusado.

Quando o sujeito pratica um delito, estabelece-se uma relação jurídica entre ele e o Estado. Surge o jus puniendi, que é o direito que tem o Estado de atuar sobre os delinquentes na defesa da sociedade contra o crime. Sob outro aspecto, o violador da norma penal tem o direito de liberdade, que consiste em não ser punido fora dos casos previstos pelas leis estabelecidas pelos órgãos competentes e a obrigação de não impedir a aplicação das sanções. (JESUS, 2011, p.48)

O Estado é o único instituto que é provido do direito de punir as infrações penais, e que também tem o dever segundo a Constituição Federal de garantir a segurança pública. Nesse diapasão Capez aduz que,

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o jus persecuendi in judicio, conservando consigo a exclusividade do jus puniendi. Esse direito de punir (ou poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade como um todo. Seria, aliás, de todo inconstitucional a criação de uma regra, unicamente, para autorizar a punição de determinada pessoa. Trata-se, portanto, de um poder abstrato de punir qualquer um que venha a praticar fato definido como infração penal. (CAPEZ, 2012, p. 45 e 46)

Para que o Estado possa efetivamente punir o indivíduo o arcabouço jurídico determina as penas e como estas serão aplicadas ao infrator. Conforme Damásio de Jesus explica,

Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos. Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. (JESUS, 2011, p. 563)

Logo, faz-se de necessária importância exemplificar os tipos de penas existentes no Brasil. Assim, de acordo com o Código Penal 1940, as penas classificam-se em:

Art. 32 - As penas são:
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa. (BRASIL, 1940)

As Penas que interessam como objeto de estudo para o presente artigo são as privativas de liberdade, na modalidade Reclusão no regime fechado qual seja:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
§ 1º - Considera-se:
a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; (BRASIL, 1940)

A aplicação da pena de reclusão em regime fechado se dará em um estabelecimento prisional adequado. Para fins didáticos há que se considerar ainda de suma importância conceituar o termo prisão segundo Capez,

É a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (cf. nova redação do CPP, art. 283, caput). (CAPEZ, 2012, p.301)

Sobre os sistemas penitenciários far-se-á um adendo explicativo com o objetivo de exemplificar ao leitor todos os sistemas vigentes.

Há três sistemas penitenciários clássicos: a) o de Filadélfia; b) o de Auburn; e c) o inglês ou progressivo. De acordo com o sistema de Filadélfia, o sentenciado cumpre

a pena na cela, sem sair, salvo em casos esporádicos. No sistema de Auburn, durante o dia o sentenciado trabalha em silêncio junto com os outros, havendo isolamento durante a noite. No sistema progressivo (ou inglês), há um período inicial de isolamento. Após, o sentenciado passa a trabalhar junto com os outros reclusos. Na última fase, é posto em liberdade condicional. A reforma penal de 1984, tal como o fizera o CP de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas um sistema progressivo (forma progressiva de execução), visando à ressocialização do criminoso. Assim, o art. 33, § 2.º, afirma que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado” (v. Lei de Execução Penal, art. 112). (JESUS, p. 565, 2011)

Diante de todos os conceitos e explicações apresentadas acima, e da realização de um vñ panorâmico sob o surgimento dos referidos institutos, conclui-se que o leitor munido do conhecimento elencado acima, finalmente poderá adentrar no universo calamitoso que se configura por décadas a fio o sistema prisional brasileiro. A intenção de trazer à luz esses conhecimentos tem como objetivo demonstrar e confirmar o quão o Estado é fundamental e necessário para que haja ordem social e para que os direitos fundamentais, principalmente a segurança, de todos os indivíduos sejam respeitados.

Assim, quando o Estado não se faz presente a anarquia, a desconfiança, o medo, e a guerra conduzem os aglomerados humanos. Portanto, partindo do princípio que as penitenciárias são compostas por indivíduos e que o Estado é omissor o resultado só poderia ser o verdadeiro caos que vigora dentro do sistema.

Para exemplificar como isto acontece a presente pesquisa, realizará uma análise do longa-metragem “Carandiru” que em seu enredo trata desta temática.

A OMISSÃO DO ESTADO RETRATADA NO FILME CARANDIRU

O filme Carandiru, foi lançado em 2003, sob a direção de Hector Babenco, baseado segundo o livro do Dr. Dráuzio Varela Estação Carandiru, publicado em 1999. No longa-metragem vários contextos foram trabalhados, como por exemplo, a sexualidade, as doenças sexualmente transmissíveis principalmente a AIDS, o consumo e o tráfico de drogas, a visita íntima, a indisciplina, o ócio, a superlotação, o comércio de alimentos e objetos, a corrupção carcerária, a justiça com as próprias mãos, a banalização do crime, a omissão do estado, as facções criminosas, a figura do “juiz” que resolvia as desavenças e o surgimento de um código criado pelos próprios apenados.

No ano de 1992 houve uma rebelião provocada por uma briga entre presos de facções rivais que teve como resultado a morte de aproximadamente 111 presos pela polícia militar. Em 2002 a Casa de Detenção foi desativada e implodida no mesmo ano.

Uma das temáticas escolhidas para fazer relação entre o filme e o Direito Penal é a constituição dentro do presídios de um código próprio alheio ao ordenamento jurídico vigente

no Brasil. Portanto, a omissão do Estado nas penitenciárias propiciou o surgimento de um organismo estruturado para suprir a falta de controle e disciplina dentro dos presídios.

No filme é retratada a figura de um “juiz”, que por meio de um sistema análogo a democracia, é eleito para resolver as desavenças internas presentes no ambiente carcerário. Assim, como corrobora Drauzio Varella,

Neste livro, procuro mostrar que a perda da liberdade e a redução do espaço físico não conduzem à barbárie, ao contrário do que muitos pensam. Em cativeiro, o homem como os demais grandes primatas (orangotangos, gorilas, chimpanzés e bonobos), criam novas regras de comportamento com o objetivo de preservar a integridade do grupo. Esse processo adaptativo é regido por um código Penal não escrito como na tradição anglo-saxônica, cujas leis são aplicadas com extremo vigor. (VARELLA, p.10, 1999)

Varella, afirma a existência desse código penal por meio de suas experiências vividas na Casa de Detenção onde mais tarde as relatou em seu famoso livro. Toda vez que ocorria um fato litigioso a parte recorria ao “juiz” para obter a permissão a fim de resolvê-lo. Portanto, o “juiz”, julgava o caso e outorgava a sentença segundo sua conveniência e discricionariedade.

A Faxina é absolutamente fundamental no controle da violência interna. Se alguém deve e não paga, o credor não pode soltar a faca sem antes conversar com o encarregado-geral, que ouve as partes e dá um prazo para a situação ser resolvida. Antes que este expire, pobre do credor que ousar agredir o outro. Sem o aval do encarregado - geral, nada pode ser feito:
- Porque é ele que segura todas as ocorrências do pavilhão. Naquele momento, podem estar cavando um túnel, armando um plano de fuga, e uma facada fora de hora põe tudo por água abaixo. (VARELLA, p.100, 1999)

A “faxina” termo relatado no livro é constituída por um sistema hierárquico de homens inclusive o “juiz” que comandam e organizam a cadeia, estes oferecem proteção e disciplinam os presos, sendo assim, quem não seguir as ordens emanadas por esse grupo sofrem as penas inclusive de morte.

A Faxina tanto faz para auxiliar, como ajuda a prejudicar. Eles são anjos-demônios. Entrar para a Faxina é estratégia perigosa de sobrevivência: de um lado, a proteção do grupo; de outro, a obediência cega as ordens dos superiores, para o bem ou para o mal.
Quem chega ao topo da hierarquia deve ser homem de respeito e estar preso há alguns anos para conhecer o ambiente. Idade não é documento e no mundo do crime de pouca valia é a força física individual, ao contrario do que muitos pensam. (VARELLA, p.100, 1999)

Algumas regras de convivência percebem-se serem apropriadas para que haja controle entre os presos, como, “Pagar a dívida assumida, nunca delatar o companheiro, respeitar a visita alheia, não cobiçar a mulher do próximo, exercer a solidariedade e o altruísmo recíproco.” (Varella, p.10, 1999).

Porém, vale ressaltar que apesar desses códigos trazerem regras, afim de, proporcionar a resolução dos conflitos internos o resultado ao longo do tempo é justamente o

contrário, ou seja, proporciona um falso controle. Visto isso esse código criado é eivado de vícios como ilegalidades, em que não se baseiam no ordenamento jurídico vigente e por isso são emanados de crueldade e barbárie como aduz Varella,

Não há briga de soco na Rua Dez, paulada e facada é que acertam diferenças sob o olhar excitado dos circunstantes. O perdedor, quando sai vivo, desce para a Carceragem e pede transferência de pavilhão, geralmente para o Cinco. O adversário melhora a posição no ranking. Outras vezes, o condenado a morte é atraído para lá e esfaqueado por um grupo de composição variável. Nessas situações, há quem aproveite para dar um golpe a mais mesmo em alguém que nenhum mal lhe causou. (VARELLA, p. 18, 1999)

Conforme o excerto acima, os apenados para não serem “mal vistos” pelos companheiros, digladiam entre si demonstrando contornos animais em que ser sangue frio, matar por motivos ínfimos e de formas cruéis, são vistos como virtudes nesse meio. Essas disputas sanguinárias englobam a possibilidade de comandar o crime dentro e fora da cadeia. Assim, apesar da constituição federal garantir em seu artigo 5º que é dever do Estado promover a integridade física dos presos percebe-se que há uma discrepância entre o que a lei determina e o que realmente acontece.

Outro ponto importante que chama atenção é o comércio vigoroso retratado no longa-metragem, como por exemplo, o direito de posse de moradia é dos presos antigos, e que em alguns pavilhões quem não tem dinheiro para comprar uma cela inteira pode adquirir apenas o direito de ter exclusividade na pedra (cama).

Ha muitos anos a direção da Casa perdeu o direito de posse nos pavilhões maiores, como o Cinco, o Sete, o Oito e o Nove. Nesses, cada xadrez tem dono e valor de mercado. No pavilhão Cinco, custam mais barato: de 150 a 200 reais; no Oito há um xadrez de luxo com azulejos de primeira, cama de casal e espelhos que vale 2 mil. A origem da propriedade perde-se no passado, quando os recursos da Casa começaram a minguar e a manutenção das celas ficou por conta dos próprios detentos. (VARELLA, p. 35, 1999)

Diante dos excertos aqui expostos, compreende-se que o Estado é falho não cumprindo seus deveres para com seus custodiados conforme conteúdo explícito no bojo da Constituição Federal, assim como também, não dispendo de estrutura física e organizacional para que os presos possam cumprir seus deveres perante o Estado e a sociedade conforme a Lei de Execução Penal (LEP n.º210 de 11/07/1984) determina. No entanto apesar da lei determinar o cumprimento dos deveres tanto do apenado para o Estado como do Estado para o apenado isso não é garantido conforme será demonstrado no próximo item.

A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O Estado, de acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º, estabelece as formas como as penas devem ser cumpridas, ficando a cargo, no Brasil, da

administração pública em sua grande maioria.

Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988)

O sistema prisional Brasileiro é regido pela Lei de Execuções Penais, em que determina em seus artigos a maneira pela qual deve ser executada e cumprida a pena de privação de liberdade e restrição de direitos, para tanto, considera os conceitos tradicionais da justa reparação, repreensão pelo crime cometido, o caráter social preventivo da pena e a ideia da reabilitação.

Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (KUEHNE, p.47, 1999)

A instituição prisional se submeterá também as normas garantidoras de direitos, tendo ela a obrigação de observá-las, a fim de se promover o melhor cumprimento da pena. Tais garantias compreendem as descritas no artigo 11 desta lei, como exemplo: assistência material; à saúde; jurídica; educacional; social; religiosa. Assim como nos artigos 40, 41, 42 e 43. O artigo 3º assegura esses direitos, a saber:

Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. (KUEHNE, p.60, 1999).

Vale ainda salientar que a LEP prevê em seu artigo 10, que é dever do Estado de assegurar as assistências elencadas acima.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. . (KUEHNE, p.73, 1999).

Além dos direitos e garantias estabelecidos em lei o preso também possui seus deveres, que estão relacionados entre os artigos 38 e 39 e englobam desde regras de convívio, comportamento e organização, até a execução do trabalho, tarefas e ordens recebidas.

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - conduta oposita aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua

manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo. (KUEHNE, p.90, 1999).

Entretanto, o grande problema a ser discutido diz respeito à organização do presídio em face da ausência de infraestrutura para o preso exercer o trabalho interno, pois o Estado é o responsável por proporcionar um ambiente adequado para a consagração do trabalho ao apenado. Somadas a isto, as divergências de entendimentos legais entre a jurisprudência, a LEP e a CF faz com que o Estado deixe de tratar o labor do penitente não como uma obrigação, mas, como uma faculdade. Assim, resulta-se dessa equação o trabalho como um acessório não prioritário e não pilar mestre na ressocialização e ocupação do delinquente.

A fim de, elucidar o assunto acima, trar-se-á, respectivamente, o artigo 31, a jurisprudência e o artigo 5º, XLVII da CF:

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento. (KUEHNE, p.82, 1999).

Em sede de remição de pena, o trabalho não constitui um direito do condenado, nem uma obrigação do Estado, de modo que não cabe a alegação de prejuízo por falha do Estado por virtude de inexistir no Estabelecimento Penal condição para o exercício, pelo reeducando, de atividades laborerápicas, pois não é possível retirar da conhecida falta de sintonia entre a legislação atinente a legislação penal e o sistema carcerário existente, o direito a remição, cabendo atentar que é o condenado que está em débito para com a sociedade e, portanto, deve arcar com todas as suas consequências de sua conduta delinquencial, inclusive com aquelas que lhe decorrem a conta de eventuais falhas e lacunas da estrutura penitenciária (*RJDTACRIM – Vol, 17 – Jan/mar 1993, p. 39 -Rel. marrey Neto*)). (KUEHNE, p. 82, 1999).

Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

c) de trabalhos forçados (BRASIL, 1988)

Diante de todos os artigos apresentados da LEP e da CF, percebe-se a preocupação normativa do estado em assegurar que o objetivo da pena imposta ao preso tenha sua finalidade atingida, que é a de reintegrar, reeducar e reinserir o delinquente a sociedade prevenindo a reincidência. Porém, é notório assim como foi demonstrado no longa-metragem uma completa ineficácia da administração pública em manter o controle e organização de seus custodiados. Logo, a omissão do Estado resulta na formação de um estado paralelo constituído pelos próprios detentos que tomam o controle e adotam seus próprios critérios de “justiça” desencadeando uma total ineficácia no sistema prisional e na execução penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o aparato utilizado no presente trabalho, conclui-se que, o sistema carcerário brasileiro deve ser objeto de maior atenção no cenário nacional. Os noticiários têm mostrado, repetidas vezes, a ineficácia do sistema onde prevalecem inúmeras falhas que acarretam imperiosos problemas de ordem organizacional e estrutural, os quais corroboram para a falência do referido sistema.

No que tange ao dever do Estado de arcar com as responsabilidades de punir o infrator da lei percebe-se que a norma jurídica prevê os direitos e deveres do apenado e do Estado, porém, o próprio entendimento dessas leis, como por exemplo, as jurisprudências, acabam por atenuar as normas e assim o Estado exime-se de tais responsabilidades.

No que concerne a seara cinematográfica da presente pesquisa, o longa-metragem “Carandiru”, mesmo decorridos 14 anos de sua estréia nos cinemas, sua temática se mantém atual e delicada proporcionando calorosas discussões. Assim, a escolha do filme reflete no cenário contemporâneo vivido pelos brasileiros.

REFERÊNCIAS

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm (acessado em 07 de abril de 2017).

BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (acessado em 20 de abril de 2017)

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** – 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32, Ed- São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, volume 1 : parte geral -32. ed. - São Paulo : Saraiva, 2011

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. Curitiba: Juruá.1999..

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA AO REINCIDENTE. Disponível em: CANTO, Dilton Ávila. Regime inicial de cumprimento da pena reclusiva ao reincidente. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1099>>. (Acesso em: 7 abril 2017).

SILVA, André Luiz Augusto da. **RETRIBUIÇÃO E HISTÓRIA: para uma crítica do sistema penitenciário**. Recife, 2012.

TIRLONI, Nicole Piera. **CARANDIRU: ENTRE REALIDADE A FICÇÃO**. Santa Maria,

RS, 2010.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**- São Paulo - Companhia das Letras, 1999. Capital

“CONSPIRAÇÃO AMERICANA”: ANÁLISE DO JULGAMENTO FRENTE AO DESRESPEITO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Josiane de Souza GERALDO⁴⁶

RESUMO

Devido suas características, o ser humano é um animal gregário, que carece de viver em conjunto para o atendimento de suas necessidades. À esse conjunto de indivíduos de convivem de maneira organizada e ordenada conscientemente podemos conceituar como sociedade. O responsável pela organização e sistematização da sociedade, exercendo um poder disciplinador é o Estado, limitando condutas e punindo-as devido ao seu poder-dever de punir. Este poder não esteve sempre em domínio do Estado, sofrendo grandes transformações ate chegar aos dias de hoje. O instrumento pelo qual o Estado aplica seu direito é o processo, através da jurisdição que a ele é caracterizado. O ordenamento jurídico é dotado de princípios, que são compostos basilares do direito, preposições abstratas que servem como ponto de partida do direito, sendo que tanto o processo penal, quanto o civil guardam semelhanças a respeito de seus princípios, diferenciando apenas na questão do objeto a ser aplicado. Pode-se dar enfoque aos princípios da legalidade, da proporcionalidade, devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural. A historia expõe a historia do julgamento dos acusados no assassinato do presidente Abraham Lincoln, que, após uma análise pode-se verificar o abandono de garantias no julgamento do atentado ao presidente norte-americano. Sendo que a falta de respeito a estes princípios, culminou com a morte de uma pessoa inocente das acusações apresentadas contra ela, demonstrando a importância de seguir parâmetros oferecidos pelo ordenamento jurídico e as graves consequências que ocorrem no caso do seu descumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Princípios. Jurisdição.

ABSTRACT

Due to its characteristics, the human being is a gregarious animal, who needs to live together to meet their needs. To this group of individuals living together in an organized and orderly way we can conceptualize society. The person responsible for the organization and systematization of society, exercising a disciplining power is the State, limiting conduct and punishing them due to their power-duty to punish. This power was not always in the domain of the State, undergoing great transformations until the present day. The instrument by which the State applies its right is the process, through the jurisdiction that is characterized by it. The legal system is endowed with principles, which are basic compounds of law, abstract prepositions that serve as the starting point of the law, both criminal and civil proceedings have similarities with respect to their principles, differentiating only in the question of the object To be applied. One can focus on the principles of legality, proportionality, due process of law, presumption of innocence, contradiction and ample defense, of the natural judge. The story exposes the history of the trial of the accused in the assassination of President Abraham Lincoln, who, after an analysis can check the abandonment of guarantees in the trial of the attack on the American president. The lack of respect for these principles culminated in the death of an innocent person against the charges against him, demonstrating the importance of following the parameters offered by the legal system and the serious consequences that occur in the case of non-compliance.

46 Graduanda em Direito pela Uenp.

KEY WORDS: Process. Principles. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Todas as nações têm seu líder, sendo que alguns deles conquistam de maneira impressionante o carinho de seus governados.

Porém, o mesmo ordenamento jurídico que ilumina as atitudes dos líderes deve iluminar o direito dos seus governados, não importando quem sejam ou o que tenham feito.

O complexo normativo que rege um determinado Estado não pode abrir exceção. A representação da Justiça é uma mulher com vendas, sendo que ela não tem a capacidade de ver sobre quem sua mão pesa.

Assim, a todos é garantido um julgamento justo, baseado nas premissas estabelecidas na lei, mesmo que esse indivíduo seja acusado de ser um conspirador da morte do líder maior de um Estado.

Esse trabalho busca apresentar as ideias dos princípios processuais, responsável basilar do Direito, e, de maneira breve apresentar como esses mesmos princípios, instrumentos da garantia da busca da Justiça, foram desrespeitados no julgamento de Mary Surratt, cidadã norte americana, acusada de conspirar para a morte do presidente norte americano Abraham Lincoln, um dos líderes com maior influência na história dos Estados Unidos da América.

Julgamento este rodeado de injustiças, que o único intuito era encontrar um culpado, um nome para dar a sociedade, mesmo que o indivíduo seja inocente, mesmo que aquela não seja a verdade, chegando ao ponto de tirar a vida de um ser humano, que não teve as devidas chances de defesa.

1 ESTADO: DEVER DE PUNIR E JURISDIÇÃO

Devido às suas características, o ser humano é tido como um animal gregário, que carece de viver em conjunto para o atendimento de suas necessidades, ideia esta apresentada desde o século IV A.C., com Aristóteles. Esse conjunto de indivíduos que convivem de maneira organizada e ordenada conscientemente podemos conceituar como sociedade.

Duas teorias almejam elucidar a origem da sociedade. A teoria da sociedade natural aponta que ela é produto da própria natureza humana, enquanto a teoria contratualista apoia que a sociedade é tão-somente a consequência de um ato de escolha.

É necessária, para a existência de uma sociedade, devido sua composição heterogênea, um poder maior disciplinador, o qual é o responsável pela limitação dos

comportamentos, impedindo que os indivíduos hajam de maneira individual a ponto de retroagirem à selvageria, ou seja, em um habitat onde existe uma pluralidade imensa de comportamentos, ideias, conceitos e opiniões é impossível que não existam conflitos, necessitando dessa forma meios para conter determinadas atitudes que possam colocar em risco o restante da coletividade.

O responsável pela organização e sistematização da sociedade, exercendo um poder disciplinador é o Estado.

Quanto à origem do Estado, a doutrina aponta três teorias: a) o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu, uma vez que o homem desde o início de sua existência está conectado a uma organização social, dotada de poder e com autoridade para deliberar o comportamento social de todo o grupo; b) a sociedade existiu sem o Estado durante um certo tempo e depois, por vários motivos, foi se constituindo para atender às necessidades dos grupos sociais; c) o Estado, como a sociedade política dotada de certas atributos só ocorreu a partir do século XVII.

A realidade é que o Estado, como entidade, adota uma posição de superioridade, o qual interfere na vida da coletividade, impondo restrições, limites, reprimindo comportamentos que afrontam bens e interesses sociais, ou seja, limita a liberdade individual. Cabe ressaltar que esse poder não é ilimitado, o mesmo instrumento que limita a liberdade individual limita o poder estatal: o Direito.

Kelsen (2000, p. 263) estabelece que:

Considera-se a relação entre o Direito e o Estado como sendo análoga à que existe entre o Direito e o indivíduo. Pressupõe-se que o Direito – apesar de criado pelo Estado – regula a conduta do Estado, concebido como um tipo de homem ou supra-homem, exatamente como o Direito regula a conduta dos homens.

A ideia de Estado está intimamente ligada à ideia de poder. As definições de sociedade estão ligadas as pessoas, enquanto o Estado está direcionado ao poder.

Em nosso contexto atual, esse poder pode ser verificado através da análise do art. 1º da Constituição Federal, no qual estabelece que todo poder advém do povo, que o exerce através de seus representantes eleitos direto ou indiretamente.

O Estado pode ser pensado como uma sociedade natural, pois decorre da necessidade de que o homem tem em viver em sociedade e realizarem o bem comum, sendo que esse ideal só pode ser atingido pelo meio da coordenação e cooperação de indivíduos de maneira organizada por um determinado grupo específico.

A figura do Estado foi evoluindo com o decorrer do tempo, juntamente com a própria sociedade, chegando à visão atual, no qual é entendido como é modernamente: uma

instituição organizada social, jurídica e politicamente, com um território definido, dirigida por um governo dotado de soberania, sendo que o papel estatal intervém nas relações individuais em todas as etapas de sua vida, até mesmo antes e depois dela, com a proteção dos direitos dos nascituros e o destino do patrimônio deixado pelo falecido, por exemplo.

O Estado deve avaliar condições de convivência social, tendo como objetivo a paz, proporcionando proteção aos interesses fundamentais dos indivíduos pertencentes aquela sociedade. Ao fazê-lo autêntica o uso da força, justificada na busca pelo bem comum.

Azambuja (2008, p. 46) afirma que “na vida cotidiana, o Estado nos aparece pela sua manifestação mais visível e mais próxima, o poder: leis, ordens, decisões, que o indivíduo tem de cumprir, sob pena de sofrer incômodos, restrições e infortúnios, desde os leves até os gravíssimos”. Pode-se afirmar que o Estado molda os comportamentos e delinea os caminhos da sociedade.

No que tange o aspecto penal, as normas visam proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, exemplificadamente, a vida, o patrimônio, entre outros, estabelecendo sanções que deverão ser aplicadas àqueles que, de acordo com o estabelecido no arcabouço jurídico, desrespeite esses bens ou interesses.

Para Pinho (2013, p. 47), o processo “é o instrumento de que se utiliza o Estado para, no exercício de sua função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses apresentados pelas partes”, sendo, por conseguinte, o direito processual o conjunto de regras e princípios que informam e compõem o processo.

Dessa forma, se uma pessoa pratica uma conduta prevista como punível, surge o Estado com o direito de concretizar a sanção prevista em lei, fazendo sobrepor seu direito de punir. O direito de punir opõe-se inexoravelmente ao direito de liberdade do acusado.

É monopólio estatal, somente o Estado é autorizado. Conforme Capez (2012, p. 45):

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus persequendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.

Cumpra-se destacar que nem sempre esse poder, foi destinado ao ente estatal.

Historicamente, é possível a verificação de três principais meios de resolução de conflitos.

O primeiro deles remete-se ao instituto da autotutela.

“Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares).

Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p.27)

Pode-se concluir que a autotutela constitui um meio de resolução de conflitos falha, na qual existia a predominância do mais forte sobre o mais fraco, tendo como características principais a ausência de um ente imparcial e a imposição de vontade, não atingindo a justiça.

O segundo meio de resolução de conflitos é a autocomposição. De acordo com Wambier e Talamini (2014, p. 103), a autocomposição “consiste na resolução da controvérsia pelo sacrifício, por um dos litigantes, no todo ou em parte, do seu interesse próprio em favor do interesse do outro”. Os doutrinadores ainda esclarecem que a autotutela é um gênero, do qual são espécies a transação, na qual ambas as partes fazem concessões mútuas, a submissão, que é o reconhecimento da procedência do pedido da outra parte e a renúncia, que ocorre quando ocorre a recusa da pretensão deduzida.

Com o passar dos tempos, os indivíduos passaram a preferir no lugar de uma solução parcial dos conflitos, uma solução amigável e imparcial através de árbitros, papel desempenhado inicialmente pelos sacerdotes e anciãos, surgindo, historicamente, o juiz antes do legislador (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 28).

Conforme defendido por Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 28), à medida que o Estado foi se estabelecendo e impondo perante os particulares sua vontade, mediante a incursão na sua esfera de liberdade, nasceu sua tendência a absorver o poder de ditar soluções para os conflitos.

Pode-se verificar isso a partir do direito romano arcaico, onde o Estado já participava dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito deveria ser aplicado ao caso concreto com os cidadãos em conflito comparecendo perante o pretor, aceitando o que por ele fosse decidido, perdurando esse sistema até o período clássico do direito romano, quando o Estado se fortaleceu de maneira expressiva, conquistando o poder de nomear o árbitro (antes indicado pelas partes), estabelecendo-se dessa forma, a arbitragem obrigatória

“Para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de *critério objetivo* e *vinculativo* para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 29), aparecendo a figura do legislador.

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 29):

Depois do período arcaico e do clássico (que, reunidos, formam a fase conhecida por *ordo judiciorum privatorum*), veio outro, que se caracterizou pela invasão de área que antes não pertencia ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a

conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. Essa nova fase, iniciada no século III dC, é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a *justiça pública*: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*.

Assim, a forma predominante de resolução de conflitos passou a ser a jurisdição, ou seja, monopólio do Estado.

Conforme Pinho (2013, p. 45), a palavra originária do latim *jurisdictio*, tem como fim último a pacificação social e constitui-se no binômio poder-dever do Estado, pois corresponde a uma manifestação do poder soberano estatal, impondo decisões de forma imperativa perante os indivíduos da sociedade e um dever estatal de dirimir qualquer conflito que venha a ser-lhe apresentado, que é o meio que dispõe da resolução de conflitos mais justa e pacífica, diante da imparcialidade e da força coativa das decisões proferidas.

“A jurisdição apresenta como vantagens a imparcialidade, a defesa dos direitos da sociedade e a autoridade e capacidade de impor a decisão tomada” (PINHO, 2013, p. 46).

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Princípios estão ligados à ideia de fundamento, origem e valor. São compostos basilares do Direito, preposições abstratas que servem como ponto de partida do ordenamento jurídico.

“Os princípios, cuja importância na ciência jurídica moderna é inquestionável, representam o polo legitimador da dogmática jurídica em um Estado Democrático de Direito, pois traduzem a essência, a razão última, enfim, os valores que inspiram dado ordenamento” (PINHO, 2013, p. 91).

Grande parte dos princípios processuais constitucionais está ancorada no artigo 5º da Constituição Federal, inserido dentro do Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, evidenciando, assim, a sua importância dentro do ordenamento jurídico.

Assim, pode-se verificar que os princípios podem ser explícitos, expressamente estabelecidos nos dispositivos normativos, ou implícitos, que embora não estejam estabelecidos de maneira expressa, extraem-se intelectualmente das presunções normativas existentes, sendo que tanto o processo penal, quanto o civil guardam semelhanças a respeito de seus princípios, diferenciando apenas na questão do objeto a ser aplicado.

Bonfim (2015, p. 84), conceitua os princípios do processo penal como:

Normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo que conferem unidade aos sistema normativo e , em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos.

Vários são os princípios relacionados com o sistema penal, entretanto alguns são excessivamente importantes quanto à sua análise. São mecanismos hermenêuticos indispensáveis vinculados ao direito penal. Pode-se dar enfoque aos princípios da legalidade, da proporcionalidade, devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural.

A ampla defesa “deve abranger a defesa técnica, ou seja, o defensor deve estar devidamente habilitado, e a defesa efetiva, ou seja, a garantia e a efetividade de participação da defesa em todos os momentos do processo” (CAMPOS, 2013).

Ela deve ser mais abrangente e ampla possível. Não pode haver cerceamento infundado, sob pena de nulidade do processo.

A defesa é o mais legítimo dos direitos do homem. A defesa da vida, da honra e da liberdade, além de inatos, são direitos inseparáveis de seus respectivos objetos. Por decorrência deste princípio o acusado não está obrigado a praticar nenhum ato que lhe desfavoreça, podendo, por exemplo, inclusive mentir durante o interrogatório ou, se preferir, calar-se.

Quanto ao direito de defesa relevante são as súmulas do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” (**Súmula 523**). “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (**Súmula Vinculante 14.**) (CAMPOS, 2013).

O princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição Federal, e tem como finalidade respeitar o estado de inocência em que todo acusado se acha até que sua sentença transite em julgado definitivamente.

Deste princípio derivam duas regras, a regra probatória ou de juízo, que é o fato do ônus da prova pertencer à acusação e a regra de tratamento, que é a conservação do estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença.

De acordo com Capez (2012, p. 83):

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência.

O princípio do contraditório tem função essencial no processo, pois concede ao acusado o direito de ser citado no processo e interagir no processo de modo a produzir provas

e fazer com que o juiz possa ser influenciado pelas argumentações do réu.

O princípio do contraditório deve ser observado com ainda mais energia no processo penal, pois está em questão a liberdade de locomoção e, portanto, mesmo que o acusado não se manifeste quando da acusação, não pode ele ser julgado sem que tenha um advogado para lhe proporcionar todo o exercício que a ampla defesa e o contraditório asseguram.

O princípio do contraditório, conforme Santos (2013):

Satisfaz totalmente as suas exigências assim que, às ambas partes litigantes, são concedidas iguais oportunidades de se pronunciarem mutuamente no processo sobre as suas alegações e ações. Assim, ressalte-se que quando o princípio do contraditório assegura às partes o direito de resposta, está garantindo tão-somente a oportunidade exercê-lo. O exercício desse direito não constitui uma obrigação, mas na verdade um ônus, no sentido de que é o comportamento que se espera que a parte assuma, podendo colher consequências desfavoráveis, se optar por não o fazer.

Capez (2012, p. 73) estabelece que o princípio do juiz natural:

Está previsto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, que dispõe que ninguém será sentenciado senão pelo juiz competente. Significa dizer que todos têm a garantia constitucional de ser submetidos a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas no Texto Constitucional. Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade. Do princípio depreende-se também a proibição de criação de tribunais de exceção, com os quais, evidentemente, não se confundem as jurisdições especializadas, que são meras divisões de atividade jurisdicional.

Em relação à imparcialidade do juiz, Gonçalves (2012, p.50) afirma que:

A garantia do juiz natural impede que as partes possam escolher, a seu critério, o julgador que irá apreciar a sua pretensão. Se houvesse tal possibilidade, a parte poderia optar por propor a demanda onde melhor lhe conviesse, procurando encontrar um juiz cujas convicções estivessem em consonância com suas postulações.

Para que seja respeitado o princípio do juiz natural três requisitos devem ser observados: a) o julgamento deve ser proferido por alguém investido de jurisdição; b) o órgão julgador deve ser preexistente, sendo vedada a criação de juízos ou tribunais de exceção, que são aqueles instituídos após o fato, com o intuito específico de julgá-lo; c) a causa deve ser submetida a julgamento pelo juiz competente, de acordo com as regras postas pela Constituição Federal e pela lei.

O princípio do devido processo legal constitui a base de todos os demais. Reconhecido constitucionalmente, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

“Constitui autolimitação ao poder estatal, que não pode editar normas que ofendam a razoabilidade e afrontem as bases do regime democrático”. (GONÇALVES, 2012, p. 53-54)

“ Em sentido processual, o princípio obriga a que se respeitem as garantias processuais e as exigências necessárias para a obtenção de uma sentença justa. Exige ainda que o trâmite dos processos seja célere e de duração razoável”. (GONÇALVES, 2012, p.54)

A respeito do princípio da legalidade, Capez (2012, p. 77) esclarece que:

Os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito. No caso de infrações penais insignificantes, não pode ser aplicado o princípio *minima non curat praetor*, pois este decorre do princípio da oportunidade, estranho ao processo penal. Assim, a autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares, e o órgão do Ministério Público é obrigado a apresentar a respectiva denúncia, desde que se verifique um fato aparentemente delituoso.

Pela mesma razão, o pedido de arquivamento deve sempre ser fundamentado, pois o representante ministerial, possuidor do dever de denunciar, precisa justificar por que não está dando início ao processo (cf. art. 28 do CPP: "... o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas...").

Para Capez, (2012, p. 77)

O juiz poderá rejeitar as razões invocadas pelo promotor de justiça, devendo remeter os autos ao procurador-geral. Se este ratificar o arquivamento, o juiz não terá outra alternativa senão acatar a manifestação, o que implica certa mitigação do princípio em tela, em favor, contudo, do princípio acusatório.

Como dantes salientado, exceções ao princípio são os crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada, vigorando, quanto aos últimos, o princípio diametralmente oposto: o da oportunidade, segundo o qual o Estado confere ao titular da ação penal dada parcela de discricionariedade para instaurar ou não o processo penal, conforme suas conveniências e oportunidades.

Conforme Silva (2013) “proporcionalidade refere-se ao equilíbrio entre as partes, praticamente tendo dois lados a serem ponderados, um positivo outro negativo, o bem e o mau, o excesso e a omissão, o muito e o pouco, o todo e o nenhum, o cheio e o vazio”

Exemplos não faltam para a expressão equilíbrio, juridicamente como em tudo, o equilíbrio é efetivo para a harmonia da sociedade, vivemos em uma sociedade de desigualdades sociais, onde o povo a cada dia é mais sufocado pelo Estado, que invade suas vidas de forma demasiada, não se atentando com seu escopo principal, qual é o bem comum da sociedade.

3 ANÁLISE : JULGAMENTO FRENTE AOS DESRESPEITO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Conspiração Americana é um filme produzido em 2010 e foi dirigido pelo diretor Robert Redford. Constitui um filme de drama, de nacionalidade norte americana.

Ambientado no século XIX, expõe a historia do julgamento dos acusados no assassinato do presidente Abraham Lincoln, que, após uma análise pode-se verificar o abandono de garantias no julgamento do atentado ao presidente norte-americano.

O momento histórico daquele país borbilhava como lava, devido à tensão vivida, sendo favorável a propagação de novos conflitos, promovendo uma atmosfera de insegurança e turbulência. Anos antes tinha ocorrido a guerra civil americana, a qual decorreu devido à disputa entre o norte dos Estados Unidos e o sul. O sul era contra o modo de desenvolvimento

dos Estados do Norte, como por exemplo, o fim da escravidão que não mais interessava a economia do mesmo.

Em meio a uma peça no teatro Ford, em 14 de abril de 1865, o então presidente dos Estados Unidos foi baleado e morto, além da tentativa de assassinar o Vice-Presidente, Andrew Johnson, e o Secretário de Estado, William Henry Seward, gerando uma grande comoção nacional e um clamor popular extremamente grande, exigindo das autoridades legais a devida punição do criminoso, atribuído John Wilkes Booth, um sulista confederado, com auxílio de John Surratt, filho da Sra. Mary Surratt .

Após o assassinato, Booth, após dias de caçada, foi morto, dentro de um estábulo em chamas, com um tiro.

A Sra. Surratt , dona de uma pensão, foi presa acusada de ajudar conspirar para a morte dos então líderes de Estado, devido aos encontros que ocorriam em sua pensão.

Para o julgamento foram escolhidos os militares mais fieis ao governo, para um júri militar de um civil, ou seja, um julgamento inconstitucional, o qual fere, diante da análise do nosso ordenamento jurídico o princípio do juiz natural.

O Senador Reverdy Johnson foi o primeiro advogado constituído para defendê-la, contudo, devido sua posição política e ser um sulista não teria as mínimas chances de realizar a defesa da vítima de fato. Assim, o senador convoca o advogado e Capitão Frederick Aiken, até então seu assistente de defesa, para defender Mary em nome dos direitos de defesa a qual era assegurada em decorrência do exposto na constituição.

De certa maneira, foi um bode expiatório: se ganhasse a causa, seria considerado traidor da União, se perdesse a causa, seria tido como um advogado incompetente, massacrado diante do seu primeiro tribunal. O resultado, de qualquer modo, seria o mesmo: a carreira de advogado do jovem capitão teria fim antes mesmo do começo.

O advogado recusa a defendê-la, não entendendo como alguém pode defender um dos assassinos do seu querido presidente, travando uma batalha interna, dividido entre defender suas convicções ou aquilo que sempre aprendeu, desvendar a verdade e dar a cada um o devido tratamento judicial.

Com o jovem Capitão negando-se a defendê-la, o Senador lhe propõe achar provas de sua culpa e caso isso ocorresse não deveria mais defender Mary, o que, porém, não ocorre no decorrer da história.

Por fim, a Sra. Surratt acaba sendo condenada a força, juntamente com os demais acusados.

Seu filho, acusado de conspirar contra o presidente norte americano é encontrado e

posteriormente julgado. Contudo, a posição adotada pelos seus julgadores foi totalmente contrária da adotada contra sua mãe, sendo o mesmo inocentado.

Conforme Pinho (2013, p. 47) “atualmente, no entanto, muito se discute acerca da crise vivenciada pelo Judiciário, da questão do acesso a Justiça e da falta de efetividade do processo como meio de proporcionar às partes exatamente aquilo a que fazem jus”.

Em variados momentos do filme, pode-se verificar que algumas garantias constitucionais do nosso ordenamento são vedadas à Mary Surratt.

Os princípios do direito não servem somente para orientação ao juiz, no momento de proferir a sua decisão, mas também constituem um limite ao seu arbítrio, garantindo que a sentença não esteja em desarmonia com o ordenamento jurídico e que suas decisões não transgridam a consciência social.

Não é possível verificar durante o decorrer da história a oportunidade de defesa ou sequer algum advogado para os sujeitos autores das tentativas. A própria acusada foi proibida de depor em sua própria defesa durante o julgamento, o que constitui uma violação do princípio da ampla defesa.

Não foram respeitados o princípio da presunção de inocência, ônus da prova para a acusação, a imparcialidade do um júri, nem direito a recurso.

Além disso, pode-se verificar que não foram respeitadas as prerrogativas do advogado, tais como: estar frente a frente com o seu cliente, até mesmo quando se tratar de preso incomunicável. A comunicação não se restringe ao contato físico, mas envolve também a troca de correspondências, telefonemas ou qualquer outro meio de contato, aos quais deve igualmente resguardado o sigilo profissional.

O Conselho Federal da OAB, (2017) estabelece que:

Em seu dia a dia, os advogados enfrentam sérias restrições para fazer valer suas prerrogativas, a ponto de não ser difícil encontrar cidadãos mantidos presos, por razões que seus advogados desconhecem. Quem vive da advocacia sabe muito bem que, diariamente, em todo Brasil, no interior e nas capitais, profissionais são constrangidos e maltratados por autoridades. E não são poucos os advogados que já ouviram voz de prisão ao insistir em fazer valer suas prerrogativas profissionais para defender um cliente. A informação e a conscientização são os caminhos propostos por esta iniciativa para se defender as prerrogativas dessas violações.

Pode-se verificar que durante o decorrer do filme, o advogado não teve a intimidade necessária para conversar com sua cliente. Durante suas visitas a cela, estavam frequentemente acompanhados de um guarda. Inclusive, durante o início do julgamento o próprio advogado acusa que não teve tempo suficiente de conversar com a Sra. Surratt, desde sua constituição até pouquíssimos dias antes do julgamento.

Toda a acusação foi baseada nos interesses dos então governantes, pouco importando

a vítima, querendo encontrar um “Judas” para o apedrejamento, com o intuito de dar uma resposta rápida à sociedade, pouco importando suas consequências.

No caso em questão, a imprensa também toma o seu papel na propagação do medo, que forma o clima promissor para o julgamento viciado, por interposição de manchetes alarmistas, como a acusação de novas suspeitas de focos rebeldes, suprimentos de água poderiam estar envenenados, entre outras notícias, imprimindo um terror midiático na sociedade.

Por fim, uma importante questão a ser levantada é: Nossos defensores, em especial, os defensores públicos, vêm se empenhando em descobrir a verdade? Será que como o jovem senhor Aikem, já vem com opinião formada, trazendo seus princípios e ideias acima do que é estabelecido no compendio jurídico? Será que não são os primeiros a fazerem o julgamento do acusado, e impedindo que tenham a devida defesa perante o tribunal?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para atingir a finalidade que se destina, o processo deverá obedecer a um regulador e concatenado desenvolvimento, que alude a instalação de uma relação jurídica processual, em que os sujeitos ocupem posições autônomas, sendo que a função de julgador deve ser imparcial.

O filme ajuda a entender porque os princípios existem, especialmente, para servir de defesa, exatamente quando os indivíduos estão em conflito com essa mesma vontade da coletividade.

No centro da democracia, vive a possibilidade de garantias a quem se atribui até o mais desumano crime: a acusação apropriada, o direito à defesa, a licitude das provas, o juiz imparcial, o acesso ao recurso.

Para a realização das funções da jurisdição, o sistema jurídico positivo do Estado brasileiro prevê uma série de garantias, com assento na Constituição Federal, conforme já visto, a partir das quais o legislador infraconstitucional está autorizado a “construir” todo o sistema processual.

São garantias como a do devido processo legal, do juiz natural, da indelegabilidade e indeclinabilidade da jurisdição, da ampla defesa, do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais, da razoável duração do processo, dentre outras tantas, igualmente previstas na Constituição Federal, que garantem, aos cidadãos do Estado e às pessoas em geral, o direito de acesso às decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 2ª Edição. São Paulo: Globo, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – volume 1*. 17ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Gustavo Henrique Barbosa. *O Contraditório e a Ampla Defesa no Processo Penal*. Disponível em <

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini Malheiros. *Teoria Geral do Processo*. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. *Que direito é esse? Entenda as prerrogativas e conheça esse direito*. Disponível em < <http://www.prerrogativas.org.br/que-direito-e-esse>>. Acesso 13 maio 2017.

CONSPIRAÇÃO AMERICANA (The Conspirator) . Direção : Robert Redford. EUA, 2010. Disponível em < https://www.youtube.com/watch?v=eddb_sgjKfs>. Acesso 07 de maio de 2017.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo – volume 1: Teoria Geral do Processo*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva 2000.

SANTOS, Leonardo do Nascimento. *Princípio do Contraditório*. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,princípio-do-contraditorio,43812.html>> . Acesso em 12 de maio de 2017.

SILVA, Marcos Antonio Duarte. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. Disponível em < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12183>. Acesso em 14 de maio de 2017

WAMBIER, Luiz Roberto; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento- volume 1*. 14ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ESTADO DE EXCEÇÃO, HOMO SACER E A PONTE DOS ESPIÕES: O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO NEGAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE PESSOA

Gustavo Tavares GUEDES⁴⁷

Pedro Augusto de Souza BRAMBILLA⁴⁸

RESUMO

Busca-se no presente artigo esboçar um panorama da corrente teórica penal do direito penal do inimigo ou direito penal de exceção e, por meio deste, tenta-se destrinchar a ideia de inimigo trazida pela já mencionada teoria com o uso de uma metodologia, em muito, dedutiva. Assim faz-se um paralelo filosófico, começando-se com a fundamentação contratualista do inimigo do Estado e, após isso adentra-se no paradoxo da soberania com o sujeito do direito penal do inimigo, seguindo para concepção do inimigo como homo sacer e do território de incidência do *ius puniendi* como campo de exceção, trazendo para a atualidade a ideia de soberania em estado puro, partindo da premissa do campo como meio estável da exceção atuar. Com essa base filosófica e jurídica, centrou-se na condição do ser humano incidido por esse ramo do direito penal, abstraindo os desenrolares no seio social, levando em conta os direitos da personalidade e da condição de pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo. Ponte dos espiões. Estado de exceção. Inimigo. Homo sacer. Contrato social. Campo. Condição de pessoa.

ABSTRACT

In the present article, it is sought to sketch a perspective of the theoretical criminal chain of the criminal law of the enemy or criminal law of exception and, by means of this one, tries to deepen the idea of enemy brought by the already mentioned theory with the use of a methodology, in very deductive. So a philosophical parallel is made, beginning with the contractualist foundation of the enemy of the State, and after that it enters the paradox of sovereignty with the subject of the criminal law of the enemy, following towards the conception of the enemy as homo sacer and of the territory of incidence of *ius puniendi* as a field of exception, bringing to the present day the idea of sovereignty in a pure state, starting from the premise of the field as a stable means of the exception to act. With this philosophical and legal base, focused on the condition of the human being By this branch of criminal law, abstracting the proceedings in the social sphere, taking into account the rights of the personality and the condition of person.

KEY WORDS: Criminal law of enemy. Bridge of spies. Exception state. Enemy. Homo sacer. Social contract. Field. Condition of person.

1. INTRODUÇÃO

O filme “a ponte dos espiões” é fonte de inspiração para intensas reflexões e debates

47 Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

48 O autor é graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, Pós-Graduado e professor na mesma instituição. Aluno regular do Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR e bolsista pela instituição. Advogado.

jurídicos. A ilustração das desmedidas e até certo ponto ilegais perseguições dos americanos contra soldados soviéticos no período da guerra fria, muito bem demonstradas na película, revelam a consubstanciação da teoria do direito penal do inimigo naquele período.

Tendo essas noções como ponto de partida, o presente ensaio teve como grande objetivo a análise do filme em questão, apontando justamente para o direito penal do inimigo que ali foi revelado como verdadeiro estado de exceção e negação dos direitos mínimos que toda e qualquer pessoa deve(ria) ter garantidos, fundamentada pela seu reconhecimento como sujeito de direito em vista do Estado.

Para o alcance desta finalidade, o artigo foi estruturado em quatro seções.

Em um primeiro momento, elaborou-se uma breve sinopse do filme base para esta reflexão, destacando-se a brava e incessante atuação do advogado de defesa, que se recusou a aceitar a negação dos direitos básicos àquele que foi considerado inimigo do estado americano, sendo por isso perseguido e tido como um traidor da própria pátria, visto o sensacionalismo midiático que corroborou para este desenrolar.

Em seguida, foram estruturadas as principais nuances e os mais relevantes aspectos da teoria do direito penal do inimigo, tendo como grandes referencias teóricos Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá e além destes, é válido ressaltar a perspectiva de Alexandre Rocha Almeida Moraes e Rogério Greco, ambos com brilhantismo o tratar da já mencionada teoria.

Em ato contínuo, houve uma breve fundamentação com base nas teorias contratualistas de Rousseau, Hobbes e Kant. Logo após, desenvolveu-se reflexão sobre a completa correlação da teoria do direito penal do inimigo com o estabelecimento do estado de exceção pelo soberano, nos moldes das obras de Carl Schmitt e, principalmente, Giorgio Agamben, com este paralelo vislumbrou-se o sujeito tido como inimigo como o próprio *homo sacer* no estado de exceção.

Por fim, buscou-se demonstrar que a aceitação desta teoria implica em retroceder à possibilidade de afastamento de todos os direitos humanos, fundamentais e da personalidade em relação àqueles considerados inimigos do soberano, objetivando demonstrar que esta não pode ser uma proposta viável para minimizar a ideia de insegurança enraizada na sociedade, visto que se jogaria janela abaixo todo o decurso histórico para a proclamação de vários direitos fundamentais.

Tendo em vista o caminho e os objetivos delineados neste artigo, utilizou-se, sobretudo, o método dedutivo, pela análise das premissas gerais da teoria do direito penal do inimigo e a sua correlação filosófica, resultando em uma diferente análise da teoria em si e com isso, visou-se afasta-la como qualquer tipo de solução para os anseios sociais.

2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO ESTAMPADO EM A PONTE DOS ESPIÕES

Ao se vestir óculos jurídicos para análise do filme “A ponte dos espões”, há nítida percepção da figura do inimigo como algo/alguém desprovido dos mínimos direitos em razão da desconsideração de seu caráter de pessoa pela ordem vigente.

A película em análise apresenta um espão soviético capturado em território Estadunidense em pleno período de guerra-fria. Como todo e qualquer ser humano processado em solo americano, teve direito à assistência de um advogado, nomeado pelo governo para sua defesa. Contudo, os mesmos que o nomearam, exigiram-no que fizesse uma defesa meramente formal, sem exercício pleno da ampla defesa e do devido processo legal, apenas para a condenação (formalmente adequada) do processado.

Apesar disso, o Sr. James B. Donovan, personagem central da trama, interpretado por Tom Hanks, ao conhecer o processado, se recusa a submeter-se ao sistema e busca a plena defesa do réu, com todos os direitos constitucionalmente garantidos a qualquer jurisdicionado, escancarando a utilização de um direito penal (e processual) do inimigo contra os soviéticos.

Durante o processo, o advogado constata inúmeras flexibilizações e negações a direitos e garantias penais e processuais penais que o seu cliente deveria ter. Logo, do ponto de vista do Estado, o soviético não era considerado indivíduo detentor direitos, mas inimigo, estampando tratamento degradante que ultrajaria a própria condição de pessoa do processado.

Tal faceta fica ainda mais evidente, na medida em que os próprios civis e os representantes do Estado iniciam perseguição ao advogado de defesa, demonstrando que, até mesmo “o amigo do inimigo” era visto como inimigo. Todos os atores da sociedade americana vislumbravam o soviético como alguém que, independentemente dos meios, provas, contraditório e ampla defesa, deveria ser condenado, eis que a sua própria condição de inimigo do Estado já faria dele alguém fadado à condenação.

Claramente fica demonstrado no filme que há duas ordens jurídicas, uma destinada ao “cidadão de bem” e outra destinada ao inimigo. Ao espão, um procedimento diferenciado e supressão de garantias. Ao cidadão, extensão de inúmeras garantias e prerrogativas processuais. Eis a consubstanciação do Estado de Exceção.

Com o intuito de melhor ilustrar o direito penal de exceção bem ilustrado em “a ponte dos espões”, os acontecimentos narrados no filme foram divididos em três principais momentos, que chamaremos aqui de ‘momentos de exceção’.

O primeiro momento de exceção dá-se logo no início da trama, quando o advogado de defesa pede, em um diálogo com o juiz e o promotor, a anulação das provas adquiridas a

partir da invasão ilegal do domicílio do acusado em razão de ter se realizado busca sem o devido mandado judicial. Neste momento, o próprio magistrado diz que não irá aceitar o pedido, restringindo uma garantia e expondo que, desde o princípio o próprio magistrado já estava decidido quanto a culpabilidade do réu (inimigo). Assim, o réu deveria ser condenado e culpado ainda que, para tanto, devessem ser colhidas e utilizadas provas adquiridas por meio de supressões de direitos individuais.

O segundo momento de exceção ocorre pela representação da completa violação ao contraditório. Ao réu não era permitido o seu exercício pleno. A defesa não era um direito, muito antes pelo contrário, era mera formalidade para legitimação da condenação previamente determinada ao inimigo, pendente apenas de formalização pelo Poder Judiciário.

O terceiro momento de exceção é demonstrado pela tentativa constante da violação do sigilo advogado-cliente, garantia ao pleno exercício do direito de defesa. Tal transgressão visava nitidamente declinar toda e qualquer possibilidade de absolvição do réu, para que não houvesse lastro argumentativo capaz de refutar os argumentos estatais. Novamente, direitos básicos de qualquer pessoa submetida a processo judicial foram violados em evidente tentativa de acelerar ao máximo o andamento do processo e a consequente punição do inimigo.

Vislumbram-se, pois, as principais vias de exceção perpetradas pelo Estado americano contra o espião soviético. Nesta esteira, o filme é bastante rico, ao apresentar o direito penal do inimigo e seu funcionamento em vistas ao extermínio do sujeito a quem ele se dirige e, em contrapartida, ao conduzir o espectador à profunda reflexão sobre esse sistema, especialmente ao inserir a figura do defensor incansável, daquele que embora perseguido, luta não pelos ideais do inimigo, mas por seu devido processamento e julgamento como pessoa que é.

3. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

As reflexões sobre o direito penal do inimigo devem principiar-se nas definições sobre inimigo. Este é o indivíduo que não se amolda às regras sociais de caráter vinculativo, e que por isso, não têm sobre si as garantias do sistema jurídico em questão. Nesse sentido, mister o ensinamento de Alexandre Rocha Almeida Moraes (2011, p.30):

O 'inimigo' é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele, dirá Jakobs, deve-se pensar em um direito penal excepcional, de oposição, um direito penal consubstanciado na flexibilização dos direitos e garantias penais e processuais. Há de se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se comporta, cognitivamente, como seu inimigo. Um tratamento que não se amolda às diretrizes do Direito Penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente.

A premissa teórica pela qual parte esse tipo de direito penal é que, no ordenamento jurídico é possível observar a existência de mais de um direito penal em ação, um aplicado apenas ao cidadão, tido como direito penal do cidadão e, outro que é aplicado aos possíveis infratores de sua segurança, o famigerado direito penal do inimigo. Assim se tem dois planos de aplicação do direito penal, ou seja, um que é aplicado como tipificação de fatos antijurídicos, e outro que incide antes mesmo de qualquer desvio de conduta por parte do inimigo, condenado simplesmente por não se amoldar aos ditames estatais. Como pode ser visto no trecho elucidativo de Günther Jakobs (2012, p. 36):

Portanto, o direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

O inimigo descrito por Jakobs é alguém que não é tido como pessoa do ponto de vista do Estado e seus entes. A este haveria outro Direito Penal, diverso do Direito Penal do cidadão, em razão de se negar terminantemente a seguir a ordem jurídica, colocando em risco a integridade de todo o sistema social. O inimigo é visto como um poder concorrente e ilegítimo que afeta a própria existência do direito à segurança dos cidadãos, garantido pelo Estado. Assim, devido à imprevisibilidade das condutas do inimigo perante a ordem vigente, seria necessário a utilização de outros meios para a neutralização deste de maneira prévia, ou seja, antes mesmo de que o fato antijurídico venha a ocorrer.

Portanto, não se espera uma conduta prevista no ordenamento para que se inicie o processo penal. Pela simples premissa de que o indivíduo é potencialmente uma ameaça à soberania estatal será punido. Como pode ser vislumbrado na análise que faz Alexandre Rocha Almeida Moraes (2011, p. 215): “discutir a legitimidade do ‘Direito penal do inimigo’ representa, portanto, o retorno à antiga dialética sobre a legitimidade de um ‘Direito penal do autor’ em detrimento do modelo de ‘Direito penal do fato’”.

Assim, é válido ressaltar que, o direito penal do inimigo se diferencia do direito penal do cidadão na medida em que, o primeiro se pauta no autor e último no fato.

Na tradicional doutrina penalista, o direito penal do fato aponta para a exclusão da responsabilidade jurídico-penal dos meros pensamentos, ou seja, rechaça-se um Direito Penal centrado na figura interna do autor, em aspecto de visível matriz liberal. O “direito penal do inimigo” se afasta dessa ideia, caminhando na direção da identificação de sujeitos aos quais é dirigida a imputabilidade penal independentemente de definição fática. Assim, ao cidadão é garantida a apuração do ato ilícito (fato), com todas os direitos e garantias que lhe são

inerentes; ao inimigo, porém, restam o pré-julgamento e a estereotipação como indivíduo que oferece risco ao sistema e ao Estado. A este último, a ausência de direitos. (JAKOBS, 2012, p. 80/81).

É sabido que, o direito penal do inimigo defendido por Jakobs é seguido de três características centrais, sendo elas: a punição imediata ou tentativa de punir mais rapidamente para que, o fato não venha nem a se concretizar; o caráter punitivo da pena em excesso; a supressão ou relativização de direitos e garantias tidos como fundamentais. Tais aspectos são perfeitamente visualizados no seguinte comentário de Manuel Cancio Meliá (2012, p.90):

Segundo Jakobs, o direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento tradicional é prospectiva (ponto de referência: 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 processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Isto posto, é necessário abstrair que, em se falando em teoria penal, o direito penal do inimigo é tido como a terceira velocidade do direito penal, e representa uma mescla da primeira velocidade, quando se tem por finalidade a pena privativa de liberdade como a mais eficiente das penas; e da segunda velocidade, que propugna pela minimização de garantias para a maior velocidade do processo (GRECO, 2011, p. 25).

Com base nessas nuances teóricas que o presente trabalho seguirá, primeiramente para abordagem do arcabouço teórico que engendra a teoria apresentada com o intuito de conseguir formar uma base filosófica temporal da ideia de inimigo, para em seguida denunciar as violações ao caráter de pessoa, que deveria ser, no mínimo, valor-limite da atuação estatal na esfera punitiva.

3.1. O direito penal do inimigo da perspectiva do contrato social

A teoria do contrato social é uma das grandes máximas orientadoras do direito penal do inimigo. Contudo, antes de adentrarmos propriamente nas discussões sobre os aspectos do contratualismo que influenciam e determinam o recorte que se pretende analisar neste artigo, há que se mencionar que nas teorias do contrato social, este pacto é o marco zero do Estado Civil, ou seja, os indivíduos, conjuntamente, abdicam das inseguranças e incertezas que permeiam o estado de natureza e organizam um Estado Civil. Abrem mão de porções de direitos individuais em favor da organização coletiva (algumas teorias como a hobbesiana apontam transmissão completa desses direitos ao soberano), que será responsável por ordenar os indivíduos, garantindo-lhes vida, segurança e um conjunto de direitos (civis) não

protegidos ou tutelados no estado de natureza, como liberdades, propriedade e igualdade⁴⁹.

O vislumbre da teoria do direito penal do inimigo na proposta contratualista é estruturado com base naquele indivíduo que se recusa a amoldar-se às regras e normas estabelecidas pela coletividade no pacto social, como se este indivíduo não tivesse aderido às disposições de vontade contidas no “primeiro convênio”. (ROUSSEAU, 2003, P. 21).

Nestes moldes, aquele que viola o contrato, não inflige apenas uma norma, mas sim ofende o pacto social como um todo, ou seja, coloca em risco a própria estrutura estatal surgida a partir deste vínculo. Logo, como o inimigo não se adequa e concorre contra o pacto, não deve gozar dos benefícios e garantias daqueles que fazem parte da sociedade e o respeitam (cidadãos).

Na teoria rousseuniana o inimigo é tido por ‘malfeitor’, não faz parte do contrato, e deve ser eliminado. Se não é parte, concorre contra, e é entendido como poder contrário àquela organização. Assim, não existe possibilidade de coexistirem inimigo e Estado no mesmo campo. Como ensina Jean Jacques Rousseau (2003, p.46):

Longe de dispor da própria vida nesse tratado, nós cuidamos somente de assegurar, e não creio que um dos contratantes premedite nesse tempo ir à força; quanto mais todo malfeitor insulta o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e à qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte do que como cidadão.

Rousseau evidencia que cada indivíduo põe a sua pessoa e toda a sua autoridade sob o supremo comando da vontade geral, e cada membro se torna, a partir de então, parte indivisível do todo (2003, P. 23). Uma força compulsória e universal teria legitimidade para, em nome do todo, mover e dispor cada uma das partes do modo mais conveniente à coletividade (maioria) (2003, p. 39).

Ora, se o tratado social tem por objetivo a conservação dos contratantes, todos os meios para o alcance desses fins devem ser utilizados. O criminoso, portanto, pode ser sujeito inclusive à morte, eis que a conservação da “vida” da organização estatal é incompatível com a manutenção da sua. A sentença e o processo, portanto, são meras provas da declaração de rompimento com o pacto e que, por isso, não é mais membro do Estado, devendo ser “segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público” (2003, p. 46)

Noutra perspectiva, a ideia *hobbessiana* do contrato social, observa que o infrator de um direito social não pode ser considerado de imediato um inimigo, como em Rousseau, visto

⁴⁹ Vale dizer que em cada proposta contratualista, como as de Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau, há visões distintas sobre o núcleo duro de direitos essenciais que devem ser resguardados pela instituição do Estado Civil, eis que cada um deles visualiza a natureza humana sob diferentes aspectos e pontos de partida.

que, há um contrato de submissão para com o Estado e, para deixar de ser cidadão e, por conseguinte retroceder ao estado de natureza, é necessária uma ofensa contra a própria soberania. Logo nesta perspectiva, não é passível a passagem de cidadão para inimigo com lesões apenas para com outros cidadãos, sendo assim é intimamente necessário, condutas que atentem contra o Estado.

Contudo, ainda assim, Hobbes já previa o uso de diferentes critérios para com o inimigo e para o cidadão, partindo de uma diferença entre as leis que caberiam aos inimigos e as que se dirigiriam aos cidadãos. É o que se pode extrair das lições que seguem (2003, p. 265/266):

Por último, os danos infligido a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como punições. Como esse inimigo nunca esteve sujeito à lei, e portanto, não a pode transgredir, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o esta, negando em consequência que a possa transgredir, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. Disso se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante da república (seja qual for a penalidade prevista para traição), o representante pode fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou a punições previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo da republica, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as punições estabelecidas pela lei são para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos pelos seus próprios atos, deliberadamente revoltam-se e negam o poder soberano.

Quando se fala da visão kantiana do contrato social, vê-se que o inimigo seria aquele que, na passagem do estado de natureza para o estado civil, resistiu à mudança, prejudicando os demais que o acompanhavam nesta transição. Em suma, é o sujeito que está inserido estado civil, mas se recusa a abandonar o estado de natureza, o que gera insegurança no seio da sociedade. Isto é explicitado no seguinte trecho de Günther Jakobs (2012, p. 27):

Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. Imediatamente, coloca-se a seguinte questão: o que diz Kant àqueles que não se deixam obrigar? Em seu escrito ‘sobre a paz eterna’, dedica uma extensa nota, ao pé página, ao problema de quando se pode legitimamente proceder de modo hostil contra um ser humano, expondo o seguinte: “Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva... [da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (*ato*), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*statu iniusto*), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança.

Portanto, observa-se que, na perspectiva das teorias do contrato social, todo aquele que não se amolda às disposições celebradas pela coletividade em busca do bem comum é visto como um inimigo e, conseqüentemente, pode ser exterminado do convívio social em razão de ser do inimigo do Estado. Assim, não teria sobre si, sequer os direitos mínimos oriundos do pacto original, eis que não se amolda às mínimas condições ali previstas.

3.2. O direito penal do inimigo como estado de exceção

O estado de exceção é apresentado na teoria de Carl Schmitt, que elenca este cenário como aquele derivado da decisão que não está limitada à regra, ou seja, em plano diverso daquele que representa o simples cumprimento da norma jurídica. Neste prisma, a exceção instaura uma (nova) ordem excepcional a partir da desorientação inicial em relação à ordem normativa vigente (MASCARO, 2016, P. 415/416). É nesta esteira que coaduna Giorgio Agamben (2004, p. 13) quando ensina que, não se trata de forma jurídica mas forma política, afinal, “A exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui por meio de sua própria suspensão”.

Destas premissas, é necessário pontuar que o estado de exceção inaugura uma outra ordem vigente, desta vez política, com lastro e fundamento em elementos jurídicos, mas que não estão inseridos dentro da dinâmica da juridicidade. Não há respeito às normas estabelecidas e, como consequência, todos os atos de coerção são mera atividade do poder soberano em seu estado puro, como já havia dito outrora Carl Schmitt (2006, p. 7), que “o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”.

Denota-se, portanto, uma dualidade de foros, visto que quem é inserido e resguardado sob a égide do estado civil, tem sobre si inúmeros direitos, garantias e prerrogativas, ao passo que aquele deixado à exceção é adjudicado de forma compulsória à esfera política do poder nu, soberano, donde não existe enquadramento das decisões na esfera jurídica. Nesta dinâmica, consubstancia-se o paradoxo da soberania, eis que o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico. Ao suspender a lei, coloca-se legitimado pela lei, fora dela e de seus ditames (AGAMBEN, 2007, P. 22).

É como se, através da exceção, o soberano estivesse garantindo a situação da ordem jurídica e sua eficácia, mesmo sendo caso singular excluído da norma geral. Eis o raciocínio de Giorgio Agamben (2007, p. 25):

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta de sua suspensão. Nesse sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída.

Com base nessa lógica, a exceção seria a representação da estrutura soberana, na medida em que, na exceção corre a soberania puramente, sem nenhuma limitação, dada pelo respeito à vida e, com base nisso pode ser visto que, a soberania nasce daquele paradoxo,

dado pela inclusão através da suspensão de si.

Quando se analisa o arcabouço do direito penal do inimigo verifica-se que Jakobs admite a dualidade de foros mencionada, permitindo que funcionem, de maneira simultânea, um Estado de Direitos e um Estado de Exceção (PINTO NETO, 2007, p. 21). Deste modo, é perfeitamente possível conceber o direito penal do inimigo como o instrumento estado de exceção permanente, tendo em vista que nessa teoria vê-se uma anarquia em relação ao respeito da vida, afinal o inimigo tem a sua desconsiderada da perspectiva do Estado soberano.

É o que ensina Moysés Pinto Neto (2007, p. 22):

A partir de uma cisão conceitual entre cidadão e inimigo, Jakobs pretende a criação de dois Direitos Penais, um dirigido ao cidadão – com as devidas garantias e direitos constitucionalmente assegurados – outro destinado aos inimigos, a quem seria conferido tratamento de guerra. Estes não dispõem do caráter de ‘pessoa’, sem fazer jus, por isso, aos direitos e garantias assegurados nas legislações”.

Ao direcionar tratamento de guerra ao cidadão, o soberano centra naquele todas as premissas para a atuação e incidência do direito penal. Retomando algumas considerações alhures, esta dualidade apresentada consubstancia o que se denominou de direito penal do autor, que é inimigo do Estado. Considera-se as suas características e condições pessoais e não o fato e as circunstâncias em que foi praticado. O autor, portanto, é alguém previamente condenado, cuja a dignidade lhe é retirada, é *homo sacer*.

3.3 O inimigo como *homo sacer*

O *homo sacer*, representa a vida limite, que por condenação e apontamento do soberano, é conduzida à interdição entre a ordem humana e a ordem divina. O soberano, detentor da decisão que instala a exceção, retira-lhe o pertencimento à jurisdição comum dos homens, tornando-se coisa sacra, entregue à vontade dos deuses. Pontuam alguns autores que esta seria a mais antiga das penas no Direito Romano.

Deste modo, considerado ser indigno, se morto, não haveria a constituição de homicídio, pois não se encontraria inserido na ordem jurídica. Também não poderia ser sacrificado, pois aquilo que é sacrificado, deveria igualmente ser purificado para o divino, e esta possibilidade não seria vislumbrada ou sequer dirigida ao *homo sacer*. Portanto, o homem sacro é a vida matável, porém insacrificável. Como é explicitado em AGAMBEN (2007, p.90):

Se isto é verdadeiro, a *sacratio* configura uma dupla exceção, tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum*, tanto no âmbito religioso quanto do profano. A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a

estrutura da exceção soberana. (Daí a pertinência da tese daqueles estudiosos que, como Crifò, interpretam a *sacratio* em substancial continuidade com a exclusão da comunidade: Crifò, 1984, p.460-465.) Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacriticável e, todavia, matável, é a vida sacra.*

Visto isso, a vida do homem sacro é vida nua, no sentido deste ser aquele que não é dotado de civilidade, é simplesmente a vida exposta a soberania pura. Trata-se da vida sobre a qual incide o estado exceção, sem nenhuma garantia, a não ser a autotutela. Neste caso, equipara-se a um poder concorrente ou resistente à soberania

Se trata, portanto, de um estado de vivencia no qual o homem é morto sem que se constitua crime ou sacrifício, o que é evidenciado no seguinte trecho da obra de Giorgio Agamben (2007, p.91):

É possível, então, dar uma primeira resposta à pergunta que nos havíamos colocado no momento de delinear a estrutura formal da exceção. Aquilo que é capturado no *bando* soberano é uma vida humana matável e insacriticável: o *homo sacer*. Se chamamos vida nua ou vida sacra a esta vida que constitui conteúdo primeiro do poder soberano, dispomos ainda de um princípio de resposta para o quesito benjaminiano acerca da “origem do dogma da sacralidade da vida”. Sacra, isto é, matável e insacriticável, é originariamente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono.

Portanto, todos os humanos, antes de serem integrados a coletividade e se caracterizarem como cidadãos, são *homo sacer* e, assim todos potencialmente podem regredir a esta condição por meio do campo adequado. Neste ínterim, todos estariam sujeitos a se tornarem inimigos e, por conseguinte, *homo sacer*.

Sendo assim, a principal equiparação entre o inimigo do direito penal de exceção e o *homo sacer* do estado de exceção, é a total desconsideração do humano em sua condição de cidadão e, por imediato, da sua condição de direitos, ao passo que, são ambos tidos como inimigos, em sentido *lato*, do Estado.

A figura do Estado no eixo ocidental moderno teve por escopo a ideia de que todos os cidadãos eram matáveis, se relacionando assim com o *homo sacer*, em princípio, como Giorgio Agamben disserta (2007, p.131): “são os corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente”.

Por fim, observa-se que o inimigo e *homo sacer* podem ser vislumbrados como um mesmo corpo, visto que, ambos são atingidos pelo estado de exceção e, da perspectiva soberana, devem ser eliminados o quanto antes, sem respeito às garantias incidentes aos que

não são inimigos, os cidadãos.

4. DO VILIPENDIO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA PERSONALIDADE E DA CONDIÇÃO DE PESSOA

A teoria do direito penal do inimigo somente pode ser concebida a partir do vilipêndio aos direitos fundamentais, da personalidade e da própria condição de pessoa do indivíduo apontado como inimigo. Günther Jakobs adiantou esta noção ao estruturar que aquele que não se amolda aos ditames das regras sociais de caráter vinculativo sequer deveria ser tratado como pessoa (2012, p.40):

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente, um bom comportamento social, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

[...] Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã.

A condição de pessoa, nesta teoria, relaciona-se a representar um papel na ordem do todo, ou seja, cumprir com o papel de ser titular de direitos e deveres e respeitá-los. Ser pessoa é representar competências sociais nos moldes das normas estabelecidas pelo Estado em prol do bem comum. Enquanto é destinatário de expectativas normativas e se adequa à moldura das normas estabelecidas no pacto social, o indivíduo desempenha a sua função social e, por conseguinte é sujeito de direitos (MENDES, 2011, p. 4).

Jakobs indica que aquele que quer ser tratado como pessoa deve demonstrar que irá se comportar como tal. Ausente esta demonstração por parte do destinatário das normas, como pondera André Pacheco Teixeira Mendes, “o direito penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o inimigo”.

O inimigo (*homo sacer*) tem sua cidadania descaracterizada em razão de fatores externos à natureza humana. Isto representa um completo desvirtuamento de todos os fundamentos dos direitos fundamentais, da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois todas estas concepções são fundamentadas na essência do ser humano enquanto pessoa.

Tais construções representam o que há de mais relevante no desenvolvimento do pensar os direitos do homem e são fruto de um longo período de reflexões que partem da primeira fagulha das concepções de um direito universal centrado na razão humana no período Helenístico com Zenão de Citium e os Estóicos, evolui sobretudo com a estruturação da dignidade da pessoa humana como máxima intransponível, especialmente depois de todas as atrocidades cometidas durante o período nazista e na segunda guerra mundial; e o

desenvolvimento das grandes teorias e obras nesse sentido na contemporaneidade. É isto que ensina Luís Roberto Barroso (2014, p. 16): “A noção atual de dignidade humana não substitui a antiga, pois é produto de uma história diferente (...). Deve ficar claro, contudo, que o entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos”.

O ministro prossegue sua reflexão, mencionando que há que se levar em conta duas dimensões da dignidade humana, como segue (2014, p. 62):

Não é difícil perceber, nesse contexto, a dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão, é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações.

Logo, aquele que tem dignidade, que é pessoa, o é em razão de um valor intrínseco à sua própria natureza, ligado à razão pura, à sua capacidade de ter autonomia de vontade, e trilhar seu próprio destino, como ensinou Immanuel Kant na fundamentação da metafísica dos costumes (2007, p. 76/77). Noutra aspecto, a dignidade relaciona-se aos direitos, aspirações e responsabilidades, que podem ser violados em nome de valores sociais ou interesses estatais, contudo nos limites das garantias e direitos irrenunciáveis e invioláveis derivados da primeira dimensão. Uma pena restritiva de liberdade, em última análise, representa violação à dignidade humana, contudo, é legítima porque aplicada após devido processo legal, após análise fática, e dentro dos limites da ordem jurídica dos demais cidadãos/pessoas, sem negação da humanidade do destinatário da pena, ou seja, sem instalação da exceção.

A aceitação do direito penal do inimigo, como já exposto, implica em retirar a própria condição de pessoa do acusado, que não mais estará inserido na dinâmica da ordem jurídica das pessoas, mas será inserido numa outra, política, ligada à vontade do soberano, desprovido de dignidade, com negação do mais elementar aspecto da humanidade, a sua condição humana.

Os apoiadores desse discurso o fazem em nome da coletividade. Isto impulsiona o retrocesso de todo o desenvolvimento sobre o qual brevemente se ventilou acima. O soberano poderá, sem limites decidir quem é o inimigo e quem perderá a sua qualidade de pessoa a partir do critério por ele elencado. Como diz Rogério Greco (2011, p. 29):

Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do direito penal do inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o esturador da filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de trata-lo sem que esteja protegido pelas garantias conquistadas ao longo dos anos.

Em suma, trata-se de uma teoria extremamente perigosa. A uma pelo fato de se caracterizar pela negação da condição humana daquele que não se amolda aos padrões estabelecidos pela ordem geral; a duas porque a permissão deste tipo de comportamento aponta para um soberano com poderes irrestritos, já que fora da ordem jurídica (exceção), e por este motivo, todos os demais cidadãos se encontram sob risco, afinal os requisitos para se identificar um inimigo são relativos, mudando conforme a vontade daquele que detém o poder soberano e, logo pode estabelecer o campo de exceção no Estado de direitos, até o ponto que o campo atinja cada vez mais pessoas, sem um limite aparente.

5. CONCLUSÃO

Vislumbradas as principais características do direito penal do inimigo e traçado o paralelo com o estado de exceção e, por conseguinte, com o homo sacer, conclui-se que essa corrente do direito penal carrega em si um discurso nocivo à própria condição de pessoa daquele que é alvo do soberano, visto que, acaba por afastar todos os direitos fundamentais, da personalidade e toda a construção no entorno da dignidade da pessoa humana, adquiridos e construídos a duras penas, em séculos de luta, com base em uma falsa premissa de impossibilidade da vida coletiva dos “inimigos”. Essa discrepância entre inimigos e cidadãos é reforçada pelo discurso midiático, que conduz os próprios cidadãos a ratificarem e apoiarem a decisão do soberano.

Nesta dinâmica, pode-se conjecturar que o exercício do direito penal do inimigo é, sim, a consubstanciação do estado de exceção, no qual o incidido regride a vida nua, desprovido de direitos e dignidade, por determinação do soberano, que detém o poder de, a partir da ordem jurídica, arrancar desta última aquele que não se amolda às suas diretrizes.

Esta não é uma possibilidade. O soberano não pode ser detentor de poder para, em última análise, extrair do ser humano a sua condição intrínseca de pessoa que o faz sujeito de direitos. Pode, sim, limitar alguns aspectos de sua dignidade a partir das mesmas normas, garantias, direitos e prerrogativas de todos aqueles que guardam consigo a essência da humanidade.

É latente, portanto, que na medida em que os direitos são relativizados e restritos apenas a determinados grupos de pessoas, mais nos aproximamos de um do retrocesso em relação a todas as lutas e conquistas humanas no que diz respeito a direitos. A figura do inimigo e a possibilidade de instalação do estado de exceção representa grande risco a todo e qualquer ser humano em razão de não se poder aferir quais serão os próximos critérios

estabelecidos para definição do próximo inimigo, assim acaba-se por se sujeitar a bel vontade do soberano, sendo este, representado no Estado democrático atual a própria institucionalização da perseguição em comum com um determinado inimigo, seja ele ora identificado como um refugiado, ora como um terrorista, ou até mesmo como um islâmico, em consonância com o vivido nos tempos atuais de turbulências.

6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2ªed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. **Estado de Exceção**. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista**. 6ª ed. Niterói: Impetus editora, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: Noções Críticas**. Organização e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007.

MASCARO, Alysso Leandro. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **Direito penal do inimigo: quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud**. Revista Epos, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 1, jan/jun, 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 2ªed. Curitiba: Juruá editora, 2011.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O rosto do inimigo: uma desconstrução do direito penal do inimigo como racionalidade biopolítica**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de mestrado em ciências criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2007. Disponível em: tede.pucrs.br/tde_busca/processaArquivo.php?codArquivo=1153. Acesso em 20 de março de 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762). **Do Contrato Social: ou princípios do direito político**. 46 ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 7.

GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Mariana Vargas FOGAÇA⁵⁰

Marcos Vargas FOGAÇA⁵¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar o instituto jurídico da guarda, que é considerado um dos deveres inerentes ao poder familiar. Inicialmente é feita uma análise das diferentes espécies de guarda existentes na legislação brasileira e das apontadas pela doutrina. Constatase que, historicamente, a guarda unilateral e materna sempre foi a mais aplicada nos litígios familiares. Com o desenvolvimento social, a emancipação da mulher no mercado de trabalho e a inclusão do afeto como um dos alicerces da família, o legislador buscou adequar o ordenamento jurídico e dar maior aplicabilidade ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Uma das formas de fazer isso foi tornando compulsória a aplicação da guarda compartilhada, a partir da Lei 13.058/2014. A nova lei estabeleceu que caso não exista acordo entre os pais com relação a guarda dos menores, o magistrado deve aplicar o compartilhamento da guarda. A aplicação do modelo é benéfica, pois garante a convivência cotidiana do menor com ambos genitores e diminui os impactos negativos do rompimento conjugal. No entanto, diversas críticas são dispensadas a essa espécie de guarda, como a dificuldade de aplicação quando não há harmonia entre os pais. Como forma de verificar se a aplicação compulsória da guarda compartilhada é uma das formas de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente é feita uma análise do filme “Pelos olhos de Maisie”, cenário em que é possível visualizar os impactos negativos da falta de harmonia dos genitores na vida dos infantes.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Familiar. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Guarda Compartilhada. Lei n. 13.058/2014. Convivência Familiar.

ABSTRACT

The objective of this study is to address the legal institute of the guard, which is considered one of the duties inherent to the family power. Initially, an analysis is made of the different kinds of stores that exist in Brazilian legislation and of the doctrine. It is noted that, historically, the guard unilateral and tongue has always been the more applied in family disputes. With social development, the emancipation of women in the labor market and the inclusion of affection as one of the foundations of the family, the legislator sought to adapt the legal and give greater applicability to the principle of the best interests of the child and adolescent. One of the ways to do this is by making payments the application of shared custody, from the Law 13.058/2014. The new law has established that if there is no agreement between the parents regarding the custody of minors, the magistrate must apply the sharing of the guard. The application of the model is beneficial because it ensures the daily life of the minor with both parents and decreases the negative impacts of disruption. However, several criticisms are dispensed to that kind of guard, as the difficulty of implementation when there

50 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Integrante do Projeto de Extensão "Falando em família". Integrante do projeto de pesquisa "Aspectos Controvertidos do Direito de Família na pós modernidade". E-mail: mvfmari@hotmail.com

51 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). E-mail: mvfmarcos@hotmail.com

is harmony between the parents. As a way of checking whether the compulsory of shared custody is one of the ways to ensure the best interest of the child and adolescent an analysis is made of the film "Through The Eyes Of Maisie," scenario in which it is possible to view the negative impacts of the lack of harmony of parents in the life of infants.

KEY WORDS: Family Power. Principle of the best interests of the child and adolescent. Shared custody. Law no. 13.058/2014. Family life.

INTRODUÇÃO

A família é considerada o núcleo de formação do indivíduo, sendo amparada pela Constituição brasileira desde a sociedade colonial. O desenvolvimento familiar teve mudanças significativas com o passar do tempo. Houve o enfraquecimento do conceito de família patriarcal, a expansão do mercado de trabalho às mulheres, e a divisão do poder familiar de maneira equilibrada entre os genitores. Todos esses fatores, dentre outros feitos notáveis, corroboraram para romper com as estruturas familiares tradicionais até então conhecidas, principalmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dissolveu a estrutura hierárquica, matrimonializada e patriarcal existente desde período colonial. A partir desse paradigma, o afeto passou a ser o alicerce do relacionamento familiar.

Os pais são detentores do poder familiar e, por isso, tem o direito e o dever de acompanhar o desenvolvimento físico e psicológico de seus filhos menores. A guarda dos filhos, na vigência da relação conjugal, é exercida conjuntamente por ambos os genitores. No entanto, com o rompimento conjugal, os deveres de formação dos filhos sofrem abalo na realidade fática daquela nova estrutura familiar. A ruptura dos laços matrimoniais acarreta consequências negativas ao núcleo familiar como um todo, no entanto, é na vida dos infantes que se verifica o maior prejuízo.

O ideal é que os pais entrem em um acordo que garanta que os mesmos permaneçam ativos e atuantes na formação dos menores, visando o melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, devido aos diversos sentimentos negativos comuns ao término dos relacionamentos, muitas vezes, não há diálogo entre os genitores o que acarreta a disputa judicial para estabelecer questões relacionadas aos menores, como a guarda, a pensão alimentícia, o direito de visitação, dentre outras questões.

O legislador brasileiro, buscando facilitar a convivência familiar e a responsabilidade conjunta dos genitores sobre os filhos, além da efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente, promulgou no dia 22 de dezembro de 2014 a Lei nº 13.058/2014, que altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. A nova lei regulamentou questões relacionadas à guarda, mais especificamente, à guarda compartilhada dos filhos

menores.

Assim, diante dos novos rumos tomados pelo Direito de Família, o intento do presente estudo é analisar, através do método dedutivo, se, dentre outros modelos de guarda existentes, a guarda compartilhada seria o modelo de guarda mais adequado para garantir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a convivência familiar. Para tanto, correlaciona-se o direito e o cinema através da análise do filme “Pelos Olhos de Maisie” em que se busca analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada quando não existe harmonia entre os genitores.

1 O PODER FAMILIAR E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes de discorrer a respeito da guarda dos filhos, é necessário conceituar o instituto jurídico denominado poder familiar. O poder familiar consiste no conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, e tem por objetivo a proteção dos filhos e a completa formação moral e intelectual destes. (GRISARD FILHO, 2014, p. 39-46)

O direito de família trata da esfera mais íntima do ser humano e, por isso, é composto por direitos irrenunciáveis, intransferíveis, inalienáveis e imprescritíveis, sendo o poder familiar um destes direitos. Todos os filhos menores estão sujeitos a esse poder, que é, em regra, exercido pelos genitores e, na impossibilidade destes, por membros da família extensa ou por terceiros. (DIAS, 2016, p. 458)

A Constituição Federal prescreve no artigo 225, §5º que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O artigo 1.634 do Código Civil prevê que o poder familiar deve ser exercido por ambos os genitores, independentemente da situação conjugal dos mesmos. Já o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe”. As diversas disposições legislativas a respeito da igualdade na titularidade do poder familiar indicam a preocupação do legislador em distribuir o poder/dever de criação dos filhos a ambos os genitores a fim de preservar o melhor interesse da criança e do adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente possui natureza constitucional e é adotado pelo Direito de Família, estando previsto no artigo 227⁵² da

52 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Constituição Federal de 1988, que prescreve caber a família, a sociedade e ao Estado garantir os direitos fundamentais da pessoa humana com absoluta prioridade à criança e ao adolescente.

A Declaração Universal de Direitos da Criança de 1959, em seu princípio 2º, também consagra o princípio do melhor interesse da criança:

A criança gozará proteção especial e serão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando a este objetivo, levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

Esse princípio elevou a criança e o adolescente a posição central nas relações interpessoais e garantiu que os interesses e necessidades dos menores tenham prioridade em relação aos pais e a comunidade em geral. Por se tratar de pessoa em desenvolvimento, é consolidado o entendimento de que a família, o Estado e a sociedade devem assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais garantidos ao ser humano. (GRISARD FILHO, 2014, p. 76)

O professor Waldyr Grisard Filho ressalta que é competência do juiz determinar, no caso concreto, qual é o melhor interesse da criança e do adolescente. Difícil é a tarefa do magistrado em determinar qual é o melhor para os menores, por isso, é necessário que o Poder Judiciário esteja amparado em profissionais de diversas áreas - como psicólogos e assistentes sociais -, para obter subsídios e decidir de maneira acertada qual é o melhor para cada infante. (GRISARD FILHO, 2014, p. 73-78)

Ao explanar brevemente a respeito do poder familiar e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é norteador do Direito de Família, é possível discorrer a respeito das modalidades de guarda e mais especificamente a respeito da guarda compartilhada, que com a Lei 13.058/2014 tornou-se regra no ordenamento jurídico brasileiro.

2 MODALIDADES DE GUARDA

Enquanto a unidade familiar é mantida, não há o que se discutir a respeito de guarda dos menores. Contudo, com a ruptura do vínculo conjugal, diversas questões de ordem prática precisam ser resolvidas, como o direito de visitação, a guarda e os alimentos. Quando o divórcio ocorre de maneira amigável, estas questões podem ser estabelecidas consensualmente entre os genitores. No entanto, em grande parte dos casos, a ruptura da relação ocorre de maneira conturbada, desencadeando a necessidade de ingresso ao Poder

Judiciário.

Como já dito, a guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar, logo, é tarefa dos seus detentores manter os filhos sob seus cuidados e responsabilidade. A guarda sofre sensível modificação com o rompimento conjugal, principalmente porque é necessário estabelecer quem será o guardião da criança e do adolescente a partir deste momento. (ALMEIDA, 2012, p. 465)

É dever do genitor-guardião cuidar do cotidiano do menor, exercendo a autoridade parental de maneira quase que exclusiva, sendo seu dever auxiliar na formação moral e intelectual deste e suprir suas necessidades materiais e imateriais, como educação, alimentação e moradia. Mesmo que o artigo 1.632 do Código Civil de 2002 garanta ao genitor que não está com a guarda o direito de exercer plenamente a autoridade parental, devido ao afastamento natural causado pela guarda unilateral, esse direito é comumente comprometido. (LIMA, 2007, p. 65).

[...] Com a separação, garantem os arts. 1632 do CC e 27 da LDiv que nenhum dos pais perde o poder familiar relativamente aos filhos menores, mas a guarda dissocia-se, debilitando esse poder familiar. Por certo, a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quando necessário para atender-se à separação dos cônjuges. (GRISARD FILHO, 2014, p. 89)

O direito brasileiro reconhece em seu Código Civil duas espécies de guarda: a unilateral e a compartilhada. Por outro lado, a doutrina reconhece outras duas espécies, como a guarda alternada e o aninhamento ou nidação.

De acordo com o artigo 1.583 do Código Civil, a guarda unilateral “é a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, ou seja, é aquela em que a autoridade parental é transferida a apenas um dos genitores. Nesse modelo de guarda, o cuidado diário dos infantes é atribuído apenas ao genitor-guardião, restando ao outro o poder de visita, de prestar alimentos e supervisionar os filhos. (MALUF, 2011, p. 614).

O modelo de guarda unilateral e materna sempre foi o mais utilizado no Brasil devido à tradição patriarcal herdada pelo país. Durante muitas décadas a função da mulher era primordialmente doméstica, ou seja, devia cuidar da casa e dos filhos, e, por isso, com o rompimento conjugal, a medida natural era a atribuição automática da guarda unilateral à mãe, pois se presumia que ela era mais apta para criar os menores. (LIMA, 2007, p. 66)

Diante das diversas mudanças pela quais a sociedade passou, a exemplo da emancipação da mulher e do seu ingresso no mercado de trabalho, os homens passaram a participar mais da vida dos filhos e, com isso, outras modalidades de guarda passaram a ser discutidas, como a guarda alternada, a compartilhada e o aninhamento ou nidação. (DIAS,

2016, p. 512)

A guarda alternada, apesar de não incluída expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, é elencada pela doutrina. Nesta modalidade os genitores estabelecem os períodos que cada um deverá cuidar dos filhos. Durante cada tempo o genitor responsável exerce a guarda de maneira exclusiva e, por isso, de acordo com Lima, a guarda alternada acaba se confundindo com a guarda unilateral:

Enquanto os filhos estão na casa de um dos genitores, o outro passa a ter o direito de visitas e vice-versa, confundindo-se, em realidade, com o regime da guarda única, apenas com a diferença de ser exercida em períodos alternados. Assim, tanto a guarda jurídica como a material concentram-se na pessoa daquele com quem o menor está residindo, enquanto ao não-guardião cabe o direito de visitas e de fiscalizar a sua educação, embora a distância, nos mesmos moldes da guarda única. (2007, p. 68)

Diversas críticas são dispensadas a guarda alternada, pois ela pode gerar instabilidade emocional e psíquica ao menor devido as constantes mudanças por ele experimentadas, eis que ele não possui uma residência fixa e as decisões sobre sua criação são tomadas de maneira diversa durante os períodos estabelecidos. (LIMA, 2007, p. 69)

O aninhamento ou nidação é outra modalidade de guarda apontada pelos doutrinadores e nela a criança e o adolescente permanecem na mesma residência anterior, e são os pais que se revezam por certos períodos para ficar com eles. É um modelo que mantém preservada a rotina do menor, mas é pouco utilizado devido à dificuldade de manutenção de duas residências pelos genitores e também não muito indicada, pois não há uma autoridade sempre presente na vida da criança e do adolescente, o que é essencial para sua formação. (GAGLIANO; POMPLONA FILHO, 2011, p. 599)

Por fim, a guarda compartilhada – objeto do presente estudo - é modalidade-regra adotada pelo direito brasileiro e ocorre quando ambos os pais detêm a guarda dos filhos e decidem de maneira conjunta acerca de todas as questões relacionadas aos menores. Apesar de ser de uma maneira um pouco tímida, foi a lei 11.968/2008 que introduziu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico direito brasileiro. A aludida lei sugeria a aplicação do modelo de compartilhamento da guarda, mas recomendava a concessão da guarda ao genitor que dispusesse de melhores condições para a criação do menor.

No entanto, tão somente a partir da lei n. 13.058/2014 a aplicação da guarda compartilhada tornou-se compulsória, ou seja, passou-se a entender que ambos os genitores possuem condições de criar os filhos e que a guarda deve ser dividida quando não existir consenso entre eles. (SCHNEEBELE; MENANDRO, 2014, 176). É uma espécie de guarda bem vista por estudiosos pois, é “[...] uma forma de manter preservada a essência do poder familiar, mesmo com a separação do casal”. (MALUF, 2011, p. 614). No entanto, algumas

críticas também são estabelecidas que, juntamente com os benefícios, serão discutidas a seguir.

3 GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA: ALTERAÇÕES DA LEI 13.058/2014

A guarda compartilhada passou a ser preferível e a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro com a lei n. 11.698/2008, que dispunha que a guarda compartilhada trata-se da “[...] responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não viviam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns [...]”. A previsão da legislação era a tentativa de implantação de um regime que oportunizasse ao núcleo familiar um exercício igualitário do poder familiar.

O advento da lei 13.058/14 impôs mudanças mais significativas ao Código Civil, pois tornou regra a aplicação da guarda compartilhada. Definiu que caso não exista consenso entre os pais em relação à guarda dos filhos, deve o magistrado decidir pela guarda compartilhada. É possível verificar essa “obrigatoriedade” através da omissão da expressão “será aplicada sempre que possível” que existia anteriormente no §2º do artigo 1.584 do Código Civil.

Atualmente, de acordo com o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, a guarda compartilhada só não deve ser aplicada em duas hipóteses: a) quando um dos genitores afirmar expressamente que não deseja a guarda da criança; b) quando ele for realmente incapaz de exercer esse direito. Importa saber a divergência existente no Superior Tribunal de Justiça se a interpretação desse dispositivo pode ser relativizada, ou seja, se seria possível afastar a guarda compartilhada diante das peculiaridades do caso concreto, além das duas hipóteses mencionadas.⁵³

O artigo 1.583, §2º do Código Civil prescrevia em seus incisos – agora revogados – que a guarda deveria ser aplicada ao genitor que tivesse maior capacidade de garantir aos filhos “[...] I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação [...]”. A nova lei retirou essa noção de que a guarda deve ser concedida àquele que tenha melhores condições de executá-la, pois o escopo é priorizar a convivência familiar de ambos os pais na formação dos menores, independentemente das condições de cada um deles.

Diante desse panorama, o §1º do artigo 1.584 do Código Civil passou a prescrever

53 Em sentido contrário: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1626495/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15 nov. 2016. Em sentido favorável: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1605477/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21 jun. 2016.

que cabe ao magistrado incentivar a implementação deste modelo. Em audiência de conciliação o juiz deve informar como ocorre a guarda compartilhada, sua importância no desenvolvimento dos menores, as vantagens da igualdade de direitos e deveres e quais são as punições caso as regras sejam desrespeitadas.

O modelo de compartilhamento de guarda é o que melhor abriga o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois garante a colaboração de ambos os genitores na formação dos menores e diminui sensivelmente os possíveis distúrbios que a criança e o adolescente possam desenvolver em decorrência do término da relação conjugal. (BORGES, 2007, p. 99) A professora Maria Berenice Dias ressalta que a guarda compartilhada garante a corresponsabilidade parental e a “[...] a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço”. (DIAS, 2016, p. 516).

Dentre as diversas vantagens que podem ser apontadas, está redução dos casos de alienação parental. A alienação parental comumente ocorre na guarda unilateral e consiste, em seu exercício mais corriqueiro, na prática de um dos genitores de denegrir a imagem do outro. A guarda compartilhada é vista como uma medida de proteção da criança contra esse distúrbio, pois garante que os pais convivam de maneira equilibrada com os filhos e oportuniza ao menor a criação de sua própria opinião a respeito da imagem destes. (VARGAS; CASAGRANDE, 2015, p. 9-10)

É importante ressaltar que a guarda compartilhada não é direito exclusivo dos genitores, pois a criança e o adolescente podem estar sob a guarda de pessoas que não são seus pais biológicos, como os avós e tios. Em decorrência disto, é possível que exista o compartilhamento da guarda entre os genitores e essas pessoas. (DIAS, 2016, p. 519)

As decisões a respeito da guarda possuem caráter *rebus sic standibus* e, por isso, podem ser revistas a qualquer tempo, desde que exista alteração fática, após a fixação do regime da guarda. Caso seja aplicada a guarda compartilhada e se constate posteriormente que esse regime não é o que melhor condiz com o melhor interesse da criança e do adolescente, pode qualquer das partes ingressar em juízo e requerer a alteração.

Algumas questões práticas são apontadas por doutrinadores a respeito do compartilhamento da guarda. Dentre as principais críticas dispensadas ao modelo está na instabilidade que ele pode trazer a vida do menor. O professor Grisard Filho afasta esta crítica ao relatar que muitos fazem esta alegação ao confundirem o compartilhamento com a guarda alternada. Na guarda alternada os genitores tomam decisões de maneira exclusiva durante o período estabelecido para cada um. Já na guarda compartilhada a criança e o adolescente têm

rotina estabilizada, residência fixa e as decisões relacionadas ao menor são tomadas em conjunto, portanto, não há que se falar em instabilidade uma vez que não há alterações na rotina do menor. (2014, p. 211-219)

No acórdão a seguir, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nega provimento a guarda alternada sob o argumento de que a criança necessita de estabilidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. INSURGÊNCIA EM FACE DA DECISÃO LIMINAR QUE CONCEDEU A GUARDA DO FILHO DE FORMA UNILATERAL AO GENITOR. ELEMENTOS QUE DEMONSTRAM A APTIDÃO DE AMBOS GENITORES DESEMPENHAREM A GUARDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ARTIGO 4º DA LEI 8.069/90. REESTABELECIMENTO DA **GUARDA ALTERNADA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DA ROTINA DA CRIANÇA.** DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (grifo nosso) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, 2017)

Neste mesmo sentido, cumpre ressaltar a decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1626495/SP, em que decide que “A simples animosidade entre os genitores e suas diferenças de ponto de vista sobre a criação dos filhos não são impedimento para a fixação da guarda compartilhada.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Ademais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao Agravo de Instrumento que buscava a reforma da decisão que estabelecia a guarda alternada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO.** Se restritivas são as hipóteses em que a guarda compartilhada propriamente dita é viável e adequada, muito mais limitado é o cabimento da guarda alternada, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. **Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso.** Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a temeridade da implantação desse sistema. Deram provimento. Unânime. (grifo nosso) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016)

Além de outras críticas, o ponto mais controvertido relacionado à guarda compartilhada está na disposição do artigo 1.584, §2º do Código Civil, que determina que a guarda compartilhada deve ser aplicada independentemente do consenso entre os pais, salvo quando um deles declarar que não deseja a guarda. Muitos autores criticam esse dispositivo argumentando que a guarda compartilhada não pode ser implementada sem a harmonia e o diálogo entre os genitores, eis que todas as decisões serão tomadas em conjunto.

Os professores Gagliano e Pamplona Filho ressaltam que, “[...] quando não se afigura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente poderá o juiz ‘impor’ o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos”. Em sua opinião, são raros os casos que o juiz

poderá impor o modelo de compartilhamento da guarda, pois, muitas vezes, o relacionamento está tão corroído que adotar a guarda compartilhada pode afetar ainda mais a vida dos menores. (2011, p. 600)

A imposição da guarda compartilhada pela legislação não leva em consideração que alguns pais ainda não possuem maturidade suficiente para assumirem a corresponsabilidade da criação dos seus filhos após um término de relacionamento doloroso e que isto pode contribuir para a perpetuação do conflito. Cada família possui as suas peculiaridades e é necessário respeitar o tempo de cada uma delas. Para o êxito da guarda compartilhada se faz necessário um ambiente propício em que exista um mínimo de harmonia, não cabendo ao Estado forçar que os pais superem suas diferenças de maneira repentina.

Por isso, o magistrado deve averiguar em cada caso concreto se ambos os pais possuem aptidão para exercer a guarda e qual modalidade será a mais benéfica ao menor, a rigor do que prescreve o §2º do artigo 1.584 do Código Civil. No ano de 2016 o Superior Tribunal de Justiça negou o direito à guarda compartilhada sob o argumento que a falta de harmonia entre os genitores inviabilizaria o sucesso do modelo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. **Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento** (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (grifo nosso) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. **Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a guarda compartilhada é descabida.** Negado seguimento ao recurso. (grifo nosso) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2015).

As vantagens e as críticas à guarda compartilhada não podem ser tidas como absolutas. É preciso consciência dos genitores para deixar de lado seus conflitos e priorizarem

o bem-estar dos menores, a fim de oportunizar um desenvolvimento saudável dos mesmos. Quando os pais têm essa consciência e dão prioridade a divisão de direitos e deverem em relação ao menor em prol do melhor interesse dos mesmos, certamente as vantagens do modelo compartilhado se sobressaem às desvantagens.

No entanto, quando a relação está tão desgastada que o diálogo se torna inviável, a aplicação compulsória pode gerar ainda mais danos a essa relação e aos filhos que deveriam ter absoluta prioridade e proteção. A imposição pelo Estado de um modelo considerado ideal não é a forma que melhor abrange o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Cada família possui características particulares, por isso, deve ser analisado no caso concreto qual o modelo que melhor se adequa as condições de cada família.

Ao tratar de questões relacionadas à família, principalmente quando se trata de guarda dos filhos, o ideal é o equilíbrio. Os menores necessitam que sejam deixados de lado os ressentimentos do fim do relacionamento amoroso e se estabeleça uma comunhão que vise o melhor interesse da criança e do adolescente através da corresponsabilidade parental, pois só assim os filhos poderão ter uma formação sólida e livre de traumas.

Ademais, não obstante a divergência existente no Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de existência de outros casos, além das previsões legais, acerca da não aplicação da guarda compartilhada, estes autores entendem que diante do caso concreto podem realmente surgir dificuldades, além das legais, a implementação da guarda compartilhada, a exemplo da dificuldade geográfica, em razão dos pais morarem em Estados distantes. Acima de tudo, deve-se priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente ao se fixar a guarda.

4 A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE DO FILME “PELOS OLHOS DE MAISIE”

O filme “Pelos olhos de Maisie” é uma adaptação do livro “What Maisie Kenew” do escritor Henry James e retrata a vida de Maisie, uma garotinha de aproximadamente sete anos de idade que vive em um momento conturbado devido ao término do relacionamento dos seus pais. A mãe chama-se Susanna e é uma famosa cantora de rock e seu pai, Beale, é um curador de galerias de arte. Ambos possuem uma rotina profissional agitada, egos inflamados e pensam apenas na própria carreira e bem-estar.

Susanna e Beale resolvem se separar e ingressam no Poder Judiciário para a fixação da guarda. O processo acaba se tornando uma disputa para saber quem está com a razão, já que em nenhum momento da disputa judicial eles se mostram preocupados com a menina.

Não há nenhuma espécie de diálogo entre os genitores de Maisie e quando os mesmos se encontram iniciam ainda mais brigas. Com o início do processo, Beale se casa com Margo, a babá de Maisie, na tentativa de convencer o magistrado de que possui melhores condições de criar a menina e que a mesma estará bem cuidada quando ele estiver em suas constantes viagens profissionais. Com o casamento, o juiz fixa a guarda unilateral em favor de Beale.

Inconformada com a guarda estabelecida, a mãe de Maisie também se casa novamente, na mesma tentativa de demonstrar que possui núcleo familiar sólido e que suas viagens a trabalho não atrapalharão os cuidados da menina. Assim, o magistrado revê sua decisão e estabelece que a pequena Maisie deve permanecer alternadamente dez dias com cada genitor.

O filme tenta transmitir o olhar da menina quanto à situação que está vivendo. Ela possui estabilidade em termos materiais, no entanto, vive uma vida insegura causada por seus pais irresponsáveis. Maisie passa por situações difíceis, como ser esquecida diversas vezes na escola e ser abandonada na porta de um restaurante e na portaria do prédio. Apesar da disputa pela sua guarda, a garotinha está cotidianamente desamparada.

O filme menciona que foi estabelecida a guarda compartilhada, no entanto, o modelo apresentado se amolda mais com a guarda alternada, pois a menina fica dez dias com cada genitor, sendo que durante esse período cada um exerce a guarda de maneira exclusiva, não existindo nenhuma espécie de diálogo entre eles. A guarda alternada não foi benéfica a Maisie, pois gerou instabilidade emocional e psíquica a menina devido as constantes mudanças de ambiente por ela experimentada.

Na legislação brasileira, consoante as alterações sofridas pelo Código Civil de 2002, sem analisar o caso concreto, o magistrado deveria estabelecer a guarda compartilhada. Nenhum dos pais abriu mão da guarda e ambos possuem suposta capacidade para criá-la, portanto, possuem capacidade para assumir a guarda conjunta. Se assim fosse, Maisie teria residência fixa e todas as decisões a seu respeito seriam tomadas de maneira conjunta por Suzana e Beale.

No entanto, ao analisar o contexto do filme, é questionável se o modelo seria bem-sucedido. Não existia o mínimo de harmonia e diálogo entre Suzana e Beale, ao contrário, quando se encontravam tinham brigas horríveis. Em decorrência desse relacionamento corroído e cercado de mágoas, caso aplicado a guarda compartilhada, as decisões não seriam tomadas pensando no melhor interesse da criança. A garotinha continuaria imersa em um ambiente desequilibrado e cheio de mágoas.

É claro que a guarda compartilhada deve ser tida como primeira opção e sempre que possível incentivada, pois é o modelo que melhor preserva a convivência familiar e os laços afetivos entre pais e filhos. No entanto, neste caso específico, caso decisão tomada pelo magistrado fosse estabelecimento da guarda unilateral, em nada estaria prejudicada o direito de visitas do outro genitor. Assim, busca-se através do filme demonstrar que as peculiaridades do caso concreto podem colocar à prova a compulsoriedade da guarda compartilhada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que, em consonância com os novos rumos tomados pela família brasileira, a guarda compartilhada deve ser incentivada e valorizada, pois é a espécie de guarda que melhor abriga o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a convivência familiar.

Dentre as diversas vantagens de aplicação do modelo de guarda compartilhada está a limitação dos efeitos nocivos da guarda unilateral, pois estreita os laços entre pais e filhos que não vivem mais juntos e diminui sensivelmente os casos de alienação parental.

O intuito do modelo compartilhado é que os genitores decidam de maneira conjunta todas as questões relacionadas aos menores e impedir que, devido ao término do relacionamento conjugal, pais e filhos se distanciem.

Caso exista diálogo e um bom relacionamento entre os genitores, a guarda compartilhada é modelo que só irá trazer benefícios à vida da criança, pois garantirá a manutenção do vínculo parental e a convivência com ambos os pais. Contudo, os sentimentos de natureza negativa comuns aos términos de relacionamento atrapalham as decisões a respeito do melhor interesse da criança e do adolescente, pois diante dos diversos conflitos, os pais acabam não entrando em um acordo e não priorizam os menores. Se a relação conjugal terminar cercada de mágoas e desentendimentos e os genitores não tiverem maturidade suficiente para deixar seus conflitos de lado para pensarem apenas no bem-estar dos menores, a imposição da guarda compartilhada também irá expor a criança a um ambiente hostil, que poderá lhe causar ainda mais distúrbios de ordem emocional.

Por isso, é necessário visualizar que, apesar de a lei nº 13.058/2014 tornar compulsória a aplicação da guarda compartilhada, o magistrado ao decidir pela aplicação do modelo, deve analisar se a instabilidade emocional dos genitores e suas constantes brigas não irão trazer consequências danosas aos menores e se, uma vez aplicado o modelo, ele será o que melhor abrigará o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Código Civil. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. *Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.417.868*. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. _____. 3ª Turma. *Recurso Especial 1626495/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15 nov. 2016. Disponível em < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Acórdão nº 1558263-5*. Relator: Luciane R. C. Ludovico. Curitiba, 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <https://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70066152943*. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 20 abril 2017.

_____. _____. *Agravo de Instrumento nº 70067405993*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 20 abril 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional*.v. VI.São Paulo: Saraiva, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Suzana Borges Viegas de Lima. *Guarda Compartilhada: Efetivação dos princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente*. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. 2007.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos das Crianças*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm> Acesso em 20 abril 2017.

PELOS olhos de Maisie. Direção: Scott McGehee, David Siegel. Produção: Charles Weinstock, Daniel Crown, Daniela Taplin Lundberg, William Teitler . Estados Unidos: 10th Hole Productions / Dreambridge Films / KODA Entertainment / Red Crown Productions / Weinstock Productions, 2013. 1 DVD (99 min.) son., color.

SCHNEEBELI, Fernanda Cabral Ferreira; MENANDRO, Maria Cristina Smith. Com quem as crianças ficarão?: Representações sociais da guarda dos filhos após a separação conjugal. *Psicologia e Sociedade*. Belo Horizonte, v. 26, n. 1. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822014000100019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 abril 2017.

SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. *Síndrome de alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada: a necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar*. In Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 67-82, jan./jun. 2011. Disponível em: < <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1400>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

VARGAS, Adriane Wottrich; CASAGRANDE, Aline. *A guarda compartilhada como meio eficaz no combate à alienação parental*. In XII Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. 2015. Disponível em: < <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13201>>. Acesso em 20 fev. 2017.

O ADVOGADO (E DEMAIS PROFISSIONAIS JURÍDICOS) DO DIABO E A COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Bruno BALDINOTI⁵⁴
Hugo Rafael Pires dos SANTOS⁵⁵

RESUMO

Ao processo deve ser conferido um conteúdo substancial no que toca à sua concepção instrumental, para que não se torne mera abstração teórica, sem qualquer eficácia nas relações jurídicas. Com o advento do atual Código de Processo Civil, pode-se dizer que, a partir da mudança no comportamento dos sujeitos na relação processual, há uma significativa atribuição de poderes às partes, dentro daquilo que se denominou de modelo processual participativo e dialético entre todos os sujeitos processuais, a partir de uma pretendida cooperação processual, consoante previsão do artigo 6º do Novo Código de Processo Civil. Assim, a partir do filme “O advogado do diabo”, este trabalho tem como objetivo apontar que a mudança no comportamento dos sujeitos na relação processual, decorrente do chamado modelo de processo civil cooperativo, constitui mais um instrumento para a tutela jurisdicional de direitos, a configurar um meio para a implementação da terceira onda renovatória na relação jurídico-processual. Nesta vertente, assume-se como opção metodológica a adoção do raciocínio hipotético-dedutivo, bem como a adoção do procedimento de análise de conteúdo em pesquisa bibliográfica. Desta forma, é esperado chamar a atenção dos protagonistas do Direito para a importância do debate sobre a análise do modelo de processo civil cooperativo, justamente por meio da necessária mudança de comportamento dos sujeitos processuais, muito além da simples alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Atribuição de Poderes às Partes; Cooperação Processual; Modelo Cooperativo de Processo; Processo Civil; Relações Jurídicas.

RESUMEN

El proceso se debe dar un contenido sustancial en relación a su concepción instrumental, de manera que no se convierta en mera abstracción teórica, sin ninguna eficacia en las relaciones jurídicas. Con el advenimiento del actual Código de Procedimiento Civil, se puede decir que, desde el cambio en el comportamiento de los sujetos en las relaciones de procedimiento, hay una potenciación significativa de las partes dentro de lo que se llama modelo de proceso participativo y dialéctica entre todos los sujetos procesales, de una cooperación procesal deseada, según lo previsto en el artículo 6 del Nuevo Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, de la película "El abogado del diablo", este trabajo tiene como objetivo analizar el cambio en el comportamiento de los sujetos en las relaciones procesales resultantes del llamado modelo de proceso civil, cooperativa, es otro instrumento para la protección judicial de los derechos, para establecer un medio para la aplicación de la tercera ola de renovación de

54 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisa “Constitucionalização do Direito Processual (CODIP)”, vinculado ao CNPq-UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisa “O Estado Democrático de Direito como Projeto Ético: Diálogos Interdisciplinares (GEDDPE)”, vinculado ao CNPq-UNIVEM. Monitor na Matéria de Direito Empresarial, no UNIVEM. Advogado. E-mail: bruno.baldinoti@hotmail.com.

55 Aluno bolsista da CAPES no Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2016-2017); Membro do Grupo de Pesquisas (CAPES) “Constitucionalização do Direito Processual” – UNIVEM; Especialista em Direito Civil/Processual Civil pelo PROJURIS/FIO (2015); Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO (2015); Graduado em Letras/Literatura pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (2009); Advogado.

arrendamiento de la relación jurídico-procesal. A este respecto, se asume como una opción metodológica para adoptar el razonamiento hipotético-deductivo, así como la adopción de procedimiento de análisis de contenido en la literatura. Por lo tanto, se espera para llamar la atención de la Ley de los protagonistas de la importancia del debate sobre el análisis de modelo de proceso civil, cooperativa, precisamente a través de los cambios necesarios en el comportamiento de los sujetos procesales, mucho más allá de simples cambios legislativos.

PALABRAS-CLAVE: Atribución de Competencias a las Partes; Asuntos Legales; Cooperativa Modelo de Proceso; Procedimiento de Cooperación; Proceso Civil.

INTRODUÇÃO

A história da sociedade sempre esteve envolta a constantes transformações, algumas positivas, outras nem tanto, e assim segue o rumo da vida. O importante, aqui nesse trabalho, é que todas as modificações sociais e humanas são projetadas nas relações jurídicas, de tal sorte que, quando submetidas ao Poder Judiciário, necessitam de um sistema jurídico processual estruturado para corresponder adequadamente às exigências que essas relações jurídicas demandam, a fim de que não somente haja um acesso ao Judiciário, mas, sobretudo, um efetivo acesso à justiça.

Ao processo civil, enquanto instrumento para atingir determinados escopos, deve ser conferido um conteúdo substancial à sua instrumentalização, de maneira que esse ideal não tenha uma concepção meramente abstrata, mas que surta efeitos práticos para os jurisdicionados.

Com o advento do atual do Código de Processo Civil, entabulou-se no artigo 6º do Novo Código que o processo deve ser cooperativo, como forma de se alcançar um modelo de processo participativo e dialético entre os sujeitos processuais, para a construção de uma norma que atenda ao contraditório substancial na relação jurídico-processual.

Assim, este trabalho tem como objetivo apontar que a mudança no comportamento dos sujeitos na relação processual, decorrente do chamado modelo de processo civil cooperativo, constitui mais um instrumento para a tutela jurisdicional de direitos, a configurar um meio para a implementação da terceira onda renovatória na relação jurídica processual, sendo que, para tanto, assume-se como opção metodológica a adoção do raciocínio hipotético-deductivo, bem como a adoção do procedimento de análise de conteúdo em pesquisa bibliográfica.

Para tanto, logo de início apresenta-se o resumo do filme “O advogado do diabo”, para logo em seguida alçar-se em um breve retorno às reminiscências históricas acerca dos modelos processuais em cada contexto, quais sejam: o modelo processual adversarial, o

inquisitorial e, mais recentemente, o cooperativo, como forma de denotar o grau de participação dos sujeitos na relação jurídico-processual.

Nessa oportunidade, analisa-se o estudo desenvolvido entre os anos de 1973 a 1978, envolvendo pesquisadores de várias ciências sociais sob a organização de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, originando o Projeto Florença de Acesso à Justiça, em que foram analisados e enfrentados obstáculos ao acesso à justiça, na qual se buscam instrumentos para aprimorar a tutela de direitos, com a ampliação de formas pelas quais haja o acesso à Justiça, de modo que seja realizado um diálogo especificamente com as construções teóricas sobre o processo civil cooperativo.

Com tal arcabouço teórico, e já tendo sido apresentado o resumo sobre o filme em análise, faz-se necessária uma miscelânea entre o filme e a teoria processual ora abordada, ou seja, a partir dos delieamentos em torno dos modelos processuais — notadamente em relação ao modelo cooperativo —, bem assim com os apontamentos sobre o acesso à justiça, para não incorrer no erro de esquecer-se da ficção que serve de pano de fundo à presente produção científica, analisa-se como o filme “O advogado do diabo” se presta a embasar a realidade, a embasar a necessária mudança de comportamento dos protagonistas do Direito, para que se alcance, de fato, um processo cooperativo, democrático e policêntrico.

No mais, essa análise teórica não tem a pretensão esgotar o tema em si mesma, pretende-se, pelo contrário, não só trazer informações e contribuir para a discussão sobre a ampliação de instrumentos com os quais se proporcione um melhoramento da tutela jurisdicional, mas também fornecer subsídios teóricos para as atividades jurisdicional e doutrinária, especialmente àquelas ocupadas com a análise do denominado processo civil cooperativo.

1. UM RESUMO SOBRE O FILME “O ADVOGADO DO DIABO”.

Kevin Lomax (personagem interpretado por Keanu Reeves) é um habilidoso advogado do interior, famoso por nunca perder uma causa e sagaz pela astúcia na prática da advocacia.

A fama de Kevin corre o país, e não demora muito um grande escritório de Nova Iorque o convida para a escolha de um júri, e depois de vencido o julgamento, passa a integrar a banca de advogados daquele famoso e respeitado escritório, cujo advogado sênior é John Milton (interpretado por Al Pacino), um profissional de vasta experiência e louvável sucesso.

De mudança para a grande cidade, Kevin segue acompanhado de sua bela esposa Marie Ann, mesmo a contragosto da mãe de Kevin, um assenhora carola e de vida pacata. No

grande centro do Mundo, Kevin Lomax continua a chamar a atenção de todos por sua habilidade jurídica, pois vence todos os casos em que atua. Em meio a tanto *glamour* e abastanças, o advogado começa a sofrer problemas domésticos e pessoais com sua esposa, oportunidade em que John Milton se põe a aconselhá-lo sobre as escolhas da vida, colocando Kevin em dúvidas acerca de sua ética, moral e idoneidade, como se a vitória fosse o ponto mais importante de tudo, o único objetivo a ser fixado.

Durante todo o filme, o que se vê é que o personagem está sendo testado a todo o momento, a denotar que as escolhas e o livre arbítrio direcionam o rumo da vida, e então o jovem advogado já não se atenta mais a valores morais, restando-lhe como foco a única e exclusiva vontade de vencer o processo a qualquer custo.

Sem a intenção de dar *spoiler* (contar precipitadamente o filme), a tônica de toda a trama em comento gira em torno do livre arbítrio e da vaidade do indivíduo, do ego que consome e impede a realização de um processo judicial harmônico, cooperativo e justo. A verdade é que esse ego não nasce dentro do processo, mas vem de fora e polui a relação processual, dado que os profissionais do Direito são antes pessoas que convivem no meio social e familiar. O grande regozijo do advogado John Milton (o diabo na trama) é que a vaidade é definitivamente o pecado favorito dele.

2. OS MODELOS PROCESSUAIS AO LONGO DA HISTÓRIA

É da história que se extrai que o homem primitivo era absolutamente livre das regras estatais, especialmente porque nos primórdios da história humana não havia um Estado que se sobrepunha à autonomia privada. Contudo, como já fora dito por Cecília Meireles, mesmo as pedras mudam com o tempo, e com a história humana não poderia ter sido diferente, de modo que aos poucos foi se afigurando para o homem a necessidade de haver um ente entre as partes, mas acima delas, como forma de se atingir a imparcialidade na resolução dos conflitos que costumeiramente ocorriam (e ainda ocorrem...) nas relações sociais.

Resumidamente — de forma muito rápida e com o perdão do caro leitor —, assim nasceu o Estado-juiz, a jurisdição, o processo como meio (instrumento) pelo qual se busca a pacificação social.

E se assim nasceu o processo, ao longo da história várias modificações foram sendo feitas para melhor adequar tal instrumento diante das necessidades do homem, diante dos interesses políticos, econômicos e sociais que a história foi apresentando. Destaque-se, por ora, os modelos processuais mais debatidos na doutrina, quais sejam: adversarial, inquisitivo e cooperativo.

Em poucas palavras, o modelo processual adversarial implica em uma maior atribuição de poderes às partes, porquanto em tal modelo as partes assumem papel de destaque na disputa do direito em litígio, verdadeiro protagonismo dentro de uma ideia de processo liberal, relegando o juiz a segundo plano.

Em contrapartida, o modelo processual inquisitivo valoriza sobretudo a participação do juiz na relação processual, representa portanto uma concepção totalmente contrária àquela do modelo adversarial, vez que confere protagonismo apenas ao juiz, e não às partes. Nesse sentido, importa lembrar que o modelo inquisitivo está ligado mais ao ideal de um processo publicista, com cunho mais social, de tal sorte que a autonomia privada é mitigada para que se alcance, antes, interesses sociais por meio do processo, enquanto que a via do modelo adversarial está pouco preocupada com o interesse público.

Nada obstante, é de relevo mencionar que os ideais de processo adversarial e inquisitorial estão consubstanciados no princípio dispositivo e inquisitivo, respectivamente. Dessa forma, pode ocorrer que um mesmo Código de Processo Civil possua normas de natureza dispositiva ou de natureza inquisitiva, consoante lições de Fredie Didier Jr.:

A “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc. (2010, p. 75).

Dessa maneira, atualmente há uma verdadeira interação entre o modelo adversarial e o inquisitivo, dado que não se exige uma postura inflexível na execução de tais procedimentos (MOREIRA, 2004, p. 53).

Nesse cenário histórico, entre aquilo que pode ser chamado de modelo adversarial e de modelo inquisitorial, surge um terceiro modelo processual que visa harmonizar os dois modelos processuais anteriores, qual seja o modelo processual cooperativo, conforme se verá a seguir.

De acordo com Lorena Barreiros:

A ideia central desse modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e partes igualmente ativas, colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em tempo razoável. Sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes, busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo (2013, p. 179).

Trata-se, pois, de uma verdadeira descentralização dos poderes do juiz, ou seja, a cooperação processual visa tornar o processo policêntrico, democrático e multiportas, sem que se incorra em privatização da lide, tampouco em exacerbação de poderes ao juiz.

Ainda de acordo com Lorena Barreiros:

Nem às partes nem ao juiz se reserva o papel primordial do processo. Àquele remanesce, como não poderia deixar de ser, a condução formal do processo e o poder decisório. Certos poderes de condução material do processo igualmente lhe são reservados, como os de iniciativa probatória, por exemplo. Às partes, a seu turno, são legadas especialmente a iniciativa de instauração do feito e a delimitação do objeto litigioso do processo. O diferencial do modelo cooperativo, todavia, reside na previsão de deveres de cooperação, tanto das partes para com o juiz como deste para com as partes, além de deveres direcionados a outros participantes do processo, a exemplo do advogado, de testemunhas, de auxiliares da justiça etc. Todos devem colaborar para o atingimento da justa composição do litígio (2013, p. 179).

Destarte, a cooperação processual, de matiz constitucional, consolida-se a partir de uma pretendida comunidade de trabalho no âmbito do processo, vez que proporciona um espaço harmônico de divisões de tarefas no processo, sem que se atribua apenas ao juiz um pretenso protagonismo na relação, tampouco às partes papel especial de destaque, mas uma noção de que todos os sujeitos processuais podem e devem influenciar o rumo da decisão, de forma que todos são protagonistas no processo.

De conformidade com Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar *nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo*. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão* (2015, p. 496).

De fato, no mais das vezes a decisão judicial é assimétrica, dado que uma parte sairá vencedora em relação à outra, mas isso não significa que é impossível haver cooperação no processo, ou que é impossível que o juiz seja simétrico no curso da lide, pois não se pode perder de vistas que o conflito de interesses não pode excluir a boa-fé, a lealdade, a dignidade do outro, a solidariedade e o devido processo legal, exemplos de cooperação processual.

3. A COOPERAÇÃO PROCESSUAL SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

A clássica obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é uma das principais referências bibliográficas sobre o tema. Nela é destacado que o termo “acesso à Justiça” não pode ser apenas compreendido enquanto uma instituição estatal, isto é, a sua concepção não se limita apenas em sua ótica formal, o acesso ao Judiciário.

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa* (WATANABE, 1988, p. 228).

Assim sendo, a noção de acesso à justiça não deve ser estudada somente nos acanhados limites de uma efetiva tutela de direitos no âmbito de uma relação jurídica

processual, sob pena de tornar-se uma compreensão superficial. O acesso à justiça deve ser visto como “o conjunto de garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo” (CAMBI, 2009, p. 223).

Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo équo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados (DINAMARCO, 2001, p. 115).

Neste sentido, a ideia de acesso à justiça é mais abrangente que a efetiva tutela de direitos apenas na relação processual, uma vez que o acesso a uma ordem jurídica justa compreende a estruturação do sistema jurídico⁵⁶, a corresponder adequadamente às exigências que os conflitos de interesse demandam e, conseqüentemente, “não se pode pensar apenas no sistema de resolução de conflitos através da adjudicação da solução pela autoridade estatal” (WATANABE, 1988, p. 132).

Em um estudo desenvolvido entre os anos de 1973 a 1978, voltado à análise dos sistemas jurídicos de 23 países⁵⁷, envolvendo pesquisadores de várias ciências sociais sob a organização de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, originou-se o Projeto Florença de Acesso à Justiça, cujo objetivo era diagnosticar as causas que impunham obstáculos ao acesso à Justiça, para que em um segundo momento fossem verificadas soluções — denominadas de ondas renovatórias — a tais problemáticas.

No estudo realizado, na primeira onda renovatória, buscou-se solucionar o obstáculo relativo à assistência jurídica aos economicamente pobres, oportunidade em que se constatou que nos países em que houve a pesquisa para o Projeto Florença há um alto custo com os honorários dos advogados, bem assim com as custas processuais.

A segunda onda renovatória, denominada de representação dos interesses difusos, refere-se às reformas tendentes a “proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31), por conta de ter-se constatado que a relação processual destinava-se à solução de lides que diziam respeito a interesses individuais e, diante disso, relações jurídicas processuais nas quais os interesses difusos não tinham a mesma efetividade em sua tutela, em relação àquelas lides.

56 Por sistema jurídico, entenda-se “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08).

57 Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, China, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos, México, Colômbia, Chile e Uruguai.

Por conseguinte, a terceira e última onda renovatória tratada, denominada de “enfoque de acesso à justiça” inclui os posicionamentos anteriores, uma vez que representa uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

Desse modo, a terceira onda renovatória busca uma série de possibilidades para aprimorar o acesso à Justiça, e a par disso, dentre as hipóteses verificadas que buscavam transcender as barreiras ao acesso à Justiça substancial, buscou-se uma mudança no método de conduta dos sujeitos principais da relação processual, isto, é juízes e partes.

A característica mais interessante desse procedimento é que os juízes, após ouvirem as partes e as testemunhas, retiram-se para deliberar e retorna com um projeto de sentença que é discutido entre eles e as partes, as quais ainda podem optar por uma composição amigável. Esse procedimento muito aberto, resulta em apenas um terço das apelações que seriam normais nos tribunais que seguem o procedimento comum. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 78).

Assim, essa reforma foi destacada no chamado *Modelo de Stuttgart*, do processo civil germânico, no qual é apresentada uma relação processual cooperativa, de modo que entre os sujeitos principais dessa relação jurídica tinha-se uma atuação mais ativa e dialogada para o fim de se construir um processo jurisdicional que efetivamente eliminasse o conflito de interesse existente entre as partes.

Portanto, nesse modelo, o processo judicial não era apenas um instrumento de heteronomia por parte do Estado-Juiz, mas era um instrumento estatal capaz de possibilitar um envolvimento participativo e dialético entre os sujeitos da relação processual, sobretudo, entre as partes.

Nesse contexto, diante da atual fase metodológica do direito processual, isto é, a fase instrumentalista do processo, o processo apresenta uma postura que visa cumprir propósitos no exercício da jurisdição, para conferir um conteúdo substancial à concepção instrumental do processo.

Sendo o processo um meio, como tal, no exercício da jurisdição, além de propiciar a concretização do escopo jurídico — concretização do direito substancial —, ele também compatibiliza os escopos sociais e políticos da jurisdição, isto é, ele, respectivamente, reafirma a sua condição de soberano para a organização da vida em sociedade e propulsiona a pacificação social (DINAMARCO, 2009, p. 177).

Diante disso, o modelo cooperativo, também previsto no texto normativo do artigo 6º

do Código de Processo Civil⁵⁸, busca estruturar o processo civil a partir de uma perspectiva na qual a relação processual deixa de ser um instrumento por meio do qual o juiz está em uma posição processual distinta das partes, atribuindo-se a estas ônus e deveres, de maneira que na relação processual há um duelo dialético entre as partes, e o agente jurisdicional é um mero regulador dessa dialética.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento *do princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais (DIDIER JR., 2013, p. 93, Grifo do Autor).

A partir da concepção do processo cooperativo, busca-se superar os modelos inquisitorial e adversarial do processo, pois é estabelecida para a relação processual a noção de um processo como relação jurídica em que se estabelece entre os sujeitos processuais, sobretudo os sujeitos principais, direitos e deveres de conduta recíprocos entre eles, a fim de propiciar uma condução paritária do processo, transcendendo o modelo assimétrico da relação processual⁵⁹ para a busca de uma justa composição do conflito de interesses.

Disso surge a valorização do contraditório substancial no processo cooperativo, haja vista que todos os sujeitos têm a oportunidade de participar da relação processual com o escopo de concorrer para a solução do litígio, de forma que, sob a perspectiva instrumento do processo, a solução da lide, ainda que vinda da heteronímia do Estado-juiz, é o fim que deve ser buscado por todos os sujeitos processuais.

Em outros termos, os sujeitos de uma relação jurídica processual devem evitar condutas que tragam a ineficácia prática aos escopos que o processo, enquanto um instrumento, visa atingir, isto é, a relação processual não deve ser utilizada como um meio para que sejam praticados atos de litigância.

O processo cooperativo torna a relação processual um instrumento de gestão democrática, uma vez que, a partir da perspectiva de que os sujeitos processuais têm o dever cooperar para a busca da justa composição do litígio, o juiz ouvindo e dialogando com partes assegura-lhes o poder de influenciar na solução da controvérsia quando prolatado o provimento jurisdicional de mérito.

58 “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

59 “No modelo assimétrico, todavia, o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua função” (MITIDIERO, 2007, p. 198-199).

Assim, do princípio da cooperação decorre ainda a necessidade de apreender mais profundamente o significado do princípio do contraditório, que, num regime verdadeiramente democrático, impõe, ao menos na fase de instrução probatória, o permanente diálogo processual do julgador com as partes, que passam a deter efetivo poder de influenciar na decisão final, sob a perspectiva de um contraditório substancial e não meramente formal (MEDEIROS NETO; MACHADO, 2016, p. 182).

Desse modo, ao promover um diálogo processual paritário entre os sujeitos processuais de uma relação jurídica, a consequência disso é a formação de um processo civil democrático (DIDIER JR., 2013, p. 93), e consequentemente a cooperação processual passa a conferir um conteúdo tangível ao ideal de contraditório substancial.

Ao integrar a concepção de uma relação jurídico-processual, o modelo cooperativo do processo civil “torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo” (DIDIER JR., 2013, p. 95), isto é, a cooperação entre os sujeitos processuais — sobretudo entre os sujeitos principais dessa relação — promove os deveres de esclarecimento, lealdade e proteção.

Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*. Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: (a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, do CPC); (b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, do CPC); (c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879 a 881 do CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, do CPC) (DIDIER JR. 2013, p. 95 – Grifo do Autor).

Sendo assim, em uma concepção dinamarquiana do processo (DINAMARCO, 2009), os deveres de cooperação possibilita que ao processo jurisdicional seja concretizado o seu escopo social, isso porque a vida em sociedade pode gerar conflitos de interesses entre os indivíduos, propiciando um estado anímico de insatisfação⁶⁰⁻⁶¹ e, diante disso, o escopo social da função jurisdicional faz parte do dever do Estado em eliminar esse estado anímico, de maneira que seja proporcionada a paz social entre os indivíduos, sendo que, com a futura extinção processo, poderá também ocorrer o encerramento da lide existente entre as partes.

Portanto, o processo civil cooperativo possibilita um enfoque para a busca de novos ideais ao acesso à Justiça na relação processual, uma vez que, semelhantemente ao *Modelo de Stuttgart*, do processo civil germânico, ele se apresenta como novo paradigma ao retirar do Estado-juiz o seu protagonismo na relação processual, para que o provimento jurisdicional de

60 Por ‘insatisfação, conforme lições de Dante Barrios de Ángelis (*apud* DINAMARCO, 2009, p. 189), entenda-se “um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou ameaça de uma carência”.

61 Em virtude do estado anímico de insatisfação, elas “justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade”. (DINAMARCO, 2009, p. 189)

mérito seja construído a partir de uma participação mais ativa dos sujeitos processuais principais, e desse modo, buscando uma cooperação e boa-fé entre os sujeitos processuais para a resolução da lide.

4. A NECESSÁRIA MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DOS PROTAGONISTAS DO DIREITO COMO FORMA DE EVITAR OS “PROFISSIONAIS DO DIABO”

Ao ler o título acima, talvez o leitor mais cético já coloque de lado o presente artigo por achar que, de alguma forma, o capítulo fará referência a mandingas ou feitiçarias, às quais, de fato, não está afeita a produção em tela. Sem prejuízo, também o leitor mais crente nas lições divinas poderia incorrer no erro de ler o presente capítulo achando que leria algo que combatesse o “inimigo” na seara jurídica, o que também não condiz com a ideia dos autores.

Ledos enganos...

Nem para Deus, nem para o Diabo, essa que é a tônica no capítulo em testilha, pois no processo não há milagres, tal qual não há maldições que prejudiquem o curso da demanda. O que há, a bem da verdade, é a atuação de diversos sujeitos que tentam, via de regra, chamar para si a atenção e os créditos advindos da relação processual.

Mas, ainda assim, se fosse para falar em milagres ou maldições, poder-se-ia dizer que há milagre processual quando o advogado, o promotor ou o juiz finalmente entendem que o processo não se destina a eles (a menos que também sejam partes), mas aos jurisdicionados, verdadeiros consumidores da jurisdição. A maldição, por seu turno e a contrário senso, se dá toda vez que o juiz acredita piamente ser Deus, que advogado e promotor se veem como os diabos do processo, vez que aquele defende pessoas de toda e qualquer espécie, ao passo que a esse incumbe a árdua tarefa da acusação.

Sem mais delongas alegóricas, é preciso pensar o processo como um instrumento de pacificação social que faz parte do Estado Democrático de Direito. Não se pode conceber o processo como uma ilha dentro do Estado, em que as partes não participam democraticamente da formação e consolidação da decisão, como também não se pode admitir que as partes se sirvam de meios não cooperativos para alcançar a tutela do bem da vida. Absolutamente, não.

De tudo o que fora falado alhures acerca dos modelos processuais e da cooperação como meio de facilitar o pleno acesso à justiça, nada terá efetividade se não houver uma mudança de comportamento dos atores do Direito (advogados, promotores, juízes, serventuários da justiça, professores de Direito etc.).

Aqui não seria absurdo dizer que, mais do que os sujeitos jurídicos, é preciso que a

sociedade como um todo mude o comportamento, passe a agir com boa-fé em suas relações cotidianas, ou seja, evitar o narcisismo, o egoísmo cego ou o ego elevado, porque a boa-fé está ligada à generosidade, à humildade, à coragem de reconhecer-se limitado e à justiça (COMTE-SPONVILLE, 2004, p. 215-216).

De fato, faz-se necessário criar o hábito de respeitar o outro e entender que o convívio social se torna mais sadio à medida que se aprende a cooperar, pois o desenvolvimento do processo é mero reflexo das mazelas humanas.

Contudo, delimitando-se apenas sobre o filme ora analisado e os sujeitos processuais da vida real (dada a brevidade do presente artigo), pode-se dizer que o processo lastreado na cooperação será tanto mais eficaz quanto melhor for a atuação das partes no processo, assim também em relação à doutrina, aos juízes e tribunais e, sobretudo, aos advogados (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015).

E como são “bonitos” os dez primeiros artigos do Novo CPC, porque fincam raízes em princípios constitucionais e trazem esperança de uma nova era para a sociedade brasileira, também porque albergam aquilo que há de mais refinado no processo civil moderno, a cooperação processual.

Então, pergunta-se: a doutrina terá a coragem e o conhecimento para advertir os atores do Direito acerca de pontos imprescindíveis para a melhoria prática da ciência processual? As partes terão a consciência necessária para agirem de boa-fé na busca por seus direitos? Os juízes e os tribunais terão a humildade de reconhecerem que as decisões não mais poderão ser emanadas isoladamente? Os advogados estarão prontos para auxiliar os seus clientes e instruí-los da forma mais justa?

Certamente, tais questionamentos não podem ser respondidos de pronto a partir de uma pré-visão daquilo que ainda não fora revelado pela prática cotidiana, mas é de se notar que a mudança nasce é na doutrina, a qual é capaz de oferecer supedâneo crítico e coerente aos profissionais do Direito, com a capacidade de criar um paradigma consubstanciado sobre a necessidade de se ter um processo que seja democrático, constitucional, justo e eficaz.

Note, neste diapasão, que o Novo Código de Processo Civil traz elementos capazes de possibilitar o acesso ao devido processo justo e cooperativo, mas essa garantia, uma vez prevista com parâmetros legais e constitucionais, a partir de reformas infraestruturais e gerenciais, só poderá ser realmente concretizada se todos os sujeitos do processo cooperarem entre si.

Neste sentido:

Para que o processo de fato mereça o qualitativo de democrático/*justo*, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta

leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção*, e de *auxílio* para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de indução à comparticipação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos) (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 82-83).

Cumprido observar, portanto, que o ponto fulcral de toda a mudança que se espera na vigência do Novo Código de Processo Civil relaciona-se ao princípio da cooperação, porquanto será através dele que todos os litigantes conseguirão exercer efetivo poder de influência sobre as decisões judiciais, sem perder a qualidade do diálogo e a eficácia do processo, eliminando de uma vez por todas as decisões de surpresa.

No tocante à atuação dos magistrados, Cláudio Baldino Maciel aponta que:

É a sensibilidade do magistrado que torna as partes do processo, mais do que números, seres da realidade com toda sua dramática e pulsante existência, com suas sempre notáveis e exclusivas circunstâncias (2000, p. 3).

Ora, possibilitar que as partes tenham poder de influência sobre as decisões judiciais, significa considerá-las mais do que simples números, mas pessoas que carecem de toda a atenção jurisdicional, porque trazem consigo histórias e dificuldades que merecem ser analisadas com afinco e profundidade, não podendo ficar ao alvedrio do ego ou da falta de sensibilidade dos juízes e demais atores do Direito.

Para Daniel Marques de Camargo: “É grande a responsabilidade dos protagonistas do direito, especialmente dos juízes e dos tribunais, quando da interpretação e aplicação do fenômeno jurídico, em especial quando envolvidos estão direitos fundamentais” (2010, p. 111).

Já no que se refere à advocacia, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron denunciam:

A apresentação (real) da advocacia como função essencial à administração da justiça vem alardeada como capaz de promover defesa técnica com *competência de atuação (Handlungskompetenz)*, e cria a ilusão de ausência de déficits técnicos muito sérios em muitos profissionais que atuam no exercício do múnus, facilmente constatáveis empiricamente por qualquer um que milita no foro. Se olvida também do uso de uma advocacia estratégica com finalidades discutíveis e com comportamento de má-fé (2015, p. 86).

É bem verdade que toda carreira terá sempre os bons e os maus profissionais, mas para que as disposições do Novo Código de Processo Civil possam efetivamente chegar aos jurisdicionados, é preciso que o advogado esteja preparado para guiar o cliente no *iter* processual, e o bom advogado não se mede pela média que obteve no Exame de Ordem, assim como não se mede por meio da idade ou número de livros que supostamente tenha lido, o bom advogado é aquele que ama o Direito, que conhece, sente e se indigna com a tragédia humana,

e se coloca pronto para lutar pelos direitos de seu cliente, sem perder de vista os limites morais e éticos para tal fim.

O que se vê, contudo, é uma nítida relutância em encarar o novo, e isso não se restringe somente à Magistratura, abarca também os serventuários da Justiça, o Ministério Público e a Advocacia, e nesse aspecto relacionado a mudanças e à alteração da zona de conforto, leciona Daniel Marques de Camargo:

Mudanças substanciais e estabelecimento de novos paradigmas são difíceis porque a modificação precisa ser estrutural, provir da base. Trata-se de transformação da substância, do conteúdo e que deve ocorrer desde o nascedouro da cultura jurídica (2010, p. 71).

A lembrar o filme “O advogado do diabo”, o profissional do Direito não pode querer vencer a todo custo, pois o processo não é um jogo em que vence o melhor, mas, conforme dito, um instrumento a serviço da pacificação social. No entanto, não é fácil superar dogmas arraigados na cultura, especialmente em relação à atuação profissional.

Tal qual ocorrera com o personagem Kevin Lomax, por vezes o profissional do Direito é tomado pela vaidade e pela ganância, muitas vezes sobrepondo conceitos éticos e morais em troca de riqueza ou fama. E nesse aspecto, John Milton (o diabo no filme) foi pontual quando assinalou que a vaidade é, definitivamente, o seu pecado favorito.

Exatamente o problema da vaidade que impede a efetiva aplicação de diversas normas no dia a dia processual, que obsta a existência de um processo justo, cooperativo e democrático, pois ainda há muitos que pensam que o jurista não pode ser atencioso no trato com as pessoas mais simples, desprendido no uso da linguagem escrita, humilde com as palavras e o vocabulário enquanto fala com o porteiro ou o cliente que o procura, dentre outros exemplos.

E nesse ponto, poder-se-ia passar horas e horas, linhas e linhas transcrevendo diversas situações de verdadeira arrogância e falta de senso cooperativo entre os profissionais do Direito, mas para a sorte do leitor o espaço do artigo é curto e se torna preciso encerrar o trabalho, com a expectativa de que um dia, algum dia, os profissionais do diabo encontrarão a luz do processo cooperativo, justo, democrático e policêntrico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo visou demonstrar que o princípio da cooperação processual depende muito mais da mudança de comportamento dos atores do Direito (advogados, promotores, juízes, serventuários da justiça, professores, doutrinadores etc.), do que da mera alteração legislativa, dado que as leis mudam, mas não se aplicam efetivamente se os costumes também não

mudarem, ainda mais quando não há uma previsão de sanção pelo comportamento não cooperativo dos sujeitos processuais.

Depois de tecido um breve resumo sobre o filme, foram apresentados os modelos processuais existentes ao longo dos tempos (adversarial, inquisitorial e cooperativo), após, discorreu-se sobre o modelo cooperativo visto como instrumento facilitador do acesso à justiça.

Nesse sentido, o trabalho valeu-se do filme “O advogado do diabo” para demonstrar que a vaidade e o ego dos juristas, e não só dos advogados, é algo que deve, na medida do possível, ser superado para que haja a plena e completa democratização do processo.

De fato, a simples mudança da lei não tem o condão de mudar o mundo concreto se todos aqueles envolvidos no processo não estiverem empenhados em fazer valer a eficácia dos dispositivos formais. Deste modo, a mudança de comportamento se faz necessária, aliada às previsões que o legislador fez incluir no Código, dado que somente assim será possível concretizar-se o direito fundamental ao devido processo justo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER Jr., Fredie. (coord.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: Editora Juspodivm, p. 205-237, 2009.

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

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. 11. tiragem. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COSTA, Luciana Silva. **Due Process of Law e Jurisdição Constitucional no Estado de Direito Democrático**. In: Estudos Continuidos de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 267-280.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Editora Malheiros, v. I, 2001.

MACIEL, Cláudio Baldino, **Caderno de literatura**. Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Dezembro 2000 – Ano V – n. 8.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. Princípio da Cooperação no Processo Civil. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 163-191, jan./abr. 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

MOREIRA, José Carlos. **O futuro da Justiça**: alguns mitos. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 4, n. 8, p. 6-15, 1º sem. 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988.

O DIREITO A EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE IGUALITÁRIA

Lívia Komono TOJEIRO

RESUMO

A inclusão da pessoa com deficiência nas salas de aula proporciona condições de igualdade entre os alunos e colabora para a construção de uma realidade sócio-jurídica menos discriminatória. O direito a educação inclusiva tem fundamento na justiça social, sendo um direito de todos e um dever do Estado. A garantia desse direito potencializa a aprendizagem da criança, auxilia na formação do indivíduo e no exercício de sua cidadania. O presente trabalho traz uma análise jurídica a respeito do direito a educação inclusiva nos moldes da legislação brasileira em paralelo ao curta metragem “Cuerdas” que aborda o mesmo tema. Apresenta os contornos constitucionais e legais do direito à educação, sob os prismas formal material. Ao final, novamente realça o caráter transformador da educação, destacando-a como instrumento de concretização da dignidade humana e da cidadania plena. Dessa forma, buscar-se-á discutir a importância da inclusão da criança com deficiência no ambiente escolar como meio de transformação social.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à Educação. Educação Inclusiva. Justiça Social.

ABSTRACT

The inclusion of persons with disabilities in classrooms provides a level playing field between students and contributes to building a less discriminatory socio-legal reality. The right to inclusive education has a foundation in social justice, being a right of all and a duty of the State. The guarantee of this right strengthens the child's learning, helps in the formation of the individual and in the exercise of their citizenship. The present work brings a legal analysis regarding the right to inclusive education in the Brazilian legislative framework alongside the short film "Cuerdas" that deals with the same theme. It presents the constitutional and legal contours of the right to education, under the formal material prisms. In the end, it once again highlights the transforming character of education, highlighting it as an instrument for achieving human dignity and full citizenship. In this way, we will try to discuss the importance of the inclusion of children with disabilities in the school environment as a means of social transformation.

KEY WORDS: Right to Education. Inclusive Education. Social Justice.

INTRODUÇÃO

O Direito fundamental à educação é garantido na Constituição Federal para todos, sem preconceitos quanto a origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. É dever do Estado proporcionar a efetivação de tal direito de forma plena e igualitária, promovendo a participação de todos no ambiente escolar, bem como construindo uma sociedade justa e menos discriminatória. É por meio da educação inclusiva que as pessoas com deficiência exercem a cidadania.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo evidenciar a importância da educação inclusiva para todos, com enfoque nas pessoas com deficiência.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 garante um atendimento educacional especializado para as crianças com deficiência. A escola deve adaptar-se e equipar-se com todos os recursos necessários para receber alunos com deficiência e incluí-los na sala de aula, oferecendo as mesmas oportunidades que os outros alunos do ensino regular.

Sob este viés, com base na Constituição Federal de 1988 e nos princípios de justiça de John Rawls é de grande valia a tentativa de equilíbrio entre a garantia do direito à educação de qualidade, com o respeito as minorias que devem ser incluídas no ambiente escolar.

Em meio a tal contexto, o presente estudo traça um paralelo entre a situação jurídica e o curta metragem “Cuerdas”, o qual narra a amizade entre Maria e Nicolás, seu novo colega de classe, que sofre de paralisia cerebral.

O curta metragem expõe um contexto onde Nicolás é matriculado no ensino regular e é o único aluno com deficiência na sala de aula. O garoto é excluído por todas as crianças, as quais veem sua deficiência como uma diferença que o impossibilita e o distingue dos demais. Somente Maria é capaz de enxergar Nicolás além de sua deficiência. Ela encontra uma forma de incluir o garoto em todas as atividades, adaptando as situações na medida em que as dificuldades surgem.

Diante disso, o presente trabalho interliga a situação vivida pelos personagens em “Cuerdas” com o que dispõe a Constituição Federal, as leis especiais e os paradigmas de igualdade e justiça de John Rawls.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação é um direito fundamental e tem como destinatário todos os indivíduos, principalmente aqueles que carecem de um amparo maior do Estado. Ela é responsável pela construção da identidade dos indivíduos frente a sociedade em que estão inseridos, servindo de instrumento para a formação de uma realidade sócio-jurídica justa e igualitária.

A educação não é somente a transmissão dos valores sociais ou o conhecimento despregado da realidade, pelo contrário:

A educação não pode ser confundida com o simples desenvolvimento ou crescimento dos seres vivos, nem com a mera adaptação do indivíduo ao meio. É muito mais que isso: consiste em uma atividade criadora, que visa levar a pessoa a realizar as suas potencialidades físicas, morais, espirituais e intelectuais, por conseguinte, é um meio pelo qual a pessoa humana (criança ou adulto) desenvolve potencialidades biopsíquicas inatas, embora seja o amadurecimento ou o desenvolvimento alcançado pelo homem, esse entretanto não atinge sua perfeição, ainda que se esforce por sua auto- educação. Os que estudam, pesquisam e escrevem

a respeito, tratam da educação como um conjunto de práticas interativas, interpessoais e coletivas. (ATIQUÉ, 2006, p.103)

Portanto, no dizeres de Atique (2006) “a educação é um direito social, garantido pelo Estado a todos que são iguais perante a lei. O direito à educação só é ‘concretamente’ possível se os indivíduos tiverem efetivamente direito à liberdade e à igualdade, à dignidade necessária para dela tirarem o devido proveito”.

Nas palavras de Paulo Freire (1996), ensinar “não é transferir conhecimento, mas criar possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”. Sob o mesmo viés entende Piaget (1988, p. 34):

Afirmar o direito da pessoa humana à educação é, pois, assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade de leitura, da escrita e do cálculo; significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual. É antes de mais nada, por conseguinte, assumir a obrigação – levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo – de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras.

A educação tem poder de transformar a realidade de um país, de um Estado e de todas as pessoas, uma vez que é um dos fundamentos basilares da vida em sociedade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Celso de Melo (1986, p. 533) expõe a importância da educação no exercício da cidadania e da inserção do indivíduo no mercado de trabalho:

É mais abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.

Diante de tamanha importância, é evidente que a Constituição Federal de 1988 dedicou toda uma seção ao direito social à educação, a qual encontra-se nos artigos 205 ao 214, tratando exclusivamente sobre a matéria. O objetivo é o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Quanto a efetivação do direito a educação, José Afonso da Silva (2007, p. 313) entende que:

o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (Art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização.

A Constituição estabelece e frisa que a educação é um direito de todos e que ninguém

pode ser excluído dela. A educação não é para uma classe de pessoas delimitadas pelo Poder Público ou pela sociedade, ela tem como destinatário todo o cidadão brasileiro, sem distinção de qualquer natureza. Na verdade, com uma atenção especial aos que precisam de um cuidado maior do Estado.

Assim, cabe ao Estado, à família e a sociedade, o dever de prestar a educação. A presença da família e da sociedade como prestadoras desse direito evidencia que a educação não deve ser confundida com a mera instrução técnica, mas que deve também englobar tudo quanto necessário para a completa formação ética do indivíduo.

2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro e tem previsão legal no artigo 1º, III da Constituição Federal como princípio fundamental inerente a toda pessoa.

O direito à educação possui íntima relação com a concretização do princípio da dignidade humana, eleito fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Ainda, a realização da dignidade da pessoa humana exige o asseguramento, jurídico e material, do mínimo existencial a todos os indivíduos.

Sarlet (2010, p.70) tece um apontamento esclarecedor acerca da dignidade da pessoa humana como:

Uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No tocante ao curta metragem “Cuerdas”, a inclusão de um garoto com paralisia cerebral no ambiente escolar se dá no momento em que ele começa frequentar a escola com as demais crianças. No início, o garoto é excluído por todas os alunos, exceto por Maria, a qual se esforça diariamente para incluí-lo em todas as atividades escolares, desde as brincadeiras até os estudos e leituras.

Assim, através da inclusão na escola o garoto começa melhorar seu desempenho e exerce as condições mínimas para uma vida saudável, participando das atividades e exercendo sua dignidade. A partir desse momento, o aluno com deficiência quebra as barreiras em busca de garantir seus direitos.

Nessa perspectiva, a garantia de uma educação que inclua a todos indistintamente

compreende a própria dignidade da pessoa humana como direito que permite o desenvolvimento pleno do cidadão.

3 EDUCAÇÃO E TEORIA DA JUSTIÇA

Na teoria da justiça como equidade, John Rawls apresenta a educação em função do que ela é e do que ela deve propiciar, aborda a educação apenas no sentido em que ela diz respeito à justiça. O entendimento de Rawls quanto a educação está diretamente relacionado à associação e ao usufruto da cultura de sua sociedade. Ao falar do princípio da diferença, Rawls (2009, §17, p. 121) entende que não se deve aferir o valor da educação apenas no tocante à eficiência econômica e ao bem-estar social. Tão ou mais importante é o papel da educação de capacitar uma pessoa a desfrutar da cultura de sua sociedade e participar de suas atividades, e desse modo de proporcionar a cada indivíduo um sentido seguro de seu próprio valor.

Nesse sentido, a educação deve, mais do que qualquer outra coisa, promover o envolvimento e o engajamento das pessoas nas atividades mais importantes de cada sociedade.

Assim, continua Rawls (2009, § 17, p. 120) afirmando que o "princípio da diferença deve tratar a todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidades". A igualdade de que trata Rawls é substancial. E, é assim que, para Rawls (2009, § 17, p. 121) o princípio da diferença alocaria recursos para a educação, digamos, para elevar as expectativas dos menos favorecidos. Se tal fim for alcançado dando-se mais atenção aos mais talentosos, é permissível; caso contrário, não. E, ao tomar essa decisão, não se deve aferir o valor da educação apenas no tocante à eficiência econômica e ao bem-estar social

Desta maneira, Rawls tenta equilibrar a necessidade de crescimento de riqueza, com o respeito aos menos favorecidos na sociedade. A justiça social se concretiza através da harmonização entre o desenvolvimento econômico e a busca pela garantia de uma educação que inclua a todos.

4 APONTAMENTOS SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Deficiência é um conceito abrangente relacionado às restrições sociais impostas às pessoas que possuem variedade nas habilidades, é todo e qualquer comprometimento que afeta a integridade da pessoa e traz prejuízos na sua locomoção, na coordenação de movimento, na fala, na compreensão de informações, na orientação espacial ou na percepção e contato com as outras pessoas.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência amplia esse conceito, conforme descrito no artigo I, item I, dispondo que "significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais a vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social".

Além disso, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada no Brasil, inovou nessa conceituação ao adotar o termo "pessoa com deficiência", demonstrando o rompimento com concepções de caráter assistencialista e clínico:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ainda a respeito da conceituação, nas palavras de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (2012, p.19):

Interessante observar que o conceito de pessoa com deficiência está intimamente ligado ao propósito político do tratado em estudo. A almejada emancipação da pessoa com deficiência não pode prescindir da superação do viés assistencial que, como já disse, por mais bem intencionado que seja, não pode esgotar-se em si mesmo, sob pena de retirar desses cidadãos sua civilidade e dignidade inerentes. As medidas de cunho assistencial devem ser associadas a políticas públicas que assegurem a franca superação dos assistidos para que assumam a direção de suas vidas e o gozo pleno de seus direitos humanos básicos.

5 DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA

A escola, como ferramenta de materialização do direito à educação, deve lutar pela inclusão de todos os estudantes, sem distinção de qualquer natureza, oferecendo iguais oportunidades, com atenção especial às minorias.

No tocante à educação, a referida convenção reconhece o direito dos direitos das pessoas com deficiência à educação, devendo os Estados Partes da Convenção assegurarem um sistema educacional inclusivo, sem discriminação e baseado na igualdade de oportunidades, em todos os níveis de ensino. Esse direito à educação, está assim previsto na CONVENÇÃO DA ONU (Artigo 24, 2):

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema

educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

A Constituição Federal, como visto anteriormente, preceitua a igualdade como um dos princípios da educação. Nesse aspecto, a educação inclusiva é uma ferramenta de incluir os estudantes com deficiência no ambiente escolar e garantir seus direitos fundamentais, construindo uma realidade sócio-jurídica igualitária.

Assim, as pessoas com deficiência devem ter acesso as salas de aula, materiais adequados e atendimento especializado de acordo com sua carência e dificuldade. De acordo com Luiz Alberto David Araújo (2003):

A educação é um direito de todos, portadores ou não de deficiência. As pessoas portadoras de deficiências têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de bem derivado do direito à vida. A educação deve ser ministrada tendo em vista a necessidade da pessoa portadora de deficiência. Isso não significa que a educação deva ser segregada, juntamente com outros portadores de deficiência. A educação da pessoa portadora de deficiência deve ser feita na mesma classe de pessoas não portadoras de deficiência. Os professores devem desenvolver habilidades próprias para permitir a inclusão desse grupo de pessoas. O trabalho inclusivo refletirá a tarefa de agregar democraticamente todos os setores fora do processo. A inclusão na rede regular de ensino, com o desenvolvimento de tarefas específicas – e mesmo com tarefas de apoio, para permitir a sua melhor adaptação – mostrará o grau de cumprimento do princípio da igualdade. Igualdade, direito à educação, ensino inclusivo são expressões que devem estar juntas, exigindo do professor e da escola o desenvolvimento de habilidades próprias para propiciar, dentro da sala de aula e no convívio escolar, oportunidades para todos, portadores de deficiência ou não. Aliás, permitir que as pessoas não portadoras de deficiência se relacionem com pessoas portadoras de deficiência fará com que aquelas desenvolvam seu espírito de solidariedade, busquem uma comunicação mais rica e mais motivada, engrandecendo a todos, reflexo de uma postura democrática.

Nesse sentido, o direito à educação só é exaurido quando a educação inclusiva tem seu espaço nas escolas, pois não existe educação para todos sem a inclusão e isso exige uma atuação positiva do Estado. Sob esta perspectiva, Tavares (2013, p.735) ressalta que:

Perante o direito à educação como direito fundamental ao Estado surge um dever de atuar positivamente, positivamente, seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais). Para desincumbir-se satisfatoriamente desse dever, o Estado deve, portanto, intervir positivamente (afasta-se a ideia de subsidiariedade, típica do contexto econômico do Estado liberal).

Para tanto, o Estado deve articular realizações visando alcançar a inclusão social na educação, por meio de políticas públicas, ações governamentais ou outros meios capazes de construir uma sociedade menos seletiva e mais inclusiva.

6 ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 208, III, dispõe que é dever do Estado para a efetivação da educação, um atendimento especializado voltado as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Eugênia Fávero (2004, p.09/10) define atendimento educacional especializado nos seguintes termo:

O atendimento educacional especializado deve estar disponível em todos os níveis de ensino escolar, de preferência nas escolas comuns da rede regular. Este é o ambiente escolar mais adequado para se garantir o relacionamento dos alunos com seus pares de mesma idade cronológica e para a estimulação de todo o tipo de interação que possa beneficiar seu desenvolvimento cognitivo, motor, afetivo.

O Decreto nº 7.611 de 17 de novembro de 2011 também traz uma definição de atendimento educacional especializado em seu artigo 2º, §1º, como:

I - complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, como apoio permanente e limitado no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos multifuncionais; ou
II - suplementar à formação de estudantes com altas habilidades ou superdotação.

O referido diploma, no artigo seguinte, dispõe que o objetivo desse atendimento é proporcionar aos estudantes um apoio especializado de acordo com as necessidades individuais, promovendo condições de acesso, participação e aprendizagem no ensino regular. Entre seus objetivos encontra-se a promoção do progresso no desenvolvimento didático e pedagógico para extinguir as barreiras no processo educacional.

Portanto, o atendimento educacional especializado é de extrema importância na educação dos alunos com deficiência, pois viabiliza recursos necessários para uma educação de qualidade, no ensino regular, proporcionando uma vida digna e cada vez mais igualitária.

No mesmo sentido, afirma Eugênia Fávero (2010, p.83):

O atendimento educacional especializado é complemento e refere-se ao que é necessariamente diferente do ensino escolar, para melhor atender as especificidades dos alunos com deficiência, abrangendo, principalmente, instrumentos necessários à eliminação das barreiras que esses alunos têm para relacionar-se com o ambiente externo. Exemplo: ensino da Língua Brasileira de Sinais – Libras, do braile, uso de recursos de informática, e outras ferramentas e linguagens.

Deste modo, este atendimento garantido na Constituição Federal corrobora com o entendimento de se tem acerca da educação para todos, sem distinções ou segregações, objetivando a construção de uma realidade cada vez mais igualitária e menos discriminatória.

7 CONCLUSÃO

A educação é um importante instrumento para desenvolvimento cultural, social e intelectual do homem, por meio dela se alcança a inclusão social das minorias e a promoção da igualdade de condições para o homem enquanto ser social, na construção de uma realidade

sócio jurídica digna.

Diante de tamanha importância, o direito à educação é um direito social fundamental e sua efetividade não é mera faculdade do Estado, pelo contrário, é verdadeiro mandamento constitucional.

A educação é um direito de todos, isso inclui a pessoa com deficiência. A Constituição Federal garante o acesso à educação a todos sem qualquer distinção, sendo que no caso da pessoa com deficiência isso se dará através da educação inclusiva, preferencialmente, por meio do atendimento educacional especializado.

O Estado deve suprir as necessidades de cada criança na medida das suas dificuldades. Em se tratando da pessoa com deficiência é estritamente necessário o atendimento educacional especializado, por meio de uma infraestrutura adequada nas escolas, materiais específicos para cada criança, professores capacitados, bem como qualquer outro recurso necessário para a efetivação de uma educação de qualidade.

O curta metragem “Cuerda” mostra como a educação inclusiva é importante no crescimento e desenvolvimento da criança. A criança que tem seu direito efetivamente garantido é capaz de exercer uma vida digna, igualitária e cada vez menos discriminatória.

Incluir todas as minorias no ambiente escolar e dar o suporte que estas pessoas precisam muda a realidade sócio-jurídica do país. As crianças deixam de lado seus preconceitos, se solidarizam com o próximo e isso quebra barreiras durante o resto da vida.

Assim, a educação é a base para a formação de um indivíduo, sendo que ela é um instrumento de transformação social. Quando o Estado, a família e a sociedade une esforços para que todos sejam incluídos no ambiente escolar e tenham seus direitos fundamentais garantidos, o país se desenvolve economicamente, socialmente e culturalmente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Barrados. Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 3. Ed. Brasília, Corde, 2003.

_____. Pessoa com Deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar. Petrópolis: Editora KBR, 2011.

ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. Federação e competência para legislar: estudo de um caso. Bauru: Edite, 2006.

BRASIL, República Federativa do. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 05 abr.

2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pelo Decreto Nº 3.956, de 8 de outubro de 2001.

CONVENÇÃO DA ONU. Disponível em: www.pessoacomdeficiencia.gov.br/.../convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia. Acesso em 04 de abril de 2017.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. 5a Ed. São Paulo: Melhoramentos, s.d.

ESTEVÃO, C. V. Educação e justiça: a justiça plural e a igualdade complexa na escola. São Paulo: Cortez, 2001.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga; Pantoja Luisa de Marillac P., Mantoan Maria Teresa Eglér. In: O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular/Ministério Público Federal: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (organizadores). 2. ed. rev. e atualizada. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência. Garantia de Igualdade na Diversidade, 2010.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. 25a ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GIACÓIA, Gilberto. Invasão da Intimidade. Revista Argumenta, Jacarezinho, ano 1, v. 1, 2001, p. 5-23.

HERKENHOFF, João Baptista. O direito processual e o resgate do humanismo. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001.

LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2a tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. Malheiros, 2009.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORRISON, Wayne. Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* 9a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Justiça como Equidade: uma Reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SANTOS. Martinha Clarete Dutra dos. *Educação especial e inclusão por uma perspectiva universal*, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista de Interesse Público*. São Paulo. n. 32, p. 219
- SEGALLA. Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. *Direito à Educação inclusiva: um direito de todos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.
- SILVA, Fábio de Sousa Nunes da. *Análise crítica quanto efetivação do direito fundamental à educação no Brasil como instrumento de transformação social*. 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/34582/analise-critica-quanto-efetivacao-do-direito-fundamental-a-educacao-no-brasil-fabio-de-s-nunes-da-silva>> Acesso em: 01 abr. 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Direito fundamental à educação*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2a tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.771/788.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

O FILME A PONTE DOS ESPÍOES E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Thalis Rodrigues SALMAZO⁶²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise conjugada do filme A Ponte dos Espiões (2015) e o dever constitucional de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, em seus diferentes graus, proferida por um órgão julgador competente quando do exercício de seu poder jurisdicional. Ainda mais, a análise recairá sobretudo quando este dever/princípio constitucional, previsto no art. 93, IX, CF, não é cumprido de forma adequada pelo julgador, dando ensejo a decisões proferidas de forma arbitrária, em que o magistrado, no momento ápice do desempenho de sua função conferida pelo Estado, qual seja, a de decidir e julgar, avilta-se, desvalorando o sentido da norma. Para tanto, utiliza-se do livre convencimento motivado para burlar o princípio constitucional em apreço, decidindo conforme sua consciência, muitas vezes, em detrimento da lei. No filme em tela, resta clara a atitude solipscista do julgador, comprometido apenas em decidir do modo que lhe acha mais conveniente, sendo conduzido por valores subjetivos e dando margem a influência do clamor popular, despreza as normas constitucionais teoricamente tidas como invioláveis, que são o devido processo legal, ampla defesa, contraditório e a presunção de inocência.

PALAVRAS-CHAVES: Fundamentação. Decisão Judicial. Livre Convencimento Motivado. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The present work has the purpose of the combined analysis of the film The Bridge of Spies (2015) and the constitutional duty to justify any and all judicial decisions, in their different degrees, rendered by a competent judicial body when exercising its jurisdictional power. Moreover, the analysis was mainly concerned when this duty / constitutional principle, foreseen in art. 93, IX, CF, is not adequately fulfilled by the judge, giving rise to arbitrary decisions, in which the magistrate, at the very moment of the performance of his function conferred by the State, that is, to decide and judge, It degrades itself, devaluing the meaning of the norm. In order to do so, it uses free convincing to circumvent the constitutional principle under consideration, deciding according to its conscience, often to the detriment of the law. In the film on screen, the solipscist attitude of the judge is clear, only committed to deciding in the way that is most convenient to him, being driven by subjective values and giving margin to the influence of the popular clamor, despises the constitutional norms theoretically considered inviolable, which are Due process, ample defense, contradictory and presumption of innocence.

KEY WORDS: Rationale. Judicial decision. Free Convenience. Due Process Legal.

INTRODUÇÃO

O filme A Ponte dos Espiões (Bridge of Spies) de 2015 foi dirigido por Steven

62 Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: salmazo.thalis.rodrigues@gmail.com.

Spielberg, e escrito por Matt Charman, Joel e Ethan Coen. Baseia-se no incidente com avião U2 em 1960 e no romance homônimo escrito por Giles Whittell. O caso conta da história do advogado James B. Donovan (Tom Hanks) e do espião soviético capturado Rudolf Abel (Mark Rylance). Abel, é um homem acusado de ser espião da União Soviética. As autoridades veem como certa sua ligação com a URSS e cabais as provas. A pena naquela época era capital. Acusado de traição, o caso de Abel ainda precisa ir a julgamento do júri.

O advogado, Donovan, é convidado pelo Estado para defender o espião. Como determina a lei de que todos merecem um advogado, para que se assegure o princípio do devido processo legal e os outros decorrentes dele, como o contraditório e a ampla defesa. Donovan, interpretado por Hanks, é um advogado de seguros que trabalha em um renomado escritório. Por questões políticas, é indicado para defender o espião soviético que fora descoberto. O ano é 1960, em plena guerra fria. O governo e o Tribunal de Justiça desejam dar o melhor devido processo legal para o espião, para mostrar o funcionamento da democracia americana e dar uma aparência de legalidade ao procedimento. O julgamento, desse modo, é de fachada, mas as autoridades pretendiam mostrar ao mundo que na América havia direito ao julgamento justo e à ampla defesa, não importando quem o acusado fosse. Donovan sabe que isso lhe trará antipatias. Até a sua mulher e seus filhos são contra a que ele “pegue” a causa. Porém, a Ordem Dos Advogados Norteamericana o elege para defender Abel e dar ao caso o verniz legalista e de ampla defesa necessários. James é um especialista em seguros que atuou na procuradoria durante o Julgamento de Nuremberg. Os outros sócios do escritório dizem que seria bom para o país que Donovan fizesse a defesa.

James Donovan, apesar de relutante, aceita o caso. E vai falar com o juiz. Que lhe diz que já estava tudo decidido. E o juiz argumenta no melhor estilo solipsista, segundo a feliz expressão do professor Doutor Lênio Luiz Streck. O que se seguiu foi um jogo de cartas marcadas. O próprio juiz e a polícia pouco preocupados estavam com aspectos procedimentais e legais atinentes ao caso, afinal estavam convencidos de que Abel era um espião e o importante era acabar rápido com o julgamento, aplicando a pena “justa”, de morte, e assim satisfazer a opinião pública e o Governo. Por outro lado, na empresa de advocacia, questionam-lhe a dedicação do advogado, uma vez que ele indo “fundo demais”. Afinal, Donovan queria saber do mandado de busca e outras questões relativas aos direitos fundamentais previstos da 5ª Emenda. Pressionado pela CIA, cujo agente lhe diz que, nesses casos, não se seguia nenhum livrinho de regras, Donovan responde: “Você é descendente de alemães e eu de irlandeses. *Sabe o que faz de nós, americanos? Só uma coisa: uma, uma, uma — o livro de regras. Chamamos a isso de Constituição. Concordamos com as regras e é isso*

que nos faz americanos. E não me perturbe mais, seu filho da mãe”.

Pouco antes de ir a julgamento, James peticiona ao Juiz da causa, Mortimer W. Byers, que desconsidere provas apreendidas no apartamento de Abel, invocando um precedente da *US Supreme Court*, que tratava da ilegitimidade das provas. O juiz diz que o réu não é cidadão americano. É soviético. Logo, a Constituição não se aplica a ele. E Donovan saca o caso de um imigrante chinês, que teve seu direito reconhecido no caso *Yick Wo contra Hopkins* (1886) e o juiz lhe passa uma carraspana. Os policiais apreenderam bens e objetos sem mandado, logo o produto da busca era ilegal e deveria ser excluído. Donovan traz o precedente que mesmo para estrangeiros valem os direitos fundamentais previstos na Constituição. Vale lembrar a vinculação dos precedentes na justiça americana. Em seu gabinete, o Juiz Byers nega a petição e surpreendentemente afirma: “Esse espião veio até aqui para ameaçar nosso modo de vida. Agora saia daqui e sente do lado daquele russo. Vamos acabar com isso rápido”. Por fim, o júri condena o espião por cinco delitos. Com o aplauso do juiz.

Donovan decide, então, recorrer à Suprema Corte. É vaiado nas ruas. Sua casa é atingida por disparos. Sua família se vira contra ele. Mesmo com a reprovação, Donovan para a Suprema Corte defender os direitos do espião e questionar as garantias constitucionais que foram violadas. Por escorço apertado (5x4), a Corte nega o recurso. Donovan chega em casa e seu filho de 10 anos lhe pergunta: “Por que você está defendendo um comunista? Você é comunista”? E Donovan responde: “Apenas estou fazendo meu trabalho”.

Há um momento em que, falando com seu cliente, o espião soviético, este estranha que Donovan nunca lhe tenha perguntado se era inocente. Donovan, assim respondeu: não me importa. O que importa é que o Estado é que deve provar isso. E não o contrário. Desse modo, Donovan quer fazer prevalecer a presunção de inocência, garantia constitucional, de forma que todo indiciado, acusado e processado é considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Rudolf Abel, o espião, é, por fim, condenado pelo juiz, que já tinha sua sentença pré-fabricada, fruto de seu próprio arbítrio, valendo-se do livre convencimento motivado, é um típico “juiz solipsista”, aquele que se acha acima das partes. O solipsismo judicial blinda, através da subjetividade do julgador, o exercício pleno do contraditório, de onde são proferidas decisões judiciais nascidas do labor solitário do juiz, em afronta direta ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. O juiz solipsista é o retrato do julgador que não abre espaço ao debate processual, é o “*viciado em si mesmo*”, aquele que se basta,

encapsulado⁶³. Atuando isoladamente, compromissado apenas com a decisão conforme sua consciência

Após a condenação, Donavam diz que recorrerá. E que não desistirá, contra tudo e contra todos. Então o espião conta a seguinte história para Donavan: quando menino, na Rússia, seu pai tinha um amigo. Seu pai dizia: preste atenção nesse homem. Ele não tinha nada de especial. Mas um dia agentes invadiram sua casa, quando lá estava esse amigo. Bateram na sua mãe, no seu pai e no amigo. Que cada vez que caía, surrado e chutado, levantava. E lhe batiam de novo. Caía e levantava. E disse o espião: “E por isso sobreviveu”. O espião fez entender, então, que Donavan lembrava a ele esse amigo de seu pai. E disse porque: aquele homem, amigo de seu pai, era um “*stoik mujic*”, que quer dizer “o homem que fica em pé” (ou o homem estoico, que sofre, mas não cai).

O professor Doutor Lênio Luiz Streck, em uma coluna escrita no site eletrônico de âmbito nacional, Consultor Jurídico, disserta, em parte da publicação, sobre o filme do qual tratamos neste artigo. Segundo o ilustre professor, o filme *A Ponte dos Espiões* deveria ser exibido em salas de aula, pois através dele poder-se-ia estudar diversos temas pertinentes ao direito, como por exemplo, o que é ser um advogado, o que é princípio e o que é a Constituição. Lênio traz à baila o que denominou de fator “*stoic mujic*”⁶⁴, para definir o que é princípio. Quando Donavan, após a condenação de Rudolf em primeira instância, diz a ele que pretende recorrer, o russo então lhe conta a história do homem que via apanhar em sua infância e mesmo assim, continuava em pé. Desta cena, pode-se concluir o que é princípio, nas palavras de Streck:

O que é fazer a coisa certa? É fazê-la baseada em princípio(s). E não em consequências. Advogados deveriam ser como Donavan. Não recuar. Quando aqui escrevo que direito não é moral, não é política, não é economia, devemos falar do “fator Donavan”. E do “fator *stoic mujic*”. Odiado nas ruas, em crise com a família, acuado na empresa e tendo o juiz contra si: eis um homem de princípio. Como o personagem Coronel Vitorino, do *Romance Fogo Morto*, de Lins do Rego. Lutou contra os policiais que agiram arbitrariamente contra o seu maior inimigo. E este lhe perguntou: Por quê? Ele respondeu: porque sou contra injustiças, mesmo contra meu maior inimigo.⁶⁵

O direito deve valer, mesmo para o inimigo. Contra tudo e contra todos. E o “livrinho de regras”, a Constituição, sempre deve prevalecer, tornando efetivo os direitos nela assegurados pra quem quer que seja, a todos devem ser assegurados os direitos fundamentais

63 NUNES, Dierlene e DELFINO, Lúcio. *Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada#_ftn2>. Acessado em 05 de agosto 2016.

64 STRECK, Lênio Luiz. *O fator stoic mujic, a juíza Kenarik e o papel dos advogados, hoje!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-11/senso-incomum-fator-stoic-mujic-juiza-kenarik-papel-advogados-hoje>>. Acesso em: 20 de março de 2017.

65 STRECK, Lênio Luiz. op. cit. Acesso em: 20 de março de 2017.

nela previstos, sobretudo os direitos relativos ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Sendo assim, a Constituição é um remédio contra maiorias. A Constituição é o mecanismo externo mais apropriado para conter o solipsismo judicial⁶⁶.

1 O SOLIPCISMO JUDICIAL VERSUS O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Primeiramente, cumpre a nós definirmos alguns conceitos iniciais para a plena compreensão do que virá a seguir. Devemos estabelecer o conceito de “solipcismo judicial”⁶⁷, uma expressão proferida pelo professor doutor Lênio Luiz Streck, que se traduz em uma prática absolutamente antidemocrática, pois inviabiliza a atuação igualitária das partes em igualdade de condições na construção finalística do processo. O solipsismo judicial fornece uma blindagem, por meio da subjetividade do magistrado, a aplicação efetiva do princípio constitucional do contraditório, sendo emitidas decisões judiciais criadas do trabalho individual do juiz, em ultraje direto ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. O juiz solipsista retrata o julgador que não está disposto a abrir espaço processual ao diálogo, é, como foi dito, o “*viciado em si mesmo*”, aquele que se autorregulariza. Atuando de forma isolada e comprometido apenas com a decisão conforme sua consciência, não dá margem aos benefícios que o processo pode proporcionar em razões de legitimidade e eficiência.

O outro conceito que merece o necessário esclarecimento é o dever de fundamentação das decisões judiciais. Este dever de fundamentação se constitui em um princípio constitucional, previsto no art. 93, IX, CF/88, como seguinte teor:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Anteriormente a constituição de 1988 o dever de fundamentação apenas era previsto em legislação infraconstitucional. Esse dever, porém, não é recente, pois remota desde a época colonial, em que o Brasil colônia ainda vigia-se pela legislação portuguesa. A lei vigente a época do período colonial era o Código Filipino Português, que já previa o dever de fundamentação. Em 1822 o Brasil declara sua independência política em relação a metrópole portuguesa, porém, legalmente, ainda continuou a utilizar a legislação lusa. Foi apenas em

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. op. cit. Acesso em: 20 de março de 2017.

⁶⁷ SRECK, Lênio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 124.

1850 com o decreto n. 737, de 25 de novembro do mesmo ano, que pôs-se termo a dependência legislativa do Brasil em relação a Portugal, sendo esta a primeira norma autenticamente brasileira a prescrever o dever de fundamentação, como se dispões no Capítulo XIV, do referido decreto, “*Da Sentença Definitiva*”, em seu art. 232:

Art. 232 A sentença deve ser clara, summariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.

A elevação do dever de fundamentação à categoria de norma constitucional com o advento da Constituição de 1988 é louvável, havendo incontáveis razões que justificam a natureza constitucional do instituto. Dentre os motivos, podemos citar a racionalização da atividade jurisdicional; o controle da juridicidade da decisão; a legitimação do exercício do poder jurisdicional; a proteção do devido processo legal e promoção de suas garantias (contraditório, ampla defesa, inércia jurisdicional e coisa julgada); melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa e aumentar o tempo de meditação sobre ela; a redução do número de recursos; e por fim, a promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores⁶⁸. Assim sendo, a fundamentação adequada das decisões traz inumeráveis benefícios às partes envolvidas na solução do litígio, ao judiciário e também para a própria sociedade como um todo.

O referido princípio constitucional de fundamentação das decisões judiciais é replicado no novo Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 11, que dispões que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”. Desta maneira, a fundamentação das decisões judiciais, é um dever constitucional e legal imposto a todos os juízes, de tal forma que, ou o ato jurisdicional com conteúdo efetivamente decisório é fundamentado ou ele é nulo.

No Brasil, com o término da Ditadura Militar em 1985 e promulgação da Constituição Federal de 1988, nasce o chamado Estado Democrático ou Constitucional de Direito. Com ele novos valores são postos à tona, dentre eles o da soberania popular, o da dignidade da pessoa humana e forte normatização dos Valores Fundamentais e dos Direitos Humanos. A Constituição passa a ser o núcleo do ordenamento jurídico, elevando o dever de fundamentação das decisões de uma simples obrigação infraconstitucional a categoria de uma garantia constitucional positivada.

O Estado Democrático de Direito se desenvolveu a partir de alguns pressupostos essenciais. A força normativa da Constituição é um deles, pois, além de servir de alicerce para

68 LUGCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2º ed. Editora JusPodivm, 2016.

o próprio Estado Constitucional, suas regras e princípios são normas jurídicas, que irradiam para o todo o ordenamento jurídico, não mais apenas com a função integradora no caso de lacuna legal, mas com aplicação direta, induzindo inclusive a constitucionalização de todos os ramos do direito. O Judiciário, nesse diapasão, recebeu a função de assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição, e sendo o dever de fundamentação um princípio constitucional é uma obrigação essencial dos juízes e tribunais fundamentarem suas decisões⁶⁹.

A realocação do dever de fundamentar da legislação infraconstitucional para o texto da Constituição não significa uma simples mudança hierárquica, mas sim uma mudança da natureza do dever de fundamentação⁷⁰. O art. 93, IX da Carta Magna prevê que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*”. Assim, o Estado garante aos cidadãos o direito de obterem decisões tanto judiciais quanto administrativas devidamente fundamentadas, garantindo-lhes um processo justo e eficaz.

Denominada de Constituição Cidadã, por ter como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana, nossa Carta Maior, normatizou princípios constitucionais diretamente vinculados ao processo, sobressaindo-se o respeito ao contraditório, ao devido processo legal, à ampla defesa, à isonomia, à inafastabilidade da jurisdição e por fim, em seu art. 93, IX, que toda decisão judicial seja devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, garantindo ao jurisdicionados o direito de tomar ciência das razões de procedência ou improcedência de uma demanda judicial, inclusive para posterior utilização dos recursos necessários, na medida em que a Constituição lhes assegura o duplo grau de jurisdição⁷¹.

Portando o art. 93, IX é a garantia constitucional de que as decisões devem ser devidamente fundamentadas, preservando a segurança jurídica e o respeito à legislação infraconstitucional.

2 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO COMO FUNDAMENTO PARA O ÁRBÍTRIO DO JUIZ NO FILME A PONTE DOS ESPIÕES

O princípio do livre convencimento motivado é utilizado amplamente pelos juízes e tribunais para fundamentar decisões arbitrárias, funcionando como pilar do decisionismo de alguns magistrados. A interpretação deturpada desse princípio funciona como alicerce para

69 MARIQUITO, Carla da Silva. *Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11892>. Acesso em: 20 março 2017.

70 MARIQUITO, Carla da Silva. op. cit. Acesso em: 20 de março 2017.

71 MARIQUITO, Carla da Silva. op. cit. Acesso em: 20 de março 2017.

que se fundamentem decisões seguindo convicção pessoal do julgador no momento em que proferem suas decisões, sejam estas, interlocutórias, sentenças ou acórdãos.

No filme em comento, resta evidente que o Juiz Byers se enquadra perfeitamente na definição de um juiz solipicista dada por Lênio Streck. Pois, antes mesmo de proferir a sua decisão de pronúncia e antes mesmo de qualquer audiência e oitiva do réu, o magistrado já tinha sua sentença em mente pré-fabricada. Valendo de sua concepção pessoal e do livre convencimento motivado, antecipadamente julga o acusado de espionagem Rudolf Abel como culpado.

O solipicismo judicial é marcante na cena do filme em que, James Donovan, o advogado nomeado pra representar o russo acusado, está em uma sala do tribunal diante do juiz e um membro do Ministério Público, discutindo sobre a petição que foi apresentada solicitando a prorrogação do prazo do julgamento de Abel, sob o forte argumento que de haveriam ainda muitas provas a serem produzidas para o esclarecimento das acusações. Inicialmente, o juiz, já em tom de deboche, pergunta sarcasticamente a James se o seu cliente já estava falando com o sotaque russo, claramente demonstrando a sua imparcialidade na condução do processo. Esse fato é prontamente rebatido pelo advogado, alegando que o seu cliente apenas tem o nome russo, mas que seu passaporte é britânico, e que portanto, o simples nome não serve de fundamentação para qualificar Rudolf como criminoso. O juiz, inconformado com o que lê na petição sobre o adiamento do prazo do julgamento, pergunta a Donovan se realmente ele pretendia essa diligência e que por circunstância nenhuma iria concedê-la, pois, com base em sua convicção pessoal, já formara o seu convencimento, imputando ao réu o crime, sem conceder abertura alguma para o debate processual.

O juiz Byers na discussão que se segue com James deixa claro que acredita que o réu é um espião russo, independentemente das provas que pudessem vir a serem produzidas. De plano indefere a petição apresentada pelo advogado, igualmente, nesse caso, valendo-se do princípio do livre convencimento, não dando fundamentos concretos dos motivos que o levaram ao indeferimento. James, exercendo sua prerrogativa de advogado, defende seu cliente, dizendo que Rudolf “supostamente” era considerado um espião, sem provas concretas que lhe garantissem a acusação.

Transpondo o caso “sub judice” do filme para o ordenamento jurídico brasileiro, que historicamente nos Códigos Processuais previam o livre convencimento motivado e a livre apreciação judicial, não mais se torna aceitável, no atual Estado Democrático de Direito, sob a égide da Constituição Cidadã de 1988, continuar transferindo a resolução de casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais.

As decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas, afastando-se as fundadas exclusivamente no livre convencimento do julgador e em sua concepção pessoal. Portanto, devem estar as decisões proferidas por qualquer órgão da jurisdição, em conformidade com a constituição, que dispõe que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 está com consonância com a Constituição Federal ao reproduzir no seu art. 11 preceito de idêntico valor ao do previsto no art. 93, IX, CF.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Portanto, o dever de fundamentação das decisões Judiciais passa a ser, ao mesmo tempo, um princípio processual constitucional, um dever do juiz, além de um direito individual da parte e também garantia da Administração Pública⁷². A Constituição estabelece esse dever de fundamentar como um padrão imposto aos órgão jurisdicionais, de maneira geral, e sua inobservância acarreta a nulidade do ato decisório. Em consonância com o devido processo legal, é um dever do julgador, e faz parte essencial da resposta formal que o magistrado é obrigado a dar à parte, segundo a estruturação legal da sentença e das decisões em geral, como prevê o art. 489, II, NCPC que diz serem “*elementos essenciais da sentença*”, os “*fundamentos, em que juiz analisará as questões de fato e de direito*”. Também consiste em um direito individual da parte, porque, no processo democrático, o litigante tem o direito subjetivo de participar da formação do provimento judicial e de exigir que sua participação seja levada em conta no ato de composição do litígio, além de constituir expediente necessário ao controle da regularidade e legitimidade do exercício dos deveres do juiz natural, coibindo abusos e ilegalidade⁷³.

O dever de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia do Estado de Direito, o que implica em reconhecê-lo como um meio de promoção da segurança jurídica e garantia ínsita ao devido processo legal. É nessa consonância que o novo diploma processual civil define de forma bastante detalhada no seu art. 489, §§1º e 2º, o que é fundamentar de forma adequada qualquer decisão judicial.

O dever de fundamentação encerra com o antigo entendimento de que uma decisão poderia ser dada por livre convencimento, mesmo que esse fosse “motivado”. Assim, proíbe-

72 MARIQUITO, Carla da Silva. op. cit.

73 JUNIOR, Humberto Teodoro. *Curso de Direito Processual Civil, volume I*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1, p. 95.

se ao juiz decidir de forma discricionária, valendo-se de sua livre convicção pessoal, motivando sua decisão com base em sua própria consciência, ou seja, através do livre convencimento motivado. O juiz deve primeiro fundamentar, enfrentando todos os argumentos das partes, para depois julgar⁷⁴. A fundamentação da decisão faz valer a garantia do processo justo, tornando-se uma verdadeira condição da própria Democracia.

Outra cena muito interessante no filme se trata do episódio em que Donavan contesta o juiz Byers, entrando ambos em um debate acerca da legalidade de um ato praticado sem a devida autorização judicial. Segundo Donavan, o que consta no processo é apenas, e tão somente, um mandado de prisão civil para prender um estrangeiro, não havendo mandado de busca e apreensão dos objetos que foram encontrados no quarto de hotel em que Rudolf Abel teria se escondido. Dessa forma, Donavan contesta o juiz sobre a legalidade das provas obtidas através pra apreensão ilegal de diversos objetos de seu cliente, como uma filmadora avançada, um pincel de barba com cabo oco e um equipamento fotográfico especial (equipamentos de espionagem). James D. quer que sejam anuladas as provas obtidas ilegalmente e por consequência, segundo a Teoria do Fruto da Árvore Envenenada, todas as provas delas decorrentes. Sendo assim, James alega que a busca e apreensão é ilegal, e portanto, as demais provas que surgiram em decorrência dessa diligência são ilegais, devendo ser desentranhadas do processo.

Byers, agindo novamente de forma solipista, indefere o pedido de Donavan, contrariando expressamente as normas legais, sob o pretexto de que o direito americano não era aplicado a um estrangeiro que estivesse no país de forma ilegal, sobretudo um estrangeiro soviético. O advogado, com o intuito de reforçar o seus argumentos, cita os precedentes da suprema corte, o caso *Yick Wo contra Hopkins* (1886), em que um estrangeiro chinês teve seu direito reconhecido, mesmo entrando ilegalmente nos Estados Unidos. O magistrado, sem sucumbir aos pedidos de James, lhe nega provimento, em sentido totalmente contrário a lei e aos precedentes, argumentando que teria convicção de que Rudolf Abel era um espião soviético e que sua presença no país era uma ameaça ao modo de vida americano.

Por fim, a última cena a ser analisada se trata do episódio do julgamento perante a suprema corte norte americana, pois, diante da sentença proferida pelo tribunal que condenou o espião russo a pena de 30 anos de reclusão, Donavan recorre perante o tribunal máximo dos Estados Unidos, alegando as matérias referentes a ilicitude da prova produzida e por consequência as provas derivadas daquela ilegal.

74 PENTEADO, Luisa Vieira. *O livre convencimento motivado à luz do NCPC/15*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>>. Acesso e: 20 março 2017.

Durante o julgamento, James faz a defesa oral de seu cliente, avocando que seja cumprida a constituição, mesmo diante de um inimigo. Alega que os direitos assegurados constitucionalmente deveriam ser exercidos e respeitados, não podendo ser criadas situações de exceção e que em nenhuma circunstância tais garantias constitucionais deveriam ser suprimidas, mesmo se estando diante de um suposto inimigo. E continua, dizendo que a constituição, durante o contexto da guerra fria em que viviam, caracterizado pela corrida armamentista entre as duas superpotências mundiais, continuaria a ser a melhor e principal das armas que os Estados Unidos dispunham. Assim sendo, deveriam usar essa arma, a constituição, fazendo valer as normas nela contidas, respeitando os direitos fundamentais da presunção de inocência e devido processo legal, bem como os seus decorrentes.

Extraí-se da cena em comento que a constituição deve ser respeitada, mesmo diante de qualquer adversidade, sendo inadmissível compactuar que seja aplicada de forma plena para alguns e para outros, por características peculiares, limitada a certos aspectos. Portanto, não cabe aos julgadores decidir, segundo sua conveniência e oportunidade, a aplicação ou não dos princípios constitucionais. A todos devem ser aplicada de forma igualitária, não podendo restringir direitos fundamentais, seja quem for que estará sendo julgado.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito, através da Constituição, assegura determinadas garantias fundamentais que são invioláveis. Todavia, na prática, muitas vezes essas garantias, principalmente as ligadas ao processo, são violadas pelos responsáveis pelo exercício do poder jurisdicional. Diante da análise do filme em comento, A Ponte dos Espiões, é possível detectar com clareza nas cenas descritas as graves violações aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência. É inadmissível no atual Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje compactuar com o cerceamento destas garantias de suma importância e que foram duramente conquistadas ao longo da história. Admiti-las, mesmo nos casos considerados complexos, seria abrir um precedente para arbitrariedade. O juiz solipscista, portanto, deve ser banido do sistema judiciário, que caminha em sentido contrário ao julgador que se considera acima das partes. O processo contemporâneo é um processo democrático, que pretende a superação do livre convencimento motivado. O Novo Diploma Processual Civil de 2015 acompanhou essa tendência, abolindo qualquer menção ao livre convencimento no corpo de seu texto e trouxe uma grande novidade no que se refere a fundamentação da decisão jurídica, em seu art. 489, §1º, que define uma verdadeira criteriologia ao juiz concernente aos fundamentos de sua sentença. Esperamos em

breve uma reforma no Código de Processo Penal que elimine também o livre convencimento de seu texto, de modo que não há mais espaço para decisões proferidas ao sabor do juiz, desrespeitando as garantias processuais constitucionais e embasando sua fundamentação na livre convicção pessoal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de março 2017.

_____. Lei Nº 13.105, de 16 de março 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 de março 2017.

JUNIOR, Humberto Teodoro. *Curso de Direito Processual Civil, volume I*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2º ed. Editora JusPodivm, 2016.

MARIQUITO, Carla da Silva. *Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11892>. Acesso em: 20 março 2017.

PENTEADO, Luisa Vieira. *O livre convencimento motivado à luz do NCPC/15*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>>. Acesso e: 20 março 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 24 agosto 2016.

_____. *O fator stoic mujic, a juíza Kenarik e o papel dos advogados, hoje!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-11/senso-incomum-fator-stoic-mujic-juiza-kenarik-papel-advogados-hoje>>. Acesso em: 20 de março de 2017.

_____. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

PHILADELPHIA: DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO COMO CAUSA DE DEMISSÃO EM RELAÇÃO DE EMPREGO

Paulo Mazzante de PAULA⁷⁵

Gabriella C. ALVES⁷⁶

RESUMO

O texto tem por escopo a intenção de analisar o filme Philadelphia, lançado ano de 1993, no contexto do preconceito, discriminação do trabalhador e as ações possíveis para a conscientização das partes envolvidas na relação de emprego. Nesse aspecto, visa ponderar sobre a visão mundial atinente ao tema, inclusive considerando a preocupação da Organização Internacional do Trabalho e a questão dos abusos cometidos no Brasil relativo ao assunto, na perquirição do cumprimento do ordenamento jurídico e da efetivação dos direitos fundamentais e sociais do cidadão trabalhador. Pretende-se ainda verificar se os preconceitos ocorridos nas relações trabalhistas não são exclusivos do Brasil, conforme retrata o filme Norte Americano. De forma que apesar de o arcabouço jurídico pátrio ser alvo de elogios internacionais no que concerne ao combate e erradicação da síndrome da imunodeficiência adquirida, também há que se trabalhar na efetivação do respeito do trabalhador portador da aludida doença no ambiente de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: AIDS; Direitos humanos. Estabilidade. Indenização. Reintegração ao serviço.

ABSTRACT

The text is intended to analyze the film Philadelphia, launched in 1993, in the context of prejudice, discrimination of the worker and possible actions to raise awareness of the parties involved in the employment relationship. In this regard, it intends to consider the world view on the subject, including the concern of the International Labor Organization and the issue of abuses committed in Brazil in this regard, in the investigation of compliance with the legal system and in the implementation of the fundamental and social rights of the Working citizen. It also intends to verify if the prejudices occurred in the labor relations are not exclusive of Brazil, as it depicts the North American film. Thus, although the country's legal framework is the subject of international praise regarding the fight against and eradication of the acquired immunodeficiency syndrome, it is also necessary to work towards the respect of the worker with the disease in the work environment.

KEY WORDS: AIDS. Human rights. Indemnity. Stability. Reintegration to work.

INTRODUÇÃO E RESENHA DO FILME PHILADELPHIA (1993)

O filme Philadelphia de 1993, dirigido por Jonathan Demme e escrito por Ron Nyswaner, retrata o caso de um jovem advogado que trabalhava para uma grande firma de advocacia, localizada na Filadélfia (EUA). Andrew Beckett o jovem advogado era

75 Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho-PR). Especialista em Processo Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (SP). Graduado em direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Professor de Direito do Trabalho das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Membro do Conselho Regional de Prerrogativas de Marília (SP): e-mail: pmp.adv@globo.com

76 Graduanda no curso de Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO).

homossexual e portador do vírus HIV.

Era aidético e a época em que se passa o filme era muito comum associar a AIDS com homossexualismo, muitos acreditavam ser a chamada “peste gay”, sendo até referido fato citado no filme.

A personagem principal demonstrou alguns dos sintomas comuns para a mencionada doença que eram as manchas na pele, emagrecimento e cansaço, motivo pelo qual seus chefes, os sócios da referida advocacia, perceberam o avanço da doença.

Então seus chefes lhe dão um caso importante e de grande repercussão para a empresa, em 10 dias Andrew trabalha para atender o prazo e protocolar a manifestação. No último dia do prazo ele consegue terminar o serviço, porém tal petição “desaparece” e de última hora é encontrada em um arquivo de processos encerrados fazendo parecer que Andrew foi irresponsável, motivo pelo qual o jovem advogado é demitido. Evidentemente que houve sabotagem para provocar a dispensa do profissional.

Andrew, após procurar vários profissionais, contrata um advogado de pequenas causas e processa a sua antiga empresa, demonstrando que a demissão foi preconceituosa. Ao longo do processo seu advogado Miller prova para um júri que a firma empregadora de Andy o demitiu por conta da AIDS e do homossexualismo.

Ao final acabam conseguindo a vitória no Tribunal e uma indenização milionária. O filme retrata Andy morrendo e por fim o seu velório.

O presente artigo tem por objetivo analisar o enredo do filme declinado e a situação do preconceito na relação de trabalho, principalmente no Brasil, na busca do cumprimento do ordenamento jurídico e da efetivação dos direitos fundamentais e sociais do cidadão.

1. PRECONCEITO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Primeiramente há de se ter claro que o preconceito é uma forma de discriminação, haja vista ser a internalização de conceitos pré-concebidos sobre certas pessoas com características “diferentes” do “comum”, demonstrando assim a capacidade das pessoas de julgar outras por conta de um senso comum.

Os preconceitos ocorridos nas relações trabalhistas não são exclusivos do Brasil, conforme retrata o filme Norte Americano.

Há uma preocupação da própria Organização Internacional do Trabalho que aprovou a Convenção Internacional n.º 111, que foi ratificada pela Presidência da República do Brasil e adotada pela justiça pátria, com a promulgação do Decreto n.º 62.150 de 19 de janeiro de 1968.

A justificativa do aludido documento internacional considera que “todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais”.

E ainda: “que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Na Constituição da República Federativa do Brasil encontram-se várias expressões e proibições de discriminação, ou seja, racial, sexual, religiosa, idade, deficiência etc., conforme estabelecem os artigos 7º, incisos XXX e XXXI, 3º, inciso IV e 5º, incisos XLI e XLII.

Referidos dispositivos delimitam uma conduta, principalmente a observância da igualdade na lei e perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que já deveria ser adotada naturalmente pela sociedade, ou seja, a igualdade entre todos independente de suas escolhas, cor, gênero entre outros.

Além da Constituição Federal, existem também previsões contra a discriminação na Consolidação das Leis do Trabalho, nos seus artigos 5º e 461.

A jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula 443, cuida da dispensa discriminatória, do preconceito e da presunção favorável ao empregado portador de doença grave, determinando a reintegração ao serviço do trabalhador. O texto complementa a questão do preconceito:

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.

Neste sentido, ainda, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, concedeu estabilidade ao funcionário que tem AIDS, conforme acórdão em que figura como Relator Rider Nogueira de Brito, processo RODC nº. 58967/2002.

Note-se que o Tribunal Superior do Trabalho não definiu o que é “doença grave”, ficando a cargo do julgador a aplicação do precitado enunciado no caso concreto.

Porém, é expreso no caso do trabalhador portador do HIV, atribuindo uma presunção relativa em favor do empregado.

A autora Sonia Mascaro Nascimento (2005) esclarece o seguinte:

A Lei nº. 9.029, em seu artigo 4º, seguindo esta determinação, estabelece que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre: a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. É neste tipo de previsão legal que se fundamenta a vedação de qualquer

conduta discriminatória, inserindo-se aí o ato de discriminação ao portador do vírus HIV.

Assim a discriminação apesar de legalmente proibida, ocorre de maneira recorrente no dia a dia, no Brasil e no exterior, não somente nas relações de trabalho como também nas demais situações. Evidentemente, que é dever do cidadão combater tal preconceito e quisera um dia não fossem necessárias referidas previsões legais.

Neste sentido:

Ou seja, a discriminação deve ser combatida para efetiva concretização da democracia moderna, pois não seria justo excluir trabalhadores aptos a cargos por motivos supérfluos e desmoralizantes, devendo o Estado por meio das políticas públicas continuar fiscalizando e punindo os infratores. (PIRES, 2017, p. 3).

NASCIMENTO apud PIRES (2017), relata que discriminar é preferir a outrem em detrimento deste sem causa justificada, geralmente por motivos de preconceito em relação ao sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física entre outros fatores.

Assim, numa relação de trabalho é muito comum haver discriminações de variados tipos, mesmo que “mascaradas”, pois como existe a proibição às pessoas tendem a evitar demonstrar o real motivo de demissões sem justa causa, quando por motivos discriminatórios.

Existem, porém, jurisprudências sobre tal assunto demonstrando que há necessidade de concretização do aspecto pedagógico e que nem sempre os infratores são punidos.

Evidentemente que se o empregado comete falta grave poderá ser demitido, visto que a presunção existente favorável ao empregado é relativa e admite-se prova em contrário.

2. A JURISPRUDÊNCIA E A DOUTRINA REFERENTES À DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Sempre houve conflito entre o capital e o trabalho, motivo pelo qual na Sociedade Industrial há necessidade de intervenção do Estado na relação das partes.

Segundo Eduardo Zylberstajn (2017, p. A3):

isso ocorre por conta das metas distintas das duas partes: de um lado, o empregador prioriza os interesses de sua empresa (lucro e valor de mercado, por exemplo); de outro lado, o trabalhador busca a maior remuneração, as melhores condições e o maior tempo livre possíveis.

E ainda:

É importante reconhecer a legitimidade desses conflitos. Dessa forma, entendemos que qualquer relação de trabalho será fruto de uma negociação entre as partes que determinará as obrigações e os direitos de cada lado. Evidentemente, o mercado de trabalho só funcionará bem se esses conflitos forem resolvidos de forma equilibrada e justa. Sabemos, no entanto, que, sozinho, o mercado não produz soluções com essas características. Nesse caso, alguma intervenção do Estado precisa ocorrer.

A Justiça do Trabalho, quando acionada, vem enfrentando a questão do preconceito,

reintegração ao serviço, indenização por perdas e danos de forma equilibrada e justa. Ou seja, tem atuado de forma rígida quando acionada.

Evidentemente que há dificuldade na comprovação dos fatos, visto que, inicialmente, cabe ao empregado o ônus da prova. Portanto, caberá ao reclamante demonstrar os fatos constitutivos do seu direito. Em situações excepcionais, o Juiz do Trabalho pode inverter o ônus da prova, atribuindo ao empregador o ônus da prova.

Aliás, o caso retratado no filme Philadelphia é bastante corriqueiro no Brasil, motivo pelo qual os “Andrew Beckett” tupiniquins ou os jovens homossexuais brasileiros, portadores do vírus HIV merecem proteção do Poder Judiciário para coibir os abusos cometidos na relação de trabalho.

Esclarece a autora Ariane Ragusa Guimarães (2010, p. 127) ao comentar o que os indivíduos buscam nas organizações hipermodernas que existe uma constante situação de prova, um permanente estado de estresse. Ou seja “os sujeitos tomam tranquilizantes ou excitantes para ter bom desempenho e mostrar sua excelência. Apesar dos esforços despendidos, eles são descartados quando é conveniente para a empresa”.

Portanto, se são sempre descartados quando é conveniente para o empregador, ainda mais no caso da doença, que envolvem o preconceito e o despreparo patronal.

A pesquisa jurisprudencial levada a efeito junto aos tribunais brasileiros demonstra a dificuldade da realização da prova no processo e que a justiça vem proporcionando a reintegração do trabalhador e a fixação de indenização em favor do trabalhador.

A Juíza Anielly Varnier Comerio Menezes Silva (processo nº. 0000037-58.2015.5.03.0045) ao julgar procedente a ação trabalhista, esclarece e resolve a questão do ônus da prova:

não houve qualquer prova de outra motivação para a ruptura do contrato de trabalho, ela presumiu verdadeira a dispensa arbitrária alegada. Nesse contexto, por não comprovado motivo distinto para a ruptura contratual, não sendo suficiente às alegadas `adequações em seu quadro de funções´, prevalece à tese de abuso do direito potestativo de resilir o contrato de trabalho, em flagrante violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Desse modo, a discriminação configura-se na atitude patronal que produziu uma distinção injustificada, consistente no descarte do empregado doente, ignorado em sua condição de pessoa dotada de dignidade, à medida que privado de sua fonte de sustento, sendo excluído do único instrumento de acesso à cidadania que lhe é possível na sociedade: o trabalho.

Houve a procedência da ação e foi interposto recurso. A decisão foi mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3º região (Minas Gerais). A reclamada, não se conformando com o v. acórdão, ingressou com o recurso de revista e, posteriormente, com o agravo de instrumento. A decisão de primeiro grau ficou assim decidida:

A magistrada também entendeu ser devida ao empregado uma indenização por danos morais, danos esses que considerou incontestáveis, por presumíveis o sentimento de tristeza e humilhação em razão da dispensa em um grande momento de abalo emocional, decorrente da própria doença. Assim, com base nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, e levando em conta a condição socioeconômica da vítima (que recebia média de R\$2.400,00 por mês); a do réu (consórcio de grande porte, formado por empresas de grande relevância do cenário empresarial mineiro); a grave natureza da doença incurável, agravada pela conduta discriminatória; o período de contrato (um ano e três meses), a julgadora fixou a indenização em R\$ 50.000,00.

A dificuldade envolve o próprio reclamante que muitas vezes tem medo da exposição com o ingresso judicial, além da dificuldade da realização da prova, obtenção de testemunhas, documentos, contratação de advogado etc.

Evidentemente que o processo deverá tramitar em segredo de justiça para a preservação do autor. Entretanto, a exposição do reclamante é inevitável no ambiente empresarial.

Note-se que, no caso adiante, houve a inversão do ônus da prova e a comprovação pelo empregador que não houve a dispensa preconceituosa do empregado. Portanto, restou estabelecido que exista uma presunção relativa em favor do empregado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPREGADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. VALIDADE. CARÁTER DISCRIMINATÓRIO. Aparente contrariedade à Súmula 443 do TST, nos moldes do art. 896 da CLT, a ensejar o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. EMPREGADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. VALIDADE. PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO ELIDIDA POR PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 1. À luz da jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula 443 do TST, presume-se discriminatória a despedida de empregador portador do vírus (caso dos autos). E, inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. 2. Trata-se, contudo, de presunção relativa, que pode ser afastada por prova em sentido contrário. Recai, assim, sobre o empregador, o ônus de demonstrar que o ato de dispensa se deu em desconhecimento do estado do empregado ou que decorreu de outra motivação lícita que não a sua condição de saúde. Cabe à empresa, portanto, provar que a dispensa do empregado portador de doença grave se deu por motivo plausível, razoável e socialmente justificável capaz de afastar o caráter discriminatório do término contratual. 3. No caso, o Tribunal Regional, ao exame do conjunto fático-probatório, concluiu que a presunção que deriva da Súmula 443 do TST foi elidida por prova em sentido contrário. Com efeito, está consignado no acórdão regional que "o reclamado desincumbiu-se a contento do ônus de provar que o motivo pelo qual dispensou o reclamante estava relacionado com o desempenho técnico funcional do mesmo e não pela sua condição de saúde". 4. Assim, o exame das alegações recursais em sentido diverso, de que a despedida foi discriminatória em razão do estado de saúde do reclamante, demandaria a reavaliação da prova, o que é obstaculizado pela Súmula 126/TST. Recurso de revista não conhecido, no tema.

Nos demais casos, adiante mencionados, foram reconhecidos como inadmissíveis o preconceito e a discriminação em relação ao empregado, principalmente com fundamento na súmula nº. 443 do Tribunal Superior do Trabalho, concretizando o direito humano do trabalhador.

As ações foram julgadas procedentes, inclusive quanto ao pedido de indenização por perdas e danos decorrentes do evento, com a fixação dos danos morais para a proteção do trabalhador. Neste sentido:

TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO E DESRESPEITOSO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. MAJORAÇÃO. À luz dos critérios definidos na doutrina e na jurisprudência para a fixação do valor da indenização por danos morais, em especial a gravidade da conduta praticada em desfavor do reclamante, que era discriminado e desrespeitado em função de sua opção sexual, verifica-se que o valor fixado a título de danos morais pelo Tribunal Regional, de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), não contempla a necessária proporcionalidade consagrada no art. 944 do CC. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. Recurso de Revista não conhecido. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 1851-10.2011.5.02.0034 , Redator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 08/02/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/02/2017, g.n.).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DEPENDENTE QUÍMICO. DOENÇA GRAVE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÚMULA Nº 443 TST. DEVIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O Tribunal de origem excluiu da condenação o pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 100.000,000 (cem mil reais), ao fundamento de que, apesar de reconhecida a nulidade da dispensa do autor, que faz uso de substâncias químicas e é portador de doença reconhecida pela OMS, não se caracteriza dano moral indenizável, porque incontroversa a conduta inadequada do reclamante, que tinha faltas injustificadas ao trabalho. Esta Corte superior, por meio da Súmula nº 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave, como portadores do vírus HIV, câncer, dependência química, etc, ou se o empregado apresenta sinais de doença que suscite estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa, sob pena de presumir-se discriminação. Desse modo, visando à proteção dos trabalhadores que se encontrem em situações de vulnerabilidade, impõe-se ao empregador uma obrigação negativa, qual seja, a comprovação de que a dispensa não possui contorno discriminatório, buscando, assim, assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho e a concretização do comando constitucional da busca do pleno emprego. Impende salientar que a dependência química é reconhecida como doença pela OMS, pois gera compulsão ao consumo de substâncias psicoativas, que retiram a capacidade e o discernimento dos atos dos dependentes químicos. Dessa maneira, deve o empregador encaminhar o empregado ao INSS para tratamento, e não puni-lo com a dispensa. Na hipótese, verifica-se que houve dispensa discriminatória do obreiro, tanto que foi reconhecida a sua nulidade, sendo cabível a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais que, por sua vez, prescinde de prova. Precedentes. Observa-se que, no recurso ordinário de ambas as partes, houve questionamento quanto ao valor arbitrado na sentença, no importe de R\$ 100.000,000 (cem mil reais), o que enseja o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, para que se manifeste sobre o valor estipulado pelo Juízo de origem. Assim, determina-se o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho, a fim de que analise o valor da condenação à indenização por danos morais, como entender de direito. Recurso de revista conhecido e provido. Fica SOBRESTADA a análise dos temas remanescentes do recurso, devendo estes autos, oportunamente, retornar a esta Turma para que sejam apreciadas as matérias ali constantes, com ou sem a interposição de novos recursos pelas partes. (RR - 355-16.2014.5.02.0009 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 08/02/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/02/2017, g.n.) .

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. DANO MORAL. 1 - Ao contrário do que foi consignado no despacho denegatório, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.015/2014. Porém,

o recurso de revista não alcança processamento quanto ao tema em epígrafe por motivo diverso. 2 - No caso, conforme se depreende do acórdão do Regional, o reclamante sofre de câncer, e foi dispensado 3 meses após a alta previdenciária para tratamento oncológico. Ficou assentado também que não se pode afirmar a cura do câncer por um período de até 5 anos sem recidivas. Diante desse contexto, entendeu o Tribunal Regional que se presume a dispensa discriminatória, pois a reclamada não se desincumbiu de provar o contrário. 3 - Acerca da presunção discriminatória da dispensa de empregado portador de doença grave ou estigmatizante, o TRT decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, uniformizada por meio da Súmula nº 443, no seguinte sentido: "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". 4 - A situação fática descrita autoriza a conclusão de que os requisitos para concessão da indenização foram preenchidos (dor moral, nexos de causalidade entre a ação e o dano, e culpa da empregadora). Intactos os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. 5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento, no particular. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE REINTEGRAR EM OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EM DOBRO. DISCUSSÃO QUANTO AO LIMITE DA INDENIZAÇÃO. CONSIDERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA ATÉ A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A CONVERSÃO, OU APENAS ATÉ A DATA DESSA DECISÃO. 1 - Ao contrário do que consignado no despacho denegatório, foi demonstrado no recurso de revista o prequestionamento da matéria em epígrafe. 2 - Por outro lado, verifica-se que a determinação do TRT de que a indenização em dobro em decorrência da dispensa discriminatória abranja os salários devidos até o trânsito em julgado da decisão, aparentemente contraria a Súmula nº 28 do TST. Assim, é conveniente o processamento do recurso de revista quanto ao tema em epígrafe para melhor exame da matéria. 3 - Agravo de instrumento a que se dá provimento, no particular. II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE REINTEGRAR EM OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EM DOBRO. DISCUSSÃO QUANTO AO LIMITE DA INDENIZAÇÃO. CONSIDERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA ATÉ A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A CONVERSÃO, OU APENAS ATÉ A DATA DESSA DECISÃO. A indenização prevista no art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95 deve ser limitada ao período de afastamento, que compreende o período entre a data da rescisão contratual e até a data da primeira decisão reconhecendo a dispensa discriminatória. Nesse sentido, a Súmula nº 28 do TST: "No caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão". Há julgados sobre a matéria no mesmo sentido. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 1891-58.2015.5.11.0015 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 08/02/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/02/2017, g.n.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. NULIDADE DA DISPENSA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. I - Reportando-se à decisão impugnada, vê-se que a Corte local, alicerçada no inamovível substrato fático-probatório dos autos, a teor da Súmula nº 126/TST, concluiu pela nulidade da dispensa e consequente reintegração do autor, dada a evidência de inaptidão para o trabalho no momento da rescisão contratual. II - Com efeito, ainda que o reconhecimento da incapacidade tenha ocorrido após reanálise do pedido pelo INSS, em sede de recurso administrativo, uma vez comprovada a inaptidão laboral no momento da rescisão, caracterizada está a suspensão do vínculo, gozando o empregado de licença não remunerada, a teor dos artigos 476 da CLT e 63 da Lei nº 8.213/91. III - Nessa trilha, estando a decisão recorrida em harmonia com os dispositivos legais regentes da matéria, afigura-se indiscernível a propalada vulneração ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. IV - Agravo de instrumento a que se nega provimento. 2. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. DOENÇA GRAVE QUE SUSCITA ESTIGMA OU PRECONCEITO. DANO IMATERIAL

CONFIGURADO. I - Reportando-se à fundamentação da decisão impugnada, vê-se que o não reconhecimento do caráter discriminatório da dispensa fora sedimentado em dois pilares: ausência de prova de que o ato foi discriminatório, ônus que se advertiu seria do reclamante, e não enquadramento da patologia na descrição da Súmula nº 443 do TST. II - Do teor da Súmula 443 do TST se constata a possibilidade de presumir-se discriminatória a dispensa do empregado portador de patologia grave que suscite estigmas ou preconceitos. III - Não é demais advertir que a dita presunção milita em favor do empregado, sabidamente hipossuficiente na relação empregatícia, situação agravada na hipótese de acometimento de grave moléstia. IV - Nesta trilha, sendo tal presunção juris tantum, possui esta Corte firme entendimento no sentido de que cabe ao empregador o ônus de demonstrar que a dispensa decorreu de motivo legítimo, alheio a fator discriminatório relacionado à doença do empregado. Precedentes. V - Ademais, ao analisar casos em que o empregado é portador de doença mental grave, como a esquizofrenia, este Tribunal tem reconhecido o caráter grave e ensejador de estigmas da patologia, na esteira do que preleciona a Súmula 443 do TST. Precedentes. VI - Nesse contexto, forçoso reconhecer a natureza discriminatória da dispensa, nos exatos termos do que preleciona a Súmula 443 do TST. VII - A par de tal conclusão, resta tecer breves considerações acerca do direito a indenização por danos morais, pleito subjacente ao reconhecimento da abusividade da dispensa. VIII - Cumpre salientar que o dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato em função do qual a parte diz tê-lo sofrido. IX - Por isso mesmo é que em se tratando de atos praticados no âmbito da relação de emprego há de se provar que ele tenha ocorrido por dolo ou culpa do empregador, cabendo ao Judiciário se posicionar se o dano dele decorrente se enquadra ou não no conceito de dano moral. X - É certo, de outro lado, que o inciso X do artigo 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida, no entanto, a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III, da Constituição. XI - Significa dizer que a norma do inciso X do artigo 5º da Constituição deve merecer interpretação mais elástica, a fim de se incluir entre os bens ali protegidos não só a honra e a imagem no seu sentido mais estrito, mas também sequelas psicológicas oriundas de ato ilícito, em razão de elas, ao fim e ao cabo, terem repercussões negativas no ambiente social e profissional. X - No caso dos autos, restou configurada a natureza discriminatória da dispensa, pois o empregado era portador de doença mental grave de conhecimento da empresa, que ainda assim procedeu à dispensa sem justa causa logo após o retorno do INSS, não tendo feito prova de que havia qualquer motivo alheio ao estado de saúde do empregado para o rompimento contratual. XI - Nesse contexto, inegável à violação à esfera extrapatrimonial do autor, fazendo jus, portanto, à reparação pretendida. XII - Recurso de revista conhecido e provido. (ARR - 2109-96.2014.5.09.0041 , Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 08/02/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/02/2017, g.n.).

Portanto, comprovada tal motivação, será devida ao obreiro a reintegração ao emprego e/ou indenização, em dobro ou de forma simples, por danos morais, materiais e perdas e danos, tudo acrescido de juros e correção monetária.

A condenação evidentemente tem efeito pedagógico, motivo pelo qual servirá para a conscientização dos empregadores para que evitem o preconceito e a discriminação na relação de emprego.

3. CONSCIENTIZAÇÃO PATRONAL E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

O único tipo de discriminação aceitável seria a “positiva”, que o Estado ao invés de somente proibir cria meios de incentivo para equilibrar a desigualdade. Motivo pelo qual, por exemplo, a mulher tem mais tempo de descanso entre a jornada de trabalho e as horas extras, nos termos do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Neste sentido:

A chamada discriminação positiva é aquela que visa a proteção das camadas discriminadas da população através da criação de mecanismos de tratamento diferenciado na ordem jurídica, em favor desses, ou das práticas das chamadas ações afirmativas ("affirmative action"). (...) Sob um prisma sociológico e psicológico, o Estado, com tal atitude, objetivou forçar uma convivência dentro da sociedade entre diversos grupos: brancos, negros, portadores de deficiência etc., de modo que, algum tempo depois, convivendo com as diferenças, as pessoas passassem a respeitá-las. (LORENTZ, 2017).

Portanto, existem políticas para melhorar a aceitação e o respeito do empregado dentro das relações de trabalho.

Evidentemente, ainda, que a fixação por dano moral tem efeito pedagógico, no sentido de coibir os abusos e os prejuízos ao trabalhador.

Segundo Sonia Mascaro Nascimento (2005, P. 120) há necessidade de educar as partes envolvidas na relação. Ou seja:

uma maior conscientização de toda população, principalmente dos empresários, no sentido de se construir uma cultura baseada simplesmente no fato de que as pessoas nascem iguais e assim serão.

Complementa a mencionada autora que a proibição da discriminação é uma tentativa correta do legislador e do judiciário para regular a ação entre os particulares, no sentido de “suplantar o princípio da igualdade formal e de realizar a igualdade material”.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho duas entre três pessoas vivendo com HIV/AIDS trabalham todos os dias. No Brasil, segundo o Boletim Epidemiológico do Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais do Ministério da Saúde do Brasil, a maioria da parcela da população que tem HIV no Brasil tem faixa etária que inclui a maior parte da mão-de-obra ativa no país.

Adverte Alice Monteiro de Barros (2013, p. 938) o seguinte:

Sob o prisma das relações de emprego, a questão da AIDS coloca em jogo direitos fundamentais: de um lado, o direito do cidadão a trabalhar, a não ser discriminado e a ter preservada a sua intimidade, impedindo que seja conhecido o seu estado de saúde, pelas graves consequências que tal conhecimento provoca, e, de outro lado, o direito da comunidade à saúde. Diante da contraposição desses direitos fundamentais, torna-se urgente a definição de políticas a serem adotadas pelo governo e por entidades sindicais para tornar efetivo o exercício desses direitos.

Segundo o médico Dirceu Greco (2012), no Brasil, “o Conselho Empresarial Nacional de prevenção ao HIV estima que, para cada real investido em educação e prevenção

à AIDS, cerca de R\$ 36,00 são economizados em tratamento”.

Esclarece o médico, ainda, que as empresas podem e devem elaborar ações e programas, disseminando informações e campanhas de prevenção. Também devem prestar assistência, apoio e treinamento aos trabalhadores e suas famílias; combater a discriminação e o preconceito; suscitar o debate e a troca de experiências; e negociar com os sindicatos cláusulas específicas em convenções e acordos coletivos de proteção social a seus funcionários.

Esclarece o autor “que os resultados comprovam a importância de envolver o empresariado brasileiro na adesão às políticas de prevenção à epidemia no ambiente de trabalho, bem como no apoio ao trabalhador vivendo com HIV”.

E complementa:

Atento a isso, o CEN AIDS, alinhado com o Ministério da Saúde e o Unids, vem promovendo ações destinadas não apenas aos funcionários e familiares das grandes empresas que o compõem, mas também campanhas de mobilização e participação em espaços de elaboração de políticas públicas de resposta à epidemia. Suas ações atingem mais de 50 milhões de pessoas em todo o país. Até hoje, as empresas que participam do Conselho já investiram mais de R\$ 5 milhões em divulgação, mobilização e reconhecimento de ações de prevenção.

O setor privado é importante aliado do Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais na Comissão Nacional de AIDS (Cn aids). A principal instância de consulta das políticas nacionais de resposta à AIDS no Ministério da Saúde tem a participação ativa do CEN AIDS.

A iniciativa permite ao empresariado não apenas ter voz, mas também manter contato e diálogo com os diversos atores que fazem parte da resposta à doença. A criação do Conselho e a instituição da data alusiva ao tema no setor fazem do Brasil pioneiro no reconhecimento da importância do ambiente de trabalho como meio estratégico de prevenção ao HIV. Há necessidade de efetivação destas medidas, tornando de forma concreta o ambiente de trabalho solidário.

E finalmente, o autor esclarece a importância da responsabilidade social empresarial e a recomendação da Organização Internacional do Trabalho:

para fortalecer iniciativas nessa linha, a OIT lançou, em junho de 2010, a Recomendação 200. O documento traz uma série de orientações para promover ações de proteção à saúde do trabalhador. São princípios para nortear políticas e programas de responsabilidade social na gestão empresarial, voltados à prevenção das doenças sexualmente transmissíveis (DST) e AIDS no mundo do trabalho.

Evidentemente que a luta é de todos os envolvidos, não só do Governo, Organização Internacional do Trabalho, Sindicato e demais gestores. A discriminação do empregado é inadmissível e deverá ser alvo de reflexão das autoridades nacionais e internacionais, bem contar com a colaboração dos trabalhadores, empregados e os Sindicatos que representam as

categorias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário inicialmente ações de esclarecimentos e conscientização feitas pelo Governo, Sindicatos, gestores etc. endereçadas aos empregadores e trabalhadores, inclusive para saibam lidar com a situação do empregado contaminado.

Aliás, atitudes cotidianas deverão ser esclarecidas como, por exemplo, beber no mesmo copo, que, segundo orientações médicas, não oferecem riscos e as ações que oferecem alto risco (sexo, seringa, doação de sangue, amamentação etc.).

A conscientização deverá envolver também o combate ao ato homofóbico com realce ao respeito humano destinado ao cidadão, que poderá continuar trabalhando sem prejudicar os demais companheiros de trabalho.

O Governo Federal do Brasil sempre elogiado nas ações de erradicação da contaminação por HIV/AIDS deverá implantar campanhas de esclarecimentos direcionadas aos trabalhadores e empregadores, com intuito de manutenção saudável da relação de emprego. Buscar perspectivas para o respeito do direito do trabalhador, principalmente no enfoque dos direitos humanos.

É necessária, ainda, a proteção da saúde do trabalhador, proporcionando tratamento para que tenha uma qualidade de vida saudável. Portanto, não basta apenas a questão financeira do empregador, ou seja, tem que pensar também no bem-estar do cidadão.

A Justiça do Trabalho deverá coibir os abusos cometidos em relação aos trabalhadores, constituindo as condenações impostas exemplos pedagógicos e conscientização dos empregadores. Ou seja, a reintegração ao serviço e a fixação do dano moral deverá incentivar que condutas deste tipo não sejam permitidas.

Quantos Andrew Beckett existem no universo do trabalho brasileiro? Quantos jovens desamparados por motivo de doença grave? Quanto preconceito envolvendo homossexualismo e os portadores do vírus HIV?

Há que se enfrentar o desafio e efetivar os direitos humanos, fundamentais e sociais do trabalhador, evitando o preconceito e possibilitando uma sociedade mais justa.

Enfim, que Andrew Beckett sirva de exemplo para a conscientização do ambiente de trabalho mundial e principalmente do Brasil, evitando-se a discriminação do empregado e o preconceito.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, 9ª edição, 2013, Saraiva, p. 938.

GRECO, Dirceu. AIDS no mundo do trabalho. Disponível em: www.aids.gov.br/noticia/2012/aids-no-mundo-do-trabalho. Acesso em abr. 2017.

GUIMARÃES, Ariane Ragusa. Uma leitura psicanalítica dos processos de subjetivação do trabalhador: a questão do desamparo no contemporâneo. In Psicologia e Trabalho: desafios e perspectivas, Organizador Francisco Hashimoto, Unesp, 2010, p. 127.

PIRES, Bruno Laurito. O princípio da igualdade de tratamento aplicado nas relações de trabalho. Disponível em: <https://blauritopires.jusbrasil.com.br/artigos/11371954/o-principio-da-igualdade-de-tratamento-aplicado-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em fev 2017.

LORENTZ, Lutiana Nacur. A Luta do Direito Contra a Discriminação no Trabalho. Disponível em: < <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub61.html>>. Acesso em fev 2017.

NASCIMENTO, Sonia Mascaró. A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro. In Revista do Advogado nº. 82, ano XXV, junho de 2005, Direito do Trabalho: Questões atuais, p. 120.

Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudências. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em abril 2017.

Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudências. Disponível em:< <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em fev 2017.

ZYLBERSTAJN, Eduardo. Imposto sindical deveria ser extinto? Sim. Mudar regras para fortalecer associações. In Folha de São Paulo, opinião tendências/debates, 15 de abril de 2017, p. A3.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AO SUÍCIDO SOB A ANÁLISE DA SÉRIE “13 REASONS WHY”

Victor Hugo Mergel SCATOLIN⁷⁷

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise das políticas públicas que buscam a proteção as mulheres vítimas de violência de gênero e ao suicídio, através da análise da série norte-americana “13 Reasons Why”. Essas políticas são de grande importância para as mulheres se encontram numa situação de maior perigo e fragilidade diante da violência sofrida diariamente e não encontram uma saída, ocorrendo em alguns casos, o suicídio por conta do sofrimento causado. A conclusão advinda de todas as informações presentes no trabalho é de que existe a necessidade de lutar pela mudança do pensamento da população em geral e da maior atuação do poder público na forma de seus órgãos responsáveis na proteção das vítimas desse tipo de violência e à prevenção ao suicídio, sobretudo das vítimas dessa violência de gênero. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo como método de abordagem, bem como as técnicas de pesquisa indireta documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: Políticas Públicas. Violência de Gênero. Suicídio.

ABSTRACT

The present study aims to analyze public policies that seek to protect women victims of gender violence and suicide, through the analysis of the American series "13 Reasons Why." These policies are of great importance for women who find themselves in a situation of greater danger and fragility in face of the violence suffered daily and do not find a way out, occurring in some cases, the suicide due to the suffering caused. The conclusion from all the information present in the work is that there is a need to fight for the change of the thinking of the population in general and for the greater performance of the public power in the form of its organs responsible for the protection of the victims of this type of violence and the prevention to suicide, especially of the victims of this gender violence. For the development of the research, the deductive method was used as method of approach, as well as indirect documental and bibliographic research techniques.

KEY WORDS: Public policy. Gender Violence. Suicide.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, garantiu a todos os cidadãos igualdade de direito entre os sexos, sem distinção de qualquer natureza, ao afirmar em seu inciso I que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Porém, ao longo da história da humanidade, as civilizações impuseram uma posição social de inferioridade às mulheres.

O Brasil é um país essencialmente machista, mas, essa situação de opressão não para por ai, pois essa inversão de valores acaba gerando problemas muito mais sérios e

⁷⁷ Bacharelado em Direito do 5º ano pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: victorscatolin92@gmail.com.

preocupantes: a violência contra as mulheres. Seja psicológico, físico, sexual ou qualquer outro tipo de violência, as mulheres sofrem diariamente com a violência de gênero, e muitas vezes, quando não acabam mortas pelas mãos dos agressores, estas vítimas não conseguem se livrar desse sofrimento, e acabam tirando a própria vida. Esses diversos tipos de violência possuem índices alarmantes no país, levando ainda, em muitos casos, as pessoas a serem contaminadas por essa lógica machista, colocando a mulher vítima de violência de gênero na condição de culpada pelo crime. Através desses apontamentos, percebe-se a imensa falta de consciência e de conhecimento que esse pensamento patriarcal e preconceituoso causa na população em geral.

Portando, defende-se a necessidade de tratar as mulheres vítimas de violência de gênero com mais zelo e atenção, principalmente no que tange a atuação das políticas públicas, bem como da população e de todos os setores sociais.

Neste trabalho, busca-se esclarecer como surgiu e se consolidou a violência contra a mulher no Brasil, destacando a violência de gênero em suas mais variadas formas, bem como trazer em tela o risco do suicídio, sobretudo das mulheres vítimas de violência. E ainda, observar as políticas públicas existentes para a proteção tanto da violência de gênero como do suicídio, através da análise da série norte americana “13 Reasons Why” e sua repercussão no Brasil, principalmente entre os jovens.

Com o fito de solucionar a problemática trazida, empregou-se como método de abordagem o método dedutivo, ao passo que se iniciou de uma premissa geral acerca da violência de gênero bem como do suicídio de forma ampla, para que então o tema fosse afunilado no sentido de tratar principalmente do suicídio como consequência dessa violência de gênero de forma específica, bem como da realidade das políticas públicas no combate a esses temas no Brasil.

1 FORMAÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência sempre esteve presente na história humana e está enraizada nas relações sociais. Este mal social sempre gerou diversos impactos negativos e pode ser verificado mundialmente das mais variadas formas de realização. Anualmente milhões de pessoas perdem a vida direta ou indiretamente por causa da violência, e ainda existem outras milhões que sofrem ferimentos não fatais resultantes de agressões, mas que marcam permanentemente a vida e a existência dessas vítimas.

Todo parecer acerca da violência deve iniciar pela definição de suas várias formas, de modo que simplifique a sua medição científica, sendo possível delimitar a violência de muitas

maneiras. A Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou o *Relatório mundial sobre violência e saúde*, no qual define a violência como:

[...] uso intencional da força física ou do poder real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.⁷⁸

Ainda de acordo com o *Relatório mundial sobre violência e saúde*, foi desenvolvido um estudo simples e não muito abrangente acerca dos tipos de violência, bem como seus vínculos entre eles. Essa tipologia acabou dividindo a violência em três grandes categorias, de acordo com o agressor do ato violento:

a) Violência dirigida a si mesmo (auto-infligida); b) Violência interpessoal; c) Violência coletiva. Essa categorização inicial faz a distinção entre a violência que uma pessoa inflige a si mesma, a violência infligida por outra pessoa ou por um pequeno grupo de pessoas, e a violência infligida por grupos maiores como, por exemplo, Estados, grupos políticos organizados, grupos de milícia e organizações terroristas.⁷⁹

De todos os tipos de violência que são estudados atualmente, serão tratadas no trabalho em tela a violência de gênero e sua repercussão na violência auto-infligida, pois trazem índices cada vez mais alarmantes e com potencial ofensivo muito preocupante.

A violência contra a mulher é o resultado de uma construção histórica e filosófica, que possui uma relação estreita com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder.⁸⁰

Atualmente, a violência contra a mulher recebe o nome específico de violência de gênero. Esta expressão mostra que não são as diferenças biológicas entre os sexos que resultam no uso da violência contra a mulher, mas os papéis sociais determinados a homens e mulheres, corroborados por culturas patriarcais, em que se desenvolvem as relações de violência entre os sexos.

De forma conceitual, a violência contra a mulher pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher.⁸¹

[...] violência de gênero é um conceito mais amplo que o de violência contra a mulher e abrange não apenas as mulheres, que no Brasil é constitutiva das relações de gênero. Violência de gênero, por sua vez, produz-se e reproduz-se nas relações de poder onde se entrelaçam as categorias de gênero, classe, raça/etnia. Expressa uma

78 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Relatório mundial sobre violência e saúde*, 2002. Disponível em <<http://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>>. Acesso em 18/04/2017.

79 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. op. cit.

80 PINAFI, Tânia. *Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade*. Disponível em <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>>. Acesso em 18/04/2017.

81 PINAFI, Tânia. op. cit.

forma particular da violência global mediatizada pela ordem patriarcal que dá aos homens o direito de dominar e controlar suas mulheres, podendo, para isso, usar a violência.⁸²

A violência de gênero é uma das espécies mais perigosas de discriminação, exibindo-se de diversas maneiras, tais como estupro, violência sexual ou psicológica, a prostituição forçada, assédio sexual nas ruas ou local de trabalho, nas escolas e instituições de ensino, violência nas relações do casal, também conhecida como violência doméstica ou familiar, e o homicídio de mulheres por mera depreciação do gênero. Dessa forma, entende-se que a prática de violência de gênero é uma maneira de controlar e reprimir as iniciativas das mulheres.⁸³

Ainda que essa discriminação seja alarmante e extremamente gravosa, há uma conspiração do silêncio que gira em torno dessa violência, o que dificulta a reunião de dados quantitativos e qualitativos que melhor revelam e expõe a importância desse fenômeno que é considerado uma espécie de território fora do alcance da lei.

[...] as estatísticas da polícia e do Judiciário não trazem, na maior parte das vezes, informações sobre o sexo das vítimas, o que torna difícil isolar as mortes de mulheres no conjunto de homicídios que ocorrem em cada localidade. Além disso, na maior parte dos países não existem sistemas de informações judiciais que permitam conhecer quantos processos judiciais envolvendo crimes contra mulheres chegam a julgamento e quais as decisões obtidas.⁸⁴

Por conseguinte, os dados que são apresentados não retratam com fidelidade a realidade da violência de gênero, pois, devido à crença na impunidade, a vergonha de ser exposta, o medo de sofrer represálias da sociedade que quase sempre culpa a vítima, ocorre o que se chama de “cifras negras”, que se traduzem à porcentagem de crimes não solucionados ou punidos, à existência de um significativo número de infrações penais desconhecidas oficialmente.

Assim, somente 10% das agressões sofridas por mulheres são levadas ao conhecimento da polícia. É difícil “denunciar” alguém que reside sob o mesmo teto, pessoa com quem se tem um vínculo afetivo e filhos em comum e que, não raro, é o responsável pela subsistência da família.⁸⁵

As “cifras negras” deflagram um fato extremamente preocupante, pois os índices de violência contra a mulher já são altíssimos, o que evidencia que a situação real é espantosamente mais grave do que se pode imaginar.

82 SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Sueli de Souza. *Violência de Gênero: Poder e potência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995. p.20.

83 DIAS, Sandra Pereira Aparecida. *Um breve histórico da violência contra a mulher*. Disponível em <<http://araretamaumamulher.blogs.sapo.pt/tag/drogas>>. Acesso em 18/04/2017.

84 PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagú* nº37, julho-dezembro de 2011.

85 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.20.

Além de todas as situações já citadas, a mulher vítima da violência doméstica, cometida pelo parceiro íntimo ou companheiro, ainda se vê presa a outros fatores, os quais são determinantes para que esta não denuncie seu agressor, como por exemplo:

a) Medo de que o parceiro cumpra as ameaças de morte ou suicídio, caso se separe dele; b) Vergonha e medo de procurar ajuda (muitos parceiros se tornam ainda mais violentos se a mulher procura ajuda); c) Sensação de fracasso e culpa na escolha do par amoroso; d) Esperança de que o comportamento do parceiro mude, de que ela possa ajudar ou um tratamento milagroso; [...] e) Obstáculos reais que impedem o rompimento (disputa pela guarda dos filhos, boicotes de pensões alimentícias, chantagens e ameaças); f) Dependência econômica de algumas mulheres em relação aos seus parceiros, bem como falta de qualificação profissional e baixa escolaridade;⁸⁶

Portanto, depreende-se que o acolhimento da mulher em situação de violência é de extrema importância, necessitando da atuação conjunta das ações e programas públicos e de todos os setores sociais.

Entre os anos de 1949 e 1962, ocorreu a criação da Comissão de Status da Mulher, mediante inúmeros esforços da Organização das Nações Unidas (ONU) para coibir esse tipo de violência.⁸⁷

Dessa forma, a Comissão de Status da Mulher buscou desenvolver tratados baseados em provisões da Carta das Nações Unidas, declarando de forma clara e expressa que os direitos são iguais entre homens e mulheres; e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que declara que todos os direitos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem qualquer tipo de distinção.

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.⁸⁸

No que compete ao Brasil, uma série de medidas protetivas vêm sendo desenvolvidas visando à solução dessa problemática, uma vez que, além do sofrimento físico e psíquico da mulher, a violência repercute também em aspectos econômicos.

No Brasil, 76% dos crimes contra a mulher acontecem dentro de casa e o agressor é o próprio marido ou companheiro, de forma que 44% das mulheres vítimas foram agredidas por pessoas conhecidas. A violência doméstica custa ao país 10,5% do seu Produto Interno Bruto – PIB, ou seja, 84 bilhões de dólares.⁸⁹

As porcentagens apresentadas são alarmantes, pois seria comum esperar que o local

86 NERY JÚNIOR, José Carlos Miranda. *Lei Maria da Penha: uma superação coletiva*. Ed. revista e atual. Goiânia: Ministério Público, 2011, p.15. Disponível em <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/04/29/10_50_58_269_Cartilha_Maria_da_Penha_em_baixa.pdf>. Acesso em 18/04/2017.

87 PINAFI, Tânia. op. cit.

88 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 18/04/2017.

89 SAFFIOTI, ALMEIDA. op. cit., p.20.

mais seguro para qualquer pessoa seria no seio do seu lar, rodeada por pessoas de sua confiança. Todavia, lamentavelmente a violência doméstica e familiar cresce assustadoramente na sociedade brasileira.

As justificativas que os agressores utilizam para a prática da violência de gênero são na maioria das vezes explanados no poder e na dominação que o homem exerce sobre a mulher. Assim, em nome do amor, da moral, e da honra, a mulher é constantemente maltratada, espancada, humilhada e assassinada. Além disso, o ciúme, a embriaguez, a recusa, a reconciliação são pretextos usados pelos homens como causa da violência praticada contra o sexo oposto. Na maioria das vezes a violência ocorre no ambiente doméstico e familiar.

[...] a violência contra a mulher se manifesta de diferentes maneiras e em diversas ocasiões. Dentre essas, destacam-se aquelas cometidas no ambiente socialmente estabelecido para as mulheres, que é a esfera privada, a família e o domicílio. Assim, a violência doméstica refere-se a todas as formas de violência e aos comportamentos dominantes praticados no âmbito doméstico e familiar, podendo ser psicológica, física ou sexual.⁹⁰

Assim sendo, a violência doméstica abrange não apenas a violência física contra a mulher, mas também a violência psicológica, em que a mulher não consegue ver uma saída pra fugir dessa situação, pois sofre ameaças e acaba se sentindo inferiorizada, com isso muitas vezes a vítima acaba se sentindo culpada por todos os problemas, chegando ao ponto extremo de atentar contra a própria vida.

O combate à violência contra a mulher exige ações integradas em diversos níveis, áreas e instâncias. Como problema público, exige políticas públicas, decididas e devidamente apoiadas.

No Brasil, durante os anos 80, procurando instrumentos de defesa da mulher vítima de violência doméstica e familiar, surgiram as Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (Deams), objetivando oferecer às mulheres vítimas desse tipo de violência um tratamento mais digno e respeitoso que receberiam nas delegais distritais. Portanto, em 24 de outubro de 1985, foi criada a primeira Delegacia Especial de Atendimento à Mulher, por meio do Decreto de nº 2.170-N.⁹¹

Mais adiante, em 1º de Agosto de 1996, o Brasil editou o Decreto 1.973, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.⁹²

90 SANTI, L. N.; NAKANO, A. M. S.; LETTIERE, A. *Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social*. Texto & Contexto Enfermagem, Florianópolis, v.19, n.3, p. 417-424, jul./set. 2010. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/tce/v19n3/a02v19n3.pdf>>. Acesso em 18/04/2017.

91 GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Mulher vítima de violência*. Disponível em <http://www.es.gov.br/Cidadao/paginas/mulher_delegacia_direitos.aspx>. Acesso em 18/04/2017.

92 BRASIL. *Decreto nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir,

Com a virada do século, o Brasil trouxe a proteção da Lei nº. 10.886/04, que acrescentou ao art. 129 do Código Penal, que trata das modalidades de lesão corporal, os parágrafos 9º e 10, que disciplinam a violência praticada no âmbito das relações familiares, e, logo em seguida, publicou-se a Lei nº. 11.340/06, conhecida nacionalmente como Lei Maria da Penha.⁹³

A Lei Maria da Penha define um conjunto de medidas que, uma vez efetivado, trará importantes impactos sociais no processo de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres. São ações, campanhas, programas e projetos de políticas públicas voltadas para a prevenção, atenção, proteção, punição e reeducação. A Lei também define o que é essa criminalidade e obriga o Estado a atuar preventivamente contra essa violência, estabelecendo a inclusão das agredidas em programas sociais, reconhecendo as várias vulnerabilidades existentes. Facilita o acesso à Justiça e às necessárias medidas protetivas de urgência, muitas delas no campo do direito de família, para deter a escalada de violência.⁹⁴

Muitos foram os avanços trazidos pela Lei Maria da Penha, pois as autoridades policiais deverão garantir a proteção da vítima; o juiz poderá aplicar medidas protetivas de urgência; passou-se a realizar campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, entre muitas outras opções de proteção.⁹⁵

E ainda, recentemente, a última atuação do Poder Público na luta contra esse tipo de violência ocorreu em 9 de março de 2015, dia no qual foi publicada a Lei 13.104/2015, que trouxe nova qualificadora para o crime de homicídio (art. 121 do Código Penal) com previsão de pena de 12 a 30 anos de reclusão e incluiu o feminicídio no rol dos crimes hediondos.⁹⁶

Em 9 de março de 2015, indo mais além, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, foi publicada a Lei nº 13.104, que criou, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado feminicídio, que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino.⁹⁷

Todas essas medidas adotadas pelo Brasil tentam proteger as mulheres das agressões sofridas diariamente, dando suporte para que essas vítimas denunciem os agressores e busquem ajuda do poder público para solucionarem esses problemas. O maior desafio para essas mulheres é justamente criarem coragem buscar a ajuda necessária, pois como já dito

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em 18/04/2017.

93 BRASIL. *Lei nº 10.886*, de 17 de Junho de 2004. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.886.htm>. Acesso em 18/04/2017.

94 NERY JÚNIOR, José Carlos Miranda. *op. cit.*, p.15.

95 DIAS, Maria Berenice. *op. cit.*

96 BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em 18/04/2017.

97 GRECO, Rogério. *Feminicídio Comentários sobre a Lei 13.104, de 9 de março de 2015*. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em 18/04/2017.

anteriormente, as vítimas de violência de gênero enfrentam inúmeros obstáculos para se livrarem desse mal, sentindo-se muitas vezes sufocadas e presas em situações de humilhação, vergonha e preconceito, não encontrando uma saída clara e segura, chegando muitas vezes ao extremo de tirarem a própria vida.

2 SUICÍDIO: O ÚLTIMO SUSPIRO DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA

O suicídio é um fenômeno presente ao longo de toda a história da humanidade, em todas as culturas. É considerado pelo Ministério da Saúde como um problema de saúde pública, tirando a vida de uma pessoa por hora no Brasil, mesmo período no qual outras três tentaram se matar sem sucesso.

O suicídio pode ser definido como um ato deliberado executado pelo próprio indivíduo, cuja intenção seja a morte, de forma consciente e intencional, mesmo que ambivalente, usando um meio que ele acredita ser letal. Também fazem parte do que habitualmente chamamos de comportamento suicida: os pensamentos, os planos e a tentativa de suicídio.⁹⁸

É um comportamento com determinantes multifatoriais e resultado de uma complexa interação de fatores psicológicos e biológicos, inclusive genéticos, culturais e socioambientais, que influenciam na decisão daquela pessoa.

Suicídio é um gesto de autodestruição, realização do desejo de morrer ou de dar fim à própria vida. É uma escolha ou ação que tem graves implicações sociais. Pessoas de todas as idades e classes sociais cometem suicídio. A cada 40 segundos uma pessoa se mata no mundo, totalizando quase um milhão de pessoas todos os anos. Estima-se que de 10 a 20 milhões de pessoas tentam o suicídio a cada ano. De cada suicídio, de seis a dez outras pessoas são diretamente impactadas, sofrendo sérias consequências difíceis de serem reparadas.⁹⁹

Assim, o suicídio deve ser considerado como o desfecho de uma série de fatores que se acumulam na história da pessoa, sobretudo nas vítimas de violência de gênero, e não podendo ser considerado de forma causal e simplista somente a determinados acontecimentos pontuais da vida do sujeito. É a consequência final de todo um processo de sofrimento, medo, angústia e humilhação.¹⁰⁰

As razões que levam ao suicídio podem ser bem distintas, porém muito mais gente do que se imagina já teve uma intenção suicida em comum. De acordo com o estudo realizado

98 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). *Suicídio: Informando para prevenir*, 2014. p.9. Disponível em <http://cvv.org.br/downloads/suicidio_informado_para_prevenir_abp_2014.pdf>. Acesso em 19/04/2017.

99 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA (CVV). *Programas de prevenção do suicídio e saúde mental*. Disponível em <http://cvv.org.br/downloads/falando_abertamente_sobre_suicidio.pdf>. Acesso em 19/04/2017.

100 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit.

pela Unicamp, 17% dos brasileiros, em algum momento, pensaram seriamente em dar um fim à própria vida e, desses, 4,8% chegaram a elaborar um plano para isso.¹⁰¹

No momento em que tem ideias suicidas, a pessoa combina dois ou mais sentimentos conflituosos. É um estado interior chamado de ambivalência. Ela busca atenção por se sentir esquecida ou ignorada e tem a sensação de estar só – uma solidão sentida como um isolamento insuportável. Muita gente tem um desejo de revide ou imposição do mesmo sentimento negativo aos outros, querendo que sintam o mesmo que ela. Outras pessoas sentem vontade de desaparecer, fugir ou de ir para um lugar ou situação melhor. Quase sempre, sentem uma necessidade de alcançar paz, descanso ou um final imediato aos tormentos que não terminam.¹⁰²

O risco de suicídio é uma urgência médica, sendo preocupante em qualquer situação, pois pode ocasionar ao indivíduo diversas lesões, desde lesões graves e incapacitantes, até a sua morte. A avaliação sistemática do risco de suicídio deve fazer parte da prática clínica rotineira de qualquer médico. Uma tentativa de suicídio é uma situação que pode levar os indivíduos a um primeiro contato com um profissional que os ajude. Na maior parte dos casos, este primeiro contato não será com um psiquiatra, mas com um profissional dos serviços de pronto-atendimento, um médico da atenção básica.¹⁰³

Segundo a OMS – Organização Mundial de Saúde, 90% dos casos de suicídio podem ser prevenidos, desde que existam condições mínimas para oferta de ajuda voluntária ou profissional. No Brasil, o CVV – rede voluntária de prevenção – atua nesse sentido há mais de 50 anos. Recentemente, foi iniciado um movimento de políticas públicas para traçar planos integrados de prevenção.¹⁰⁴

A maioria dos suicidas fala ou dá sinais sobre suas ideias de morte. A maior parte dos suicidas expressou, em dias ou semanas anteriores, frequentemente aos profissionais de saúde, seu desejo de se matar. Por isso é fundamental que haja profissionais de saúde capacitados para atenderem os indivíduos suicidas, devendo manejá-los para outros profissionais se perceberem os fatores causadores daquele ato.¹⁰⁵

O Brasil é o oitavo país em número absoluto de suicídios. Entre 2000 e 2012, houve um aumento de 10,4% na quantidade de mortes, sendo observado um aumento de mais de 30% em jovens.¹⁰⁶

O suicídio em jovens aumentou em todo o mundo nas últimas décadas e também no Brasil, representando a terceira principal causa de morte nessa faixa etária no país. Os comportamentos suicidas entre jovens e adolescentes envolvem motivações complexas, incluindo humor depressivo, abuso de substâncias, problemas emocionais, familiares e sociais, história familiar de transtorno psiquiátrico, rejeição

101 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA (CVV). op. cit.

102 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA (CVV). op. cit.

103 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit.

104 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA (CVV). op. cit.

105 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit.

106 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit.

familiar, negligência, além de abuso físico e sexual na infância.¹⁰⁷

Ainda nesse sentido, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, os dois principais fatores de risco ao suicídio são: a tentativa prévia de suicídio e a doença mental.

[...] quase todos os suicidas tinham uma doença mental, muitas vezes não diagnosticada, frequentemente não tratada ou não tratada de forma adequada. Os transtornos psiquiátricos mais comuns incluem depressão, transtorno bipolar, alcoolismo e abuso/dependência de outras drogas e transtornos de personalidade e esquizofrenia. Pacientes com múltiplas comorbidades psiquiátricas têm um risco aumentado, ou seja, quanto mais diagnósticos, maior o risco.¹⁰⁸

E ainda existem outros fatores de risco conectados ao suicídio, destacando-se os sentimentos de desesperança, desamparo e desespero. A desesperança pode persistir mesmo após a remissão de outros sintomas depressivos. Além disso, a impulsividade, principalmente entre jovens e adolescentes, figura como outro importante fator de risco.¹⁰⁹

Por fim, maus tratos, abuso físico e sexual, pais divorciados, transtorno psiquiátrico familiar, entre outros fatores, podem aumentar o risco de suicídio. São justamente esses fatores que se conectam com as vítimas de violência doméstica. Na assistência as vítimas, os médicos, os professores e os pais devem estar atentos para o abuso ou a dependência de substâncias associados à depressão, ao desempenho escolar, aos conflitos familiares, as violências físicas e psicológicas sofridas, à incerteza quanto à orientação sexual, à ideação suicida, ao sentimento de desesperança e à falta de apoio social.

Um fator de risco adicional de adolescentes é o suicídio de figuras proeminentes ou de indivíduo que o adolescente conheça pessoalmente. Existe, também, o fenômeno dos suicidas em grupo ou comunidades semelhantes que emitem o estilo de vida.

Em 2012 foram registradas 11.821 mortes, cerca de 30 por dia, sendo 9.198 homens e 2.623 mulheres. Mas inversamente, as tentativas de suicídio são, em média, três vezes mais frequentes entre as mulheres do que entre os homens. Papéis masculinos tendem a estar associados a maiores níveis de força, independência e comportamentos de risco. O reforço a esse papel de gênero muitas vezes impede os homens de procurar ajuda para os sentimentos suicidas e depressivos. Nos homens, a solidão e o isolamento social são os principais fatores associados. Mulheres se suicidam menos porque têm redes sociais de proteção mais fortes e se engajam mais facilmente do que os homens em atividades domésticas e comunitárias, o que lhes confere um sentido de participação até o final da vida.¹¹⁰

Diante desse dado, salienta-se a imensa quantidade de mulheres que tentam tirar sua própria vida, mas a maioria não consegue justamente por terem uma maior proteção dos mais

107 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit. p. 18.

108 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit. p. 16.

109 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit.

110 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). op. cit. p. 19.

diversos setores sociais que buscam a proteção do gênero feminino vítimas de violência de gênero.

Nesse sentido, estudos do *Jornal Internacional de Ginecologia e Obstetrícia* apontam que:

[...] avaliaram TEPT (Transtorno do Estresse Pós-Traumático), depressão e sentimento de desesperança em mulheres que sofreram violência sexual no período entre um e seis meses após o evento. No primeiro mês, 43% apresentaram índices moderados ou severos do TEPT, 52,2% tiveram depressão moderada ou severa e 22,4% exibiram índices moderados ou severos de sentimento de desesperança. Esses valores decresceram para 21%, 20% e 10%, respectivamente, no sexto mês após o evento. No primeiro mês a severidade do TEPT foi associada com índices moderados ou severos de depressão, enquanto no sexto mês ela foi relacionada a agressores múltiplos, severidade da violência sexual, permanência da depressão e transtornos psiquiátricos prévios.¹¹¹

Os resultados sugerem que as vítimas de violência de gênero podem desenvolver diversos distúrbios psicológicos, sendo extremamente necessário o apoio a essas mulheres para impedir outros episódios de violência e ainda, prevenir um possível pensamento suicida.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ANÁLISE DA SÉRIE “13 REASONS WHY”

A série norte americana “13 Reasons Why”, traduzida como “Os 13 Porquês”, é uma adaptação da obra escrita por Jay Asher, que retrata a história de uma menina que cursa o ensino médio de 17 anos chamada Hannah Baker, que depois de sofrer abusos psicológicos, físicos e sexuais vê-se destruída a ponto de tirar sua própria vida, deixando uma caixa com diversas fitas cassetes gravadas com a sua narração, retratando em flashbacks os 13 motivos que a levaram a cometer o suicídio.

A série causou um grande clamor nas redes sociais, sobretudo entre os jovens, colocando o tema suicídio, bullying e violência contra a mulher à tona. Há quem defenda a proposta da série de trazer esse assunto para as telas, causando de fato uma comoção positiva, como há também aqueles que criticam a incoerência da série e a “glamourização” do tema do suicídio. Fato é que no Brasil, a busca por ajuda ao Centro de Valorização da Vida (CVV) aumentou: o número de e-mails recebidos pelo Centro de Valorização da Vida (CVV) cresceu 415%. A quantidade de visitas à página da associação, que dá apoio emocional e prevenção do suicídio, mais que dobrou no período. Os dados são nacionais e, segundo o porta-voz do CVV, André Lorenzetti, tem relação direta com a atração.¹¹²

111 SOUZA, Flavia Bello Costa de. et al. *Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual*. Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. Acesso em 19/04/2017.

112 GAZETA ONLINE. *Procura por atendimento no CVV sobe 400% após série sobre suicídio*. Disponível em < <http://beta.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/04/procura-por-atendimento-no-cvv-sobe-400-apos-serie-sobre-suicidio-1014046280.html>>. Acesso em 23/04/2017.

A Associação Paranaense de Psiquiatria (APPSIQ), emitiu uma nota oficial em seu site sobre a série, considerando que as obras de ficção simbolizam a vida real e podem contribuir para fomentar discussões de temas importantes para a sociedade, manifestando satisfação em constatar que um seriado que trata de bullying, depressão e suicídio entre adolescentes tenha provocado alta de 170% nos acessos ao Centro de Valorização da Vida (CVV), que há 55 anos atua na prevenção do suicídio no Brasil.¹¹³

Diz ainda que, no entanto, a série “13 Reasons Why” peca por não abordar a questão do adoecimento mental da personagem, não provocar diálogos sobre como o desfecho dela poderia ser evitado e principalmente por dar a impressão de que buscar ajuda é inefetivo. E por fim, ratificam a ideia de que o suicídio não deve tratado como mero acontecimento de publicidade e utilizado como instrumento de vingança, devendo ser analisado com cautela, pois é um tema complexo e que no menor indício de sentimentos suicidas, a pessoa deverá buscar ajuda de um profissional através de qualquer meio de comunicação.¹¹⁴

A principal importância aqui neste capítulo é trazer as políticas públicas, órgãos e medidas desenvolvidas no Brasil que possam oferecer algum auxílio e prevenção ao suicídio das vítimas de violência de gênero, que, diferente do retratado na série, possam ter suas vidas um final feliz.

Desse modo, o Governo Federal tem como uma de suas principais bandeiras a defesa dos direitos das mulheres. Por isso, ao longo dos anos e diante dos índices preocupantes, foram implementadas diversas políticas públicas para atendê-las e preservar-lhes garantias.

Além da Lei Maria da Penha e das demais políticas públicas anteriormente citadas, as principais iniciativas de proteção à mulher vítima de violência de gênero e também de prevenção ao suicídio em vigor no Brasil são: Ligue 180; A casa da Mulher Brasileira; Plano Nacional de Política para Mulheres; Unidades móveis de atendimento à mulher; a Lei do Femicídio; o Centro de Valorização da Vida (CVV); o Plano Nacional de Prevenção ao Suicídio e a campanha Setembro Amarelo.

A medida chamada “Ligue 180” foi criada em 2005 e trata-se de um serviço de utilidade pública, gratuito e confidencial, que recebe denúncias de violência contra a mulher, funcionando 24 horas por dia, fornecendo orientações a vítima sobre seus direitos legais, os tipos de estabelecimentos que poderá procurar, contando com atendentes capacitadas para receber a denúncia e realizar o atendimento.¹¹⁵

113 ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE PSIQUIATRIA. *APPSIQ emite nota oficial sobre a série “13 Reasons Why”*. Disponível em <<http://www.psiquiatria-pr.org.br/appsiq-emite-nota-oficial-sobre-a-serie-13-reasons-why/>>. Acesso em 23/04/2017.

114 ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE PSIQUIATRIA. op. cit.

115 GOVERNO FEDERAL. *Há 7 anos mulheres vítimas de violência recorrem ao Ligue 180* Disponível em

Já a Casa da Mulher Brasileira, integram, em um mesmo espaço, diversos serviços especializados para atender vítimas de violência, como: acolhimento e triagem; apoio psicossocial; delegacia; juizado especializado em violência doméstica e familiar contra as mulheres; Ministério Público e Defensoria Pública; serviço de promoção e autonomia econômica; brinquedoteca; alojamento de passagem e central de transportes.¹¹⁶

Há o Plano Nacional de Política para as Mulheres, que engloba questões como igualdade de condições de trabalho entre homens e mulheres e o enfrentamento de todo tipo de violência de gênero. Busca, ainda, a autonomia política, econômica, social, cultural e pessoal das mulheres, a erradicação da extrema pobreza, a construção de mais creches, a consolidação da cidadania feminina e o desenvolvimento sustentável.¹¹⁷

Outra importante medida foi a criação das Unidades móveis de atendimento à mulher, que são ônibus e barcos adaptados para levar a elas serviços especializados da Rede de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência nas mais diversas regiões do país.¹¹⁸

O CVV — Centro de Valorização da Vida, fundado em São Paulo em 1962, é uma associação civil sem fins lucrativos, filantrópica, reconhecida como de Utilidade Pública Federal em 1973. Presta serviço voluntário e gratuito de apoio emocional e prevenção do suicídio para todas as pessoas que querem e precisam conversar, sob total sigilo.¹¹⁹

O CVV realiza mais de um milhão de atendimentos anuais por aproximadamente 2.000 voluntários em 18 estados mais o Distrito Federal. Esses contatos são feitos pelo telefone 141 (24 horas), pessoalmente (nos 72 postos de atendimento) ou pelo site www.cvv.org.br via chat, VoIP (Skype) e e-mail.¹²⁰

Em 2006, o Ministério da Saúde criou a Portaria n.º 1876, que instituiu Diretrizes Nacionais para Prevenção do Suicídio, a ser implantadas em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Em seu artigo 2º, a Portaria estabelece que as Diretrizes sejam organizadas de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde, as Secretarias Municipais de Saúde, as instituições acadêmicas, as organizações da sociedade civil, os organismos governamentais e os não-

<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/11/ha-7-anos-mulheres-vitimas-de-violencia-recorrem-ao-ligue-180>>. Acesso em 19/04/2017.

116 GOVERNO FEDERAL. *Casa da Mulher Brasileira chegará a cinco novas capitais em 2016*. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/feminicidio-e-casa-da-mulher-brasileira-confira-iniciativas-de-combate-a-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em 19/04/2017.

117 GOVERNO FEDERAL. *Plano Nacional de Políticas Públicas*. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/plano-nacional-de-politicas-publicas>>. Acesso em 19/04/2017.

118 GOVERNO FEDERAL. *Unidades móveis de atendimento à mulher já estão em todo território nacional*. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/onibus-da-mulher-ja-cobre-todo-o-territorio-nacional>>. Acesso em 19/04/2017.

119 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA. *O CVV*. Disponível em <<http://cvv.org.br/cvv.php>>. Acesso em 19/04/2017.

120 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA. *op. cit.*

governamentais, nacionais e internacionais, permitindo o desenvolvimento de estratégias de promoção de qualidade de vida, de informação, comunicação e sensibilização da sociedade sobre o suicídio, bem como a implantação de programas e projetos de prevenção, tratamento e recuperação dos indivíduos que sofrem de transtornos psicológicos.¹²¹

Outra importante medida é o chamado Setembro Amarelo, que é uma campanha de conscientização sobre a prevenção do suicídio, com o objetivo direto de alertar a população a respeito da realidade do suicídio no Brasil e no mundo e suas formas de prevenção.¹²²

Existem diversos outros programas, redes e sites que auxiliam, dão apoio, previnem e informam sobre o suicídio, sendo que a maioria deles estão relacionados ao Centro de Valorização da Vida e seus mais diversos setores de atuação, sobretudo ligados a Associação Brasileira de Psiquiatria, a Rede Brasileira de Prevenção ao Suicídio, a Associação Brasileira de Estudos e Prevenção de Suicídios entre outras dezenas de ONG's contidas nessa grande rede de proteção.¹²³

CONCLUSÃO

A violência existe desde os primórdios da história do país e inicialmente a agressividade instintiva era utilizada como forma de sobreviver na natureza. Depois de anos, o desenvolvimento da sociedade até o estágio atual só fez crescer de maneira descontrolada as desigualdades sociais, a violência e a criminalidade. Com isso, o Estado busca punir os agressores com mais severidade, a fim de manter a maior paz social possível.

Um dos objetivos da Constituição Federal de 1988 é a busca pela extinção das desigualdades existentes entre homens e mulheres. Porém, mesmo que essa igualdade seja reconhecida em teoria, na prática, permanecem intrínsecos os resquícios de uma sociedade recheada de costumes machistas e patriarcais.

Diante disso, a Constituição Federal passou a conceder um tratamento especial à mulher, facultando à legislação infraconstitucional a possibilidade de buscar a diminuição dos desníveis de tratamento em razão do sexo, por meio de medidas e normas que amenizem a desigualdade existente entre homens e mulheres, além da atuação do Estado através da criação de políticas públicas que visam dar maior proteção às mulheres vítimas de violência. Nesse diapasão, o referido tratamento diferenciado concedido às mulheres busca diminuir o desequilíbrio que ainda existe nas relações familiares, em decorrência de questões de ordem

121 MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 1.876, de 14 de agosto de 2006*. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1876_14_08_2006.html>. Acesso em 19/04/2017.

122 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA. *Setembro Amarelo*. Disponível em <<http://www.setembroamarelo.org.br/#sec-home>>. Acesso em 19/04/2017.

123 CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA. *op. cit.*

cultural e social, vinculado à valorização exacerbada dos princípios de uma sociedade altamente patriarcal e machista.

Diante do que foi tratado acima, fica muito claro que é imprescindível que haja uma mudança na forma como a população e os órgãos públicos responsáveis enxergam a violência contra a mulher, buscando evitar ao máximo as chamadas “cifras negras”, que abrigam todos os casos de mulheres que passaram ou passam por qualquer tipo de violência, mas não procuram ajuda, nem denunciam o agressor.

As mulheres vítimas de agressão ao longo da vida possuem, na maior parte dos casos, receio de contar suas histórias, de buscar justiça, muitas vezes por vergonha das agressões que sofreram, medo do julgamento que terão por parte das autoridades que irão enfrentar e da impunidade do seu agressor, podendo sofrer algum tipo de retaliação. Com isso, muitas vezes essas mulheres acabam sofrendo sozinhas, destruídas psicologicamente e sem solução para aquela dor que lhe é infligida diariamente, podendo resultar no suicídio dessas mulheres.

O suicídio é um problema de saúde pública que assola milhares de brasileiros, crescendo assustadoramente entre os jovens e que apresenta índices de tentativas de suicídios entre as mulheres 3 vezes maiores que entre os homens.

E é nesse sentido que os órgãos do Estado, responsáveis na proteção dessas mulheres, precisam ter uma atitude preventiva, estando preparados para receber a denúncia das vítimas de violência por razão de gênero, deixando de lado qualquer tipo de machismo e preconceito, objetivando a diminuição da violência, a erradicação desse tipo de pensamento, estando preparados para receberem e encaminharem àquelas mulheres que demonstram indícios e fatores de risco ao suicídio provenientes dessa violência. Uma vez difundida, debatida e colocada em foco, assim como a série “13 Reasons Why” causou uma comoção nas redes sociais, trazendo a tona assuntos tão primordiais para a saúde pública, fazendo crescer a busca no site do Centro de Valorização da Vida (CVV), gerando debates e pronunciamentos sobre os temas.

Dessa forma, busca-se que através do avanço e da difusão de todas essas políticas públicas existentes, a violência de gênero poderá ser combatida, diminuindo e muito os fatores de risco do suicídio, bem como das demais consequências desastrosas que são causadas na vida dessas vítimas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (ABP). **Suicídio**: Informando para prevenir, 2014. p.9. Disponível em <http://cvv.org.br/downloads/suicidio_informado_para_prevenir_abp_2014.pdf>. Acesso em 19/04/2017.

ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE PSIQUIATRIA. **APPSIQ emite nota oficial sobre a série “13 Reasons Why”**. Disponível em <<http://www.psiquiatria-pr.org.br/appsiq-emite-nota-oficial-sobre-a-serie-13-reasons-why/>>. Acesso em 23/04/2017.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em 01/10/2016.

_____. Lei nº 10.886, de 17 de Junho de 2004. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.886.htm>. Acesso em 01/10/2016.

_____. Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em 01/10/2016.

CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA (CVV). **O CVV**. Disponível em <<http://cvv.org.br/cvv.php>>. Acesso em 19/04/2017.

_____. **Programas de prevenção do suicídio e saúde mental**. Disponível em <http://cvv.org.br/downloads/falando_abertamente_sobre_suicidio.pdf>. Acesso em 19/04/2017.

_____. **Setembro Amarelo**. Disponível em <<http://www.setembroamarelo.org.br/#sec-home>>. Acesso em 19/04/2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Um breve histórico da violência contra a mulher**. Disponível em <<http://araretamaumamulher.blogs.sapo.pt/tag/drogas>>. Acesso em 01/10/2016.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Mulher vítima de violência**. Disponível em <http://www.es.gov.br/Cidadao/paginas/mulher_delegacia_direitos.aspx>. Acesso em 01/10/2016.

GOVERNO FEDERAL. **Casa da Mulher Brasileira chegará a cinco novas capitais em 2016**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/feminicidio-e>>

casa-da-mulher-brasileira-confira-iniciativas-de-combate-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 01/10/2016.

_____. **Há 7 anos mulheres vítimas de violência recorrem ao Ligue 180.** Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/11/ha-7-anos-mulheres-vitimas-de-violencia-recorrem-ao-ligue-180>>. Acesso em 01/10/2016.

_____. **Plano Nacional de Políticas Públicas.** Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/plano-nacional-de-politicas-publicas>>. Acesso em 01/10/2016.

_____. **Unidades móveis de atendimento à mulher já estão em todo território nacional.** Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/onibus-da-mulher-ja-cobre-todo-o-territorio-nacional>>. Acesso em 01/10/2016.

GAZETA ONLINE. **Procura por atendimento no CVV sobe 400% após série sobre suicídio.** Disponível em <<http://beta.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/04/procura-por-atendimento-no-cvv-sobe-400-apos-serie-sobre-suicidio-1014046280.html>>. Acesso em 23/04/2017.

GRECO, Rogério. **Femicídio:** Comentários sobre a Lei 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em 01/10/2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.876, de 14 de agosto de 2006.** Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1876_14_08_2006.html>. Acesso em 19/04/2017.

NERY JÚNIOR, José Carlos Miranda. **Lei Maria da Penha:** uma superação coletiva. Ed. revista e atual. Goiânia: Ministério Público, 2011. Disponível em <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/04/29/10_50_58_269_Cartilha_Maria_da_Penha_em_baixa.pdf>. Acesso em 01/10/2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 01/10/2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório mundial sobre violência e saúde,** 2002. Disponível em <<http://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>>. Acesso em 18/04/2017.

PASINATO, Wânia. **“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil.** Cadernos Pagú nº37, julho-dezembro de 2011.

PINAFI, Tânia. **Violência contra a mulher:** políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. Disponível em <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>>. Acesso em 18/04/2017.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Sueli de Souza. **Violência de Gênero:** Poder e potência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SANTI, L N.; NAKANO, A. M. S.; LETTIERE, A. **Percepção de mulheres em situação de**

violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social. Texto & Contexto Enfermagem, Florianópolis, v.19, n.3, p. 417-424, jul./set. 2010. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/tce/v19n3/a02v19n3.pdf>>. Acesso em 18/04/2017.

SOUZA, Flavia Bello Costa de. et al. **Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual.** Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. Acesso em 19/04/2017.

SHAKESPEARE E DIREITO: ANÁLISE CRÍTICA DO FILME O MERCADOR DE VENEZA E O DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

Luan de Oliveira ANTUNES¹²⁴
Daniela Ferreira Dias BATISTA¹²⁵

RESUMO

O presente ensaio traz uma reflexão acerca dos limites da interpretação da lei e da discricionariedade das decisões judiciais partindo da análise do filme o “*Mercador de Veneza*” reprodução cinematográfica baseada no livro, de mesmo título, do renomado William Shakespeare escrito no final do séc. XVI. O filme nos faz questionar acerca do da interpretação emanada pelo julgador, levando em conta a aplicação fria da letra da lei. Será que podemos interpretar de forma estável o disposto na máxima “o contrato faz lei entre as partes”? Tal aceção está acima dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e a integridade física do ser humano, que no filme, se debate com o direito de liberdade de crença e religião de uma das partes? Ainda que tenha uma distância temporal, em *O Mercador de Veneza*, a reprodução cinematográfica revela de uma forma ímpar e Shakespeariana que não existe “lei” de uma forma fria, estável e estagnada para um propósito de regulamentação social. O que existe são interpretações em que trazemos a tona um problema hermenêutico visto que cada conflito é único e tem seu propósito específico para as partes envolvidas e para a sociedade. Enquanto de um lado do filme um cristão clama por uma interpretação equitativa da lei, a outra parte, o judeu, reivindica uma interpretação literal, fundamentado na segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Discricionariedade. Shakespeare. O Mercador de Veneza. Contratos.

ABSTRACT

This essay presents a reflection on the limits of the interpretation of the law and the discretion of the court decisions from the analysis of the film “The merchant of Venice”, cinematographic reproduction based on the book of the same title, written in the late sixteenth century by the renowned William Shakespeare. The film brings up the question about the interpretation emanated from the judges, taking into consideration the application of the cold letter of the law. Can we interpret in a stable way the stated in the maxim “agreements must be kept”? Does this approach go above and beyond the constitutional principles of the dignity of the human person and physical integrity of the human being, which in the feature is debated from the right to religious freedom of one of the parts? Although it has a temporal gap, in the Merchant of Venice the cinematographic reproduction reveals in an uniquely and Shakespearean way that there is no law in a cold, stable and stagnant form for the purpose of social regulation. What exists are interpretations which bring up a hermeneutical problem, since each conflict is unique and it has its specific purpose for the parts involved and the society. While on one side of the plot a Christian claims for an equitable interpretation of the law, on the other side the jew claims for a literal interpretation based on legal certainty.

124 Acadêmico de Ciências Jurídicas e Sociais das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO.

125 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Professora da disciplina de Direitos Difusos e Coletivos do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Professora das disciplinas de Direito do Consumidor, Direito Ambiental e Agrário e Direito Civil Contratual na Fundação Educacional Miguel Mofarrej – FIO. Membro do Grupo de Pesquisa “A intervenção do Poder Público na vida do indivíduo”. Realiza pesquisa na área de Direito do Consumidor. Advogada, especialista pela UEL – Universidade Estadual de Londrina/PR.

KEYWORDS: Hermeneutics. Discretion. Shakespeare. The Merchant Of Venice. Contracts.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as diversas definições que Ítalo Calvino dá para a palavra “clássicos”, uma das melhores diz que os clássicos são livros que exercem uma influência particular quando se impõem como inesquecíveis e também quando se ocultam nas dobras da memória, mimetizando-se como inconsciente coletivo ou individual. É por esta e outras razões que também se diz que um clássico jamais se esgota. Ele sempre tem algo a nos dizer. Ele atravessa o tempo e, portanto, é sempre atual.¹²⁶

Shakespeare é um clássico. É simplesmente o maior dramaturgo de todos os tempos, com um portfólio de mais de oitocentos personagens. Como diz Heliadora, crítica teatral, tradutora e especialista nas obras de Shakespeare, “se o bom teatro nos ajuda a melhor compreender o ser humano, William Shakespeare o faz como ninguém”.¹²⁷ E tal reflexão pode ser perfeitamente abarcada pelo mundo jurídico, porque se considerarmos que o bom teatro, assim como a boa literatura, nos ajuda a melhor compreender o direito, William Shakespeare o faz como ninguém, uma vez que, inegavelmente, verifica-se em grande parte de suas obras que o direito estava presente.

Isto porque, como afirma Bloom, “Shakespeare é considerado universalmente o autor que melhor representou o universo concreto, em todos os tempos [...] Revisitamos Shakespeare porque precisamos dele; ninguém nos apresenta tanto do mundo pela maioria de nós considerado relevante”.¹²⁸

É neste viés que este ensaio se propõe a discutir as questões abordadas no filme “O Mercador de Veneza”, adaptação cinematográfica baseada no livro, de mesmo título, do renomado William Shakespeare (1564-1616), e que, ainda hoje, se encontram no centro da discussão do pensamento jurídico contemporâneo. E é com base nesses aspectos que visualizamos que em suas obras Shakespeare deixa transparecer a existência de uma noção articulada sobre temas jurídicos – sobretudo os relacionados ao poder e forma de governo e à justiça –, o que possibilitaria sustentar a tese segundo a qual há em Shakespeare uma teoria do Direito que reflete não apenas a sua época, mas anuncia o surgimento do Direito moderno, baseado na predominância da razão humana e do ser humano como sujeito de direito primordial de onde emana o direito.

126 CALVINO, Ítalo. **Perché leggere i classici**. Milano: Mondadori, 1991.

127 HELIADORA, Bárbara. **Por que ler Shakespeare**. São Paulo: Globo, 2008, p. 8.

128 BLOOM, Harold. **Shakespeare: a invenção do humano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 42.

2. EPÍTOME DO FILME O MERCADOR DE VENEZA

Em *O Mercador de Veneza*, peça teatral, transformada mais tarde em produção cinematográfica, e de considerável conteúdo antissemita, Shakespeare experimenta trabalhar um conteúdo mais sério sob a forma da comédia. Trata-se, afinal, da primeira peça-problema, ou peça-sombria, por ele escrita e, sabidamente, de uma das obras mais relevantes para o estudo do direito. A história central se passa na cidade de Veneza, na Itália, em meados do século XVI, em um contexto histórico no qual, se pode observar, logo no início do filme, ocorre uma intensa discriminação dos cristãos ao povo judeu, que viviam na periferia, “trancafiados” por portões durante a noite e que eram obrigados a usar um bojo vermelho na cabeça para serem distinguidos dentre a população, o que propiciava e facilitava as ações discriminatórias.

O filme relata uma história de ambiguidade de valores sobre a essência do ser humano, confrontando a intolerância, a religião, a usura, a vingança, a amizade, a paixão, o ódio e a justiça.

Bassânio, um jovem boêmio que não tinha dinheiro e nem bens, estava apaixonado pela rica donzela Pórcia de Belmonte e precisava de dinheiro para poder viajar até seu palácio e cortejá-la, então apela ao seu grande amigo Antônio, mercador cristão, que não tinha o valor disponível, pois toda sua fortuna estava investida em uma frota de navios que estavam em alto mar.

Antônio, por ter uma grande e verdadeira amizade por Bassânio, procura Shylock, um judeu que empresta dinheiro a juros (logo no início do filme, Antônio aparece “cuspidando” no rosto de Shylock, só pelo fato dele ser judeu) e celebra um contrato de empréstimo de três mil ducados a serem pagos no prazo determinado. O acordo tinha como cláusula penal a multa de uma libra da carne de Antônio, que seria retirada do seu peito, próximo ao coração, pelo próprio judeu, se o prazo não fosse cumprido.

Antônio não cumpre o prazo para o pagamento do empréstimo, pois seus barcos, onde toda sua riqueza está investida, não retornam do alto mar e Shylock exige a execução do contrato, ou seja, a retirada de uma libra de carne do peito de Antônio, acionando a justiça, no filme representada pela “Corte de Veneza”.

Durante todo o julgamento Shylock apela a Corte por justiça alegando que o cumprimento da multa de um contrato válido demonstraria a seriedade e o valor da instituição e das leis de Veneza.

Bassânio chega ao julgamento e oferece o dobro de ducados para o pagamento da

dívida e cancelamento da multa, mas o judeu não aceita e continua a exigir a execução do contrato.

Pórcia, já então como esposa de Bassânio e conhecendo todo o caso, disfarçada de homem, se apresenta no julgamento como um jovem “juiz”, indicada por um renomado conhecedor das leis de Veneza. Reconhecendo a licitude do contrato de empréstimo, Pórcia, autorizada pela Corte, sentencia a retirada de uma libra de carne de Antônio, tendo como base a emanção da vontade das partes e a insegurança jurídica que o não cumprimento poderia acarretar.

Porém, segundos antes da retirada da libra de carne, Pórcia, como juiz no caso, ordena que o contrato seja cumprido expressamente, ou seja, como está escrito, “uma libra de carne” e nada mais, assim, o judeu poderia tirar sua carne, mas sem nenhuma gota de sangue, pois isto não estava expresso no contrato.

Pórcia ainda esclareceu ao judeu que conforme as leis de Veneza, se alguém fizer algum mal a um cristão sem motivos pagará com sua morte, então Shylock desiste da execução do contrato.

Para poupar a vida de Shylock a Corte estipula que ele dê metade de todos os seus bens a Antônio e a outra metade para o Estado. Antônio ao ser indagado se estava de acordo com a sentença, afirma que não quer sua metade dos bens do judeu, mas para isso ele deveria se converter imediatamente ao Cristianismo. Shylock, sem ter opção, aceita as condições da sentença e se converte.

3. ANÁLISE CRÍTICA DO FILME E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

A primeira questão a ser analisada no filme é que o judeu não estava somente querendo a execução de um contrato qualquer, na verdade ele queria uma vingança em relação à discriminação e aos insultos que sofria dos cristãos, ali representado por Antônio, que já tinha demonstrado pessoalmente e diretamente a Shylock, sua intolerância. O judeu buscava com aquela libra de carne uma forma jurídica e legal de fazer justiça ao seu povo, de vingar todas as humilhações que já tinha sofrido, tanto que nem o dobro do valor devido ou qualquer quantia que fosse lhe faria mudar de ideia, a questão para ele era pessoal, o contrato só era um instrumento que lhe trazia segurança para exercer sua “justiça”.

O problema fantasiado de contrato descreve uma situação social, de exclusão e discriminação sofrida pelos judeus, que viviam marginalizados e humilhados por uma opção religiosa que não era tolerada e muito menos respeitada pelos cristãos, os quais detinham o poder e se impunham de forma viril e desumana. A própria sentença da Corte, aceitando a

exigência de Antônio na conversão de Shylock ao Cristianismo para poupar sua vida, demonstra claramente a discriminação, o desrespeito ao ser humano e a imposição de uma doutrina como certa e absoluta.

Em um dos momentos durante o julgamento, Pórcia pede que o judeu demonstre sua misericórdia e sua humanidade, aceitando o valor oferecido por Bassânio para liberar Antônio da multa, porém Shylock não aceita, pois talvez nem conhecesse o sentido de tais palavras e condutas. Durante toda vida foi tratado como um marginal, sendo humilhado e discriminado pelo povo que agora lhe pedia clemência, para o judeu isso não podia ser a justiça que esperava e por tanto tempo buscava na sociedade em que vivia.

Shylock buscou na Corte de Veneza o cumprimento do que estava escrito expressamente no contrato e, como as leis de Veneza nunca resguardaram ou defenderam sua dignidade como pessoa e o seu direito a igualdade, não seria ele, um simples judeu, que faria isso por um cristão devedor.

Há ainda presente no filme outros aspectos jurídicos relevantes, que são neste caso os princípios do direito civil que abarcam a questão contratual transparecida na adaptação Shakespeariana.

O enredo se desenvolve tendo como pano de fundo os Princípios Contratuais da Liberdade de Contratar e da Obrigatoriedade dos Contratos. Como as partes são livres e dotadas de discernimento para contratar, o mútuo e sua garantia são válidos e, por força da obrigatoriedade do cumprimento, deverá ser exercido de acordo com aquilo que foi acordado. E neste viés que os dois princípios se debatem colocando em reflexão uma valoração entre a vida e o contrato.

As partes firmaram um contrato de empréstimo demonstrando claramente o princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada, pois as partes estavam cientes e de acordo com os termos expressos no contrato. Em regra o contrato faz lei entre as partes, porém este deve ser válido e para tanto precisa preencher os requisitos exigidos pela lei.

Nos ensinamentos do professor Paulo Nader, o direito de contratar ou não é uma faculdade dos indivíduos:

A vontade é livre para contrair obrigações de variadas espécies e sob as condições que desejar, sem a imposição da lei. Os contratos, por sua modalidade, objeto e condições, se amoldam às individualidades. O princípio da autonomia da vontade, poder criador que consiste na faculdade de contratar quando, como e com quem quiser, encontra os seus limites nas leis de ordem pública e nos bons costumes. As primeiras se referem aos interesses basilares das pessoas e do Estado e não podem ser substituídas pela vontade dos particulares. Suas normas são cogentes, ou seja, preponderam sobre os interesses individuais. Bons costumes são as maneiras de ser e de agir que se fundam na moral social e não são ditadas pela ordem jurídica

diretamente.¹²⁹

Ainda segundo as palavras do professor Nader, o princípio da autonomia da vontade que dá vitalidade aos contratos. Estes não teriam razão de ser caso o princípio não figurasse, explícita ou implicitamente, nos ordenamentos. O princípio ora considerado corresponde ao ideário da filosofia existencialista que, partindo da individualidade de cada ser humano, preconiza um tratamento adequado às condições de cada um. A singularidade, que faz de cada pessoa um ser inconfundível, encontra nos contratos um conjunto de regras plenamente adaptadas às peculiaridades individuais. A liberdade seria a essência da pessoa e cada qual deveria criar seus próprios valores e assumir a responsabilidade. A importância dos contratos depende, diretamente, da presença e amplitude do princípio na ordem jurídica.¹³⁰

Roberto Wagner MARQUESI nos diz que:

O contrato não pode ser visto como uma simples técnica jurídica; antes, deve ser compreendido como um poderoso meio de circulação de riquezas e de realização dos valores do ser humano. (...) Assiste-se ao fenômeno da repersonalização do Direito Civil. O sujeito, não o patrimônio, passa a ser o centro de preocupação e o fator de interesse da norma privada. Disso decorre que a abordagem do direito privado, especialmente no tocante aos contratos, mas sem excluir a propriedade e a família, não pode ver o Código como uma ilha, mas como parte integrante de um sistema complexo, presidido por uma base comum.¹³¹

É neste viés que o nosso Código Civil, pelo art. 421, expressamente o consagrou:

Art. 421 – CC: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Por isso, tão importante quanto o princípio da vontade ou da autonomia privada é o da função social do contrato.

Nas palavras de Paulo Lôbo:

A Função Social é princípio que determina que os interesses individuais das partes do contrato são exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Pondera o autor que dentre os novos Princípios informadores da teoria geral dos contratos, revela-se a função social o mais importante, por revelar seu conteúdo o “princípio constitucional da justiça social (...) pois é justiça promocional, no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais da sociedade”.¹³²

A função social do contrato apresenta uma vertente interna e externa, a interna impõe a observância de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, quando o contrato é bom para as duas partes, vedando, por exemplo, a onerosidade excessiva trazida no presente caso como a garantia de uma libra de carne.

Para Mônica Bierwagen:

129 NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, vol III.** São Paulo. 2016

130 NADER, *op cit.*

131 MARQUESI, Roberto Wagner. **Os princípios do contrato na nova ordem civil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5996>.

132 LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67 – 68.

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade — distribuição de riquezas — for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.¹³³

Neste contexto, verifica-se que muito além do que concerne o próprio nome, função social é um padrão de conduta que limita a autonomia das partes para contratar, podendo ser conceituado como padrões de conduta moral, que representa o interesse da sociedade, enfatizando valores humanos e a dignidade da pessoa humana. Todo contrato deve ser redigido, interpretado e executado em atenção à função social do contrato. Ela deve ser observada desde a elaboração das cláusulas contratuais, durante a execução do contrato e na análise e interpretação do mesmo. A função social do contrato é cláusula geral, não havendo a necessidade de estar expressa, obrigando e vinculando as partes em todos os contratos.

Os ensinamentos de Caio Mário trazem que:

A função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.¹³⁴

A função social do contrato guarda uma relação direta com a mitigação da *pacta sunt servanda*, ou princípio da obrigatoriedade, que estabelece que o acordo de vontades se faz dentro da esfera de liberdade reservada à iniciativa particular, em se tratando de contratos de direito privado, as regras estabelecidas impõem-se coercitivamente às partes.

Apesar do princípio da obrigatoriedade corroborar o ensinamento de que o contrato faz lei entre as partes, o mesmo deve atender sua função social, acima de qualquer coisa, sendo que, para Massimo Bianca, a intangibilidade da vontade individual cede diante da exigência da justiça social.¹³⁵ Tanto é verdade que o Artigo 2.035 do CC positiva em seu parágrafo único tal segurança:

Art. 2.035. – CC: (...)

133 BIERWAGEN Mônica. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**, p. 42-43. Aduz a mencionada autora que “há contratos que, embora atendam aos interesses individuais dos contratantes, nem sempre se mostram compatíveis com o interesse social. É o caso, por exemplo, do terreno que é alugado por uma empresa para armazenamento de lixo tóxico sem tratamento, ou da distribuição de amostras grátis de bebida alcoólica em frente a uma unidade dos Alcoólatras Anônimos. Não há como negar que, nesses casos, há um interesse que decorre dos direitos sociais — de ter um meio ambiente limpo ou a recuperação do alcoólatra — que não pode ser desprezado em favor da liberdade contratual” (p. 47).

134 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. III, p. 7.**

135 BIANCA, Massimo. **Diritto Civile, 2ª ed., Milano**, Giuffrè Editore, 2001, vols. 3 e 5.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Não obstante os princípios acima citados, o problema no contrato relatado no filme é no requisito do objeto lícito (artigo 104, II do Código Civil), ou seja, não poderá contrariar a lei, a moral, os bons costumes e a ordem pública, no caso, a multa estipulada é uma lesão corporal ao devedor, o que contraria todos esses itens anteriores, cortar a carne de uma pessoa não pode ser considerado ou aceito no nosso ordenamento jurídico e nem nos bons costumes de uma sociedade, sendo assim, o contrato seria nulo não podendo ser executado.

Além dos requisitos de validade do contrato, este como espécie de negócio jurídico, ainda temos que observar as limitações ao próprio princípio da autonomia privada, em que a vontade das partes contratantes, mesmo que totalmente consciente, deve estar condicionada a lei, a moral e a ordem pública, sob pena de instabilidade econômica e insegurança jurídica.

Ainda podemos encontrar outro vício gravíssimo no contrato de empréstimo aludido, quando o judeu não cumpre a boa-fé contratual, pois sabendo da grande possibilidade de falência nos investimentos do cristão, oferece o pagamento da multa em libras de carne do próprio devedor, nesse momento ele já demonstra que não há interesse legítimo em receber o dinheiro emprestado com os devidos juros, mas sim, a intensão verdadeira de cobrança da multa e a alcançar sua vingança contra os cristãos, o que foge da natureza jurídica do negócio celebrado pelas partes.

Levando-se a discussão para o ordenamento jurídico especial, depara-se com mais problemas jurídicos, pois no caso do contrato de empréstimo, que se enquadra perfeitamente em uma relação de consumo, ainda temos que observar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal 8.078/90.

A relação de consumo é definida legalmente, com bastante precisão, como aquela que se forma entre, pelo menos, um fornecedor e um consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços disponibilizados no mercado de consumo, devendo ser o consumidor destinatário final destes.

Conforme previsão expressa do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Prevê o artigo 3º, do mesmo código consumerista (Lei Federal nº. 8.078/90) que fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização

de produtos ou prestação de serviços.”

Com vistas a se promover a proteção máxima ao consumidor, o conceito legal de fornecedor é de larga abrangência, podendo ser definido sinteticamente como sendo todo ente que coloca à disposição, no mercado, produtos ou serviços destinados ao consumo.

No caso do filme, Antônio é o consumidor e Shylock é o fornecedor, sendo o empréstimo a prestação de serviço profissional e habitual, com obtenção de lucro. Pelo estatuto consumerista a previsão contratual da multa em libra de carne do próprio devedor é nula de pleno direito e, assim, não deve produzir qualquer efeito no mundo jurídico.

Em primeiro lugar, conforme o artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor, é vedado ao fornecedor Shylock exigir do consumidor Antônio uma vantagem manifestamente excessiva visto que impõe uma obrigação lesiva a sua integridade física, que além de causar extremo risco e sofrimento ao consumidor, não agrega nenhum valor financeiro que possa compensar o não cumprimento do contrato no prazo avençado, a multa desvirtua toda a natureza jurídica do negócio que teria sido efetuado com o intuito de ganhar lucro ou de pelo menos não ter prejuízo, sendo que nesse caso a multa não tem nenhum efeito indenizatório, o que deveria ter.

Ademais, o artigo 51, IV e §1º do mesmo estatuto legal, estabelece que a cláusula que prevê a punição de Antônio é considerada abusiva, pois estabelece uma obrigação exagerada que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico, como o princípio da boa-fé contratual e o princípio da equidade, onde a prestação deve ser proporcional a contraprestação estipulada.

A multa contratual ainda ofende o direito à vida, o mais importante e fundamental dos direitos, pois ao cobrar sua execução contratual poderia o judeu colocar em risco a vida do cristão e tudo isso por um direito contratual, secundário e subsidiário em relação ao direito a vida, até porque sem este o outro nem tem razão de ser.

No caso do filme se a proteção do consumidor Antônio não fosse efetiva, ou seja, se a cláusula abusiva não fosse considerada nula, o poder econômico e, então jurídico dos fornecedores como o judeu seria fortalecido criando um desequilíbrio econômico nas contratações, pois estes emprestariam seu dinheiro nas condições que quisessem sem se importar com os valores da moral e da ordem pública, desrespeitando os princípios maiores do direito e da dignidade humana, refletindo no desequilíbrio de toda sociedade, causando ainda maiores exclusões sociais que seriam pautadas somente em riquezas materiais e nenhum valor humano.

4. REFLEXÕES SOBRE AS CORRENTES FILOSÓFICAS DO POSITIVISMO E HUMANISMO JURÍDICO E OS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL

Partindo do conceito de que o positivismo jurídico é a doutrina segundo a qual se tem por direito somente o direito positivo, ou seja, as leis, normas jurídicas gerais e abstratas decorrentes da imposição do Estado (poder soberano), poderíamos afirmar que a execução do contrato firmado no filme seria perfeitamente legal e possível, pois as leis de Veneza eram expressas ao determinar a validade do acordo celebrado pelas partes de livre e espontânea vontade, previamente conhecedoras do conteúdo de suas cláusulas.

O positivismo jurídico pressupõe que o direito é formado preponderantemente por regras jurídicas positivadas, devidamente fixadas pelos legisladores, representantes legitimados pela sociedade (sistema codificado) ou estabelecidas em jurisprudências anteriores (modelo judiciário).

Paulo Dourado de Gusmão definiu o positivismo jurídico como sendo uma corrente do pensamento jurídico para qual não existe outro direito senão aquele positivo.¹³⁶

Para o juspositivismo, a lei é a fonte jurídica essencial, que deve prevalecer sobre todas as demais fontes do direito, que serão sempre de natureza subordinada ao direito posto.

A teoria positivista possui quatro plataformas centrais, caracterizadas da seguinte forma:

a) as fontes jurídicas são exclusivamente os textos normativos elaborados pela autoridade competente, salvo autorização normativa expressa para o acesso a outros elementos;

b) as Normas são apenas as regras jurídicas devidamente positivadas;

c) o ordenamento jurídico corresponde a uma pirâmide de imperativos legais, escalonados hierarquicamente de acordo com critérios formais de validade, cujo ápice é a norma fundamental pressuposta;

d) a decisão jurídica é tomada através do procedimento lógico dedutivo de subsunção, mediante o qual o juiz enquadra os fatos que lhe são apresentados dentro dos moldes de uma disposição normativa, socorrendo-se da sua própria discricionariedade em casos difíceis.

Sendo assim, o positivismo jurídico considera como direito somente aquilo que é posto abstratamente pela soberania do poder estatal como regra de conduta pré-determinada, que deve ser cumprida pela sociedade, sob pena de suas respectivas sanções. O direito positivista constitui uma produção da ação e da vontade humana (legisladores, representantes

¹³⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

do povo) e não mais de uma imposição divina, natural ou racional.

Porém, ao aplicarmos fria e calculadamente os termos do direito posto (leis de Veneza) ao caso relatado no filme, nos parece um tanto quanto cruel e desigual levar a cabo a execução do contrato, consubstanciada no pagamento da multa contratual com uma libra da carne do peito (próximo ao coração) do próprio devedor. Ressalta-se, a todo o momento, a ideia do total desequilíbrio de valores: como pode haver comparação ou até compensação da carne humana com uma dívida em espécie? Seria de tal modo uma grande ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e ainda um grande desrespeito à integridade física dos seres humanos.

No positivismo tal indagação ficaria sem resposta, pois a lei previamente estipulada, positivada e conhecida pelas partes contratantes no contrato, estava sendo cumprida e, então, a vontade do poder soberano (Estado) e a vontade do legislador (representante do povo) seriam efetivadas pela sentença de execução do contrato.

Nesse sentido, volta-se os olhares ao humanismo jurídico, movimento que consiste na defesa do ser humano por meio do direito, em que os valores humanos, como o direito à vida, a dignidade da pessoa e a integridade física estariam em um nível superior de proteção legal, garantindo-se primeiro os valores humanos e depois os valores materiais. Mas, mesmo no humanismo jurídico, as normas não podem ser descartadas, elas devem ser a base e o fundamento para a efetivação da segurança jurídica, porém sua aplicação deve ser embasada nos princípios basilares da dignidade humana, pois não basta produzir o direito sem que este seja o reflexo da dos valores e da realidade social.

Para o humanismo jurídico, a aplicação do direito deve sempre buscar a melhor justiça possível para a efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. As normas jurídicas, através das decisões judiciais, devem acompanhar o desenvolvimento da sociedade e suas necessidades. O direito não pode ser estático, não deve se congelar no tempo, sob pena de perder credibilidade e, conseqüentemente, a sua própria eficácia social.

São as relações humanas, a história e a cultura de uma nação que podem construir um direito resultante do espírito popular, reconhecido pela sociedade como certo, como justo. Não há como conceber a ideia de uma decisão judicial sem a análise de todo conteúdo fático e de todos os elementos históricos e morais das partes envolvidas. No filme a questão controvertida era muito maior que o valor material emprestado no contrato.

Na verdade o contexto histórico de discriminação, antissemitismo e intolerância não podem ser analisados de forma secundária e extremista assim como foi feito pela Corte Veneziana.

No filme é a sentença proferida pela corte determinando o confisco dos bens do judeu e sua conversão imediata ao cristianismo, à sentença se torna exagerada e acaba por corroborar com a exclusão social e a discriminação que já estava enraizada naquela sociedade, desrespeitando agora o próprio princípio da dignidade humana e da igualdade em relação ao judeu.

Para Ingo Wolfgang a Dignidade da Pessoa Humana é conceituada como:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³⁷

De forma contundente, a dignidade da pessoa humana e a integridade física do ser humano, que neste caso relacionava-se ao cristão, tem sim que estar no ápice da proteção jurídica, no entanto, não podemos deixar de aferir que os julgadores da Corte Veneziana em nenhum momento levaram em consideração o contexto histórico judaico, condenando o judeu, no fim do seu julgamento a se tornar um cristão, tomando-lhe, ainda, todos os seus bens e tolhendo o seu direito de liberdade de crença, tendo assim, uma decisão de notável conteúdo antisemita.

As decisões judiciais devem refletir as aspirações ético-axiológicas, isto é, deve representar os valores morais, éticos e humanos de uma sociedade, sempre fundamentadas nas leis e, principalmente, nos princípios gerais do direito, como o princípio da dignidade humana. No caso do filme em questão, indubitavelmente, há uma grande subversão dos princípios basilares da nossa Constituição em ambas as partes.

Tanto a vida do cristão que quase sucumbiu nas mãos do judeu, por conta da celebração de um contrato que tinha como principal objetivo de satisfação não o gozo do direito material, mas sim, uma vingança alimentada por suas próprias atitudes discriminatórias e humilhantes com o judeu, e de outro lado, o judeu foi ainda mais humilhado perante a sociedade em que vivia, além de perder seus bens materiais, que lhe ofereciam certas regalias na marginalização social, ainda foi forçado a abrir mão de sua fé, do seu modo de vida e dos seus valores religiosos e morais.

Nesse sentido, a sentença do filme ultrapassa a lei de Veneza, pois esta determinava a pena de morte ao judeu por ter causado, injustificadamente, “mal” ao cristão, porém, como forma de poupar a vida do judeu, a lei não é cumprida e a sentença é modificada de acordo

137 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

com o contexto histórico e social da época. Da análise da sentença, podemos concluir que ela até pode ultrapassar os limites da lei, porém ela reflete perfeitamente o contexto histórico e o cenário distorcido dos valores morais e antissemitas daquela sociedade.

A decisão judicial é a representação do poder do Estado por meio do poder judiciário e, assim, acaba por refletir a intenção do poder soberano sobre determinado caso ou questão. Desta forma, a decisão judicial deve ser pautada em muita cautela e fundamentada nos maiores valores da humanidade, sempre com base legal, para não causar insegurança jurídica e não influenciar negativamente a sociedade. A sentença deve ser aceita naturalmente, pois emana indiretamente da vontade (lei), da história, e ela deve ser natural e positiva sem abalar os princípios da dignidade da pessoa humana.

Os limites das decisões judiciais não podem ser confundidos com a hermenêutica jurídica, a qual é um método de interpretação das normas legais que deve ser utilizada nas decisões judiciais para adequação da lei posta à realidade da sociedade e das partes litigantes no caso concreto. Por isso, a sentença pode ultrapassar os limites da regra escrita para alcançar os anseios sociais e as aspirações ético-axiológicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a escassez de informação biográfica a respeito de sua vida e, portanto, a ausência de qualquer informação ou mesmo indício de que Shakespeare tenha mantido maior contato com os juristas de sua época, é impossível negar que o direito esteja presente em grande parte de sua obra.¹³⁸ De fato, Shakespeare antecipou a modernidade e, com isto, inúmeras questões – muitas delas referentes ao estado, às relações de poder e ao próprio positivismo – que ainda constituem alguns dos maiores desafios da ciência do direito. Sua obra é inesgotável. E isto, se aplica, certamente, à peça *O Mercador de Veneza*, que deu ensejo a atual reprodução cinematográfica em análise e que vem sendo objeto das mais diversas abordagens pelos juristas ao longo dos anos.

Ao longo da análise do filme e no desenvolvimento do atual trabalho verificou-se de que forma se dão os limites da interpretação jurisdicional, levando em conta tão somente os dispositivos da letra fria da lei. Neste viés, pode-se aferir que as formas de sustentação das fundamentações judiciais devem estar norteadas por princípios constitucionais, a fim de assegurar uma proteção digna à vida e às liberdades do indivíduo.

138 TRINDADE, André Karem. **Pórcia e os Limites da Interpretação do Direito**. O referente artigo faz parte dos resultados do projeto de pesquisa “O direito na literatura: a representação dos juízes nas narrativas literárias”, desenvolvido pelo KATHÁRSIS – Centro de Estudos em Direito e Literatura da IMED, no biênio 2012/2013.

Nas palavras da professora Vera Karam de Chueiri, em sua obra “*O Mercador de Veneza: identidades em questão*”, ela nos ensina que para além de sua (in)verossimilhança, O mercador de Veneza nos coloca o seguinte paradoxo: “a (ambiguidade da) letra da lei que é igual ao direito que é igual à justiça que é igual à vingança”.¹³⁹ Trata-se, em síntese, do mesmo problema constante no adágio latino *summum jus, summa injuria*, proferido por Cícero¹⁴⁰, segundo o qual o excesso do direito pode levar à injustiça suprema.¹⁴¹

A sentença, entretanto, não pode ficar totalmente à mercê da subjetividade do magistrado, de suas próprias convicções pessoais. A decisão deve ser embasada, pautada nas fontes do direito pré-existentes, nas normas jurídicas e principalmente nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da fraternidade.

Assim, observa-se que a sentença deve produzir uma norma específica para aquele caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário, de acordo com as características pessoais e sociais das partes envolvidas, verificando o contexto histórico em que o direito positivo foi criado e o de sua atual aplicação, tudo com fundamento na norma jurídica geral e abstrata previamente elaborada e posta pelo Estado.

Há uma melhor maneira de ler ou interpretar Shakespeare? Como se viu, passados quatro séculos, *O Mercador de Veneza* ainda comporta múltiplas leituras e interpretações das mais variadas. Isto não apenas reflete seu valor estético como também serve de estímulo para a produção de novas pesquisas e estudos, tanto da área da literatura quanto na área do direito.¹⁴² Mas atenção à advertência de Calvino, *a escola e a universidade deveriam servir para fazer entender que nenhum livro que fala de outro livro diz mais sobre o livro em questão; mas fazem de tudo para que se acredite no contrário*.¹⁴³

E é neste pensamento que a se dá a contextualização do objetivo da pesquisa e do estudo do direito. A evolução do direito tem que acompanhar a evolução do homem, assim como nenhum livro que fala de outro livro traz os mesmos contextos e nem as mesmas conclusões. É graças à motivação e à curiosidade que o conhecimento nos incute, que nos tornamos indivíduos cada vez mais inspirados, instigados e enveredados a pesquisa, elevando o conhecimento ao encontro do acompanhamento da evolução humana.

139 CHUEIRI, Vera Karam de. “O mercador de Veneza”: identidades em questão. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (Org.). **Direito e Psicanálise** – interseções a partir de “O mercador de Veneza” de William Shakespeare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 193-222.

140 Esta é uma citação original da obra **De officiis** (I, 10, 33) de Marco Túlio Cícero advogado, político, escritor, orador e filósofo da família Túlia da República Romana eleito cônsul em 63 a.c.

141 TRINDADE, *op cit.*

142 TRINDADE, *op cit.*

143 CALVINO, *op cit.*

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BIANCA, Massimo. **Diritto Civile, 2ª ed., Milano,** Giuffrè Editore, 2001, vols. 3 e 5.

BIERWAGEN Mônica. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil,** p. 42-43.

BLOOM, Harold. **Shakespeare: a invenção do humano.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 42.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

CALVINO, Ítalo. **Perché leggere i classici.** Milano: Mondadori, 1991.

CC – Código Civil. **Lei 10.406/02.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 de abril de 2017.

CDC – Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078/90.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 de abril de 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHUEIRI, Vera Karam de. “O mercador de Veneza”: identidades em questão. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (Org.). **Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O mercador de Veneza” de William Shakespeare.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 193-222.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 5. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed. rev., atualiz. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito.** 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HELIODORA, Bárbara. **Por que ler Shakespeare.** São Paulo: Globo, 2008, p. 8.
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisas. Resultados de Pesquisas. Contas Nacionais. **PIB, Indicadores.** Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2329>. Acesso em: 19 jul. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67 – 68.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Os princípios do contrato na nova ordem civil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Acesso em 19 de março de 2017. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5996>.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, vol III.** São Paulo. 2016

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. III, p. 7.**

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

TRINDADE, André Karem. **Pórcia e os Limites da Interpretação do Direito.** Centro de Estudos em Direito e Literatura da IMED, 2012/2013.

WOLKMER, Antônio Carlos, organizador. **Fundamentos de história do Direito.** 3. ed. 2 tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

SHREK PARA SEMPRE. UMA POSSÍVEL BUSCA PARA JUSTIÇA CONTRATUAL: BOA-FÉ E LESÃO

Sandra Tamiko NAKAI¹⁴⁴
Rafael Silva FELIX¹⁴⁵

RESUMO

O presente trabalho, inspirado no filme Shrek para sempre, analisa o princípio da boa fé objetiva dentro do contrato celebrado entre particulares, bem como as consequências advindas de seu descumprimento. Para tal, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, consulta à legislação brasileira, bem como o filme acima citado. Assim, faz-se mister compreender a evolução histórica do contrato, bem como o contexto em que tal desenvolvimento ocorre, as mudanças de paradigmas que os acompanharam. Estuda, ainda, os princípios que regem os contratos, em especial, a boa fé objetiva, essencial hodiernamente, bem como os vícios de consentimento, afinal, ambos levam à resolução contratual, e, portanto, de observância obrigatória. Ao final, demonstra-se como a união destes leva à chamada justiça contratual, de forma a reestabelecer o equilíbrio entre as partes, e trazer segurança jurídica aos contratos.

PALAVRAS-CHAVES: boa-fé – lesão - justiça contratual

ABSTRACT

The present work, inspired by the film Shrek Forever, analyzes the principle of objective good faith within the contract signed between individuals, as long as the consequences of its noncompliance. For this, the method of bibliographical research, consultation to the Brazilian legislation, as the above mentioned film was used. Thus, it is necessary to understand the historical evolution of the contract, and its context in which such development takes place, the paradigm changes that accompanied them. It also studies the principles governing contracts, in particular, objective good faith, which is essential today, as well as the addition of consent, after all, both lead to a contractual resolution, and therefore mandatory compliance. At the end, it is shown how the union of these leads to so-called contractual justice, in order to reestablish the balance between the parties, and to bring legal certainty to the contracts.

KEYWORDS: good faith - injury - contractual justice

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido pauta-se nos fatos ocorridos no filme “Shrek para sempre” aliado ao que dispõe o Código Civil de 2002. Existe, hodiernamente, grande importância que um contrato seja transparente para ambas as partes, e com a devida ciência de ambos, a fim de garantir a justiça contratual, de acordo com os princípios contidos na Constituição Federal de 1988.

O filme mostra claramente a violação dos princípios dos contratos, e evidencia a utilização de artifícios para seduzir e enganar o contratante, aproveitando-se da ingenuidade

144 Conciliadora do Tribunal de Justiça do Paraná. Aluna da Pós-graduação em Civil e Processo Civil do Projuris.

145 Aluno da Pós-graduação em Civil e Processo Civil do Projuris.

do protagonista e de sua situação de agonia. Como tal, o contratante expõe as vantagens em assinar o contrato, bem como a contrapartida, que o contratado deverá oferecer, como um dia de sua vida, exemplificando, um dia que foi tomar uma vacina. Por causa da falta de experiência em contratos, e à sua situação de desespero, o contratado concorda com o contrato, sem ao menos se dar ao trabalho de ler as cláusulas que nele constam.

Portanto, o contrato celebrado é eivado de vício desde o início até a sua execução sendo passível de anulação, caso fosse levado aos tribunais, ressaltando a importância da Boa-Fé que deve ser observado por ambas às partes.

E, vale ressaltar, que os fatos apresentados na obra de ficção podem ocorrer com qualquer pessoa no mundo real. Contudo, quando isto ocorre, ainda resta à opção de buscar a justiça através do judiciário para sua anulação, consoante será apresentado no decorrer deste artigo.

Mas como buscar uma solução em casos como estes, em que há evidente prejuízo a uma das partes envolvidas no contrato? Como buscar o equilíbrio entre as partes a fim de sanar tais injustiças? Embora trate de uma obra de ficção, indaga-se de que forma poderia ser solucionada tal controvérsia se tal fato ocorresse na vida real?

É o que o presente trabalho pretende esclarecer. Inicialmente, analisa-se a evolução histórica dos contratos, e a forma como estes acompanham o desenvolvimento da sociedade. Na sequência, serão abordados os princípios do direito contratual, que se subdivide em princípios contratuais clássicos e os contemporâneos, estes últimos receberão um enfoque maior porque entre eles se encontra o Princípio da Boa-Fé objetiva dos contratos. A seguir, interessa analisar os vícios de consentimentos, entre eles o vício da lesão, já que este fornece a possibilidade de anulação do contrato celebrado, aliado ao princípio da Boa-fé objetiva. Finaliza com a busca pela justiça contratual, através da anulação do contrato eivado de vícios, entre eles a lesão, de forma a reequilibrar a relação contratual entre as partes.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO

O conceito de contrato tem início em Roma. O termo “*contractus*” não possui um significado unânime aceito pela doutrina, pois em Roma, os contratos, inicialmente, não geravam obrigações. Não bastava meramente a simples concordância das partes a respeito de um objeto, havia a necessidade de seguir estritamente uma determinada forma. Ao longo da evolução histórica, os romanos adotam a tipicidade dos contratos, e, a partir deste momento, estes passam a serem fontes geradoras de obrigações, desde que haja a concordância de vontades.

Assim, o contrato evolui. Um instrumento utilizado como garantia do cumprimento para ambas às partes do que fora acordado. O desenvolvimento econômico e comercial passa a exigir-las a fim de que as controvérsias que eventualmente ocorram sejam facilmente resolvidas, já que ambos concordaram e assinaram o contrato, não haveria motivo para retornar ao status quo anterior. Entretanto, o contrato quase desaparece na Idade Média, juntamente com o comércio, permanecendo apenas um mercado de subsistência. É o Estado Absolutista. A economia é basicamente agrícola e familiar, com alta cobrança de tributos.

Com a ascensão da burguesia, o comércio renasce e juntamente com ele, os contratos passam a serem cada vez mais solicitados, tendo em vista a necessidade de segurança jurídica. Com a explosão econômica, vai florescendo os ideais liberais, que pregam a intervenção mínima do Estado na economia e na sociedade. É neste momento que o contrato como sendo um acordo de vontades, criando vínculos a que se prendem e ganha força.

Conforme explica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“O liberalismo econômico, a ideia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto, permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência”. (ROSENVALD;FARIAS, 2012, p. 54).

Em 1804, edita-se o Código Civil Napoleônico e aqui há um aprofundamento do conceito de contrato, em consonância com os ideais desta época, reforçando os ideais burgueses e início do capitalismo. A autonomia da vontade das partes é soberana e ninguém poderia questionar isso. Como explica Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2012, p. 55) “o que é querido pelas partes, nesta medida, é obrigatório”.

À medida que a classe burguesa progredia, e juntamente o comércio, aprofunda-se cada vez mais as desigualdades sociais, gerando um exército de excluídos. O Estado estimulava a economia, sem proteger ao elo mais fraco do comércio. Os movimentos sociais, aliados às Guerras Mundiais, proclamam mudanças, surge, então, o ideal do Estado Social de Direito. Agora não basta dar direitos, é mister que se assegure a eficácia de tais direitos. E, com isso, as codificações se adaptam aos novos modelos constitucionais, em que há a preocupação com a pessoa humana.

O Código Civil de 1916 foi projetado dentro dos ideais liberais, no final do século XIX, e perdurou ao longo do século XX. É claro que, com as transformações sociais que ocorreram, quando da entrada em vigor deste Código, já se encontrava em dissonância com os anseios sociais. Não há que se negar a maestria em que foi elaborado, mas, como ocorre em uma codificação escrita, não acompanha a evolução constante da sociedade. Nas palavras de

Flávio Tartuce (2015, p. 550), contrato é “um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”.

Assim, um novo Código Civil passa a ser elaborado, e, em 2002, entra em vigor o novo Código Civil, em que se destacam os princípios contemporâneos, que passam a influenciar de forma profunda, os conceitos de contratos e ampliou desta forma, a intervenção do Estado na economia, através dos contratos, o chamado Dirigismo Contratual.

Ensina-nos Carlos Roberto Gonçalves:

A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores, que interessam a toda coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum. (GONÇALVES, 2009, p. 4).

O Estado se faz presente nos negócios jurídicos contratuais a fim de evitar desigualdades evidentes e a ruína da parte hipossuficiente da relação, garantindo a ordem pública, em consonância a um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja a de buscar uma sociedade justa e igualitária.

O sentido social é observado através da limitação do alcance da liberdade contratual, e da relativização dos contratos. Além disso, o direito deixou de proteger apenas o indivíduo, e, neste momento, à coletividade, bem como a flexibilização da obrigatoriedade do contrato quando se constata vícios nã manifestação da vontade (vícios de consentimento) ou na conduta das partes (boa-fé objetiva).

Aqui estamos diante de um dos instrumentos mais importante dentro do direito, já que o contrato é usualmente utilizado no dia-a-dia de qualquer pessoa, desde uma compra no supermercado de uma pessoa física até uma celebração de um contrato entre uma pessoa jurídica privada e uma entidade pública para prestação de serviço ou fornecimento de bens materiais, ou ainda uma empresa que celebra com uma pessoa física um contrato de trabalho.

Porém o que será analisado no transcorrer deste trabalho será o contrato celebrado entre particulares que respeitando os limites da lei não exige uma forma específica para ser elaborado, salvo se estiver estipulado pela própria lei.

A partir de agora passamos a analisar alguns princípios relacionados ao direito contratual.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

Os princípios clássicos do direito contratual estão ligados à concepção de ampla

liberdade negocial, e são: a) autonomia da vontade; b) obrigatoriedade nos contratos; c) relatividade contratual. Os princípios contemporâneos são os da função social do contrato e a boa-fé. Como o objetivo deste trabalho é dirigido ao Princípio da Boa-fé, os demais princípios serão rapidamente abordados.

a) Princípio da autonomia da vontade

Referia-se à ampla liberdade de contratar, de regular seus próprios interesses, em outras palavras, é o poder das partes de dispor dos seus próprios interesses mediante acordos.

Este princípio deixou de ser a autonomia da vontade e passou a ser o da autonomia privada. A vontade dos contratantes tem eficácia jurídica e deverá ser respeitada, porém existem determinadas restrições de ordem pública ao contratar, de maneira a proteger a parte mais fraca da relação contratual e zelar pelo equilíbrio entre as partes.

Encontra-se positivada no Código Civil, nos artigos 421 e 425, que preceituam: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Há preocupação do legislador em proteger o hipossuficiente, de modo evitar injustiças concretizadas em contratos inescrupulosos. Evolução conclamada pela própria sociedade haja vista que inúmeros contratos desproporcionais lesavam milhares de pessoas e estas não tinham meios de se socorrerem, ocasionando a ruína das mesmas, gerando uma imensa massa que buscavam socorro no Estado.

b) *Pacta sunt servanda*- Princípio da obrigatoriedade nos contratos

A expressão “*Pacta sunt servanda*” significa que os pactos que foram assumidos deverão ser respeitados, ou ainda, que os contratos que foram assinados deverão ser cumpridos.

O contrato entre as partes tem força de lei para obrigar as partes a cumprirem com o acordado. Elas ficam vinculadas àquilo que contrataram. O princípio se mostra fundamental para o direito contratual, pois sem ele o conceito de contrato não teria sentido.

Não se pode extinguir o contrato, sem que haja motivos que justifiquem, porque isso causaria insegurança jurídica. Todavia, em função da limitação do princípio supracitado, a obrigatoriedade dos contratos também sofreu relativização. Não houve a extinção deste princípio, apenas encontra-se mitigado.

c) Princípio da relatividade contratual

Neste, o contrato gera efeitos entre as partes, não envolvendo terceiros, quer prejudicando quer beneficiando-os. Da mesma forma que os demais, também sofreu influência das modificações advindas com o Código Civil de 2002, deixando de ser individualista e com uma visão para a coletividade. Logo, existem determinadas situações em que o contrato poderá gerar efeitos perante terceiros. Afinal, não seria correto que terceiro de boa fé fosse prejudicado ao agir corretamente.

d) Princípio da função social do contrato

É evidente a preocupação em subordinar o comportamento individual aos fins sociais definidos pela Constituição Federal de 1988. É atribuir uma destinação útil à relação negocial, de forma a contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e equilibrada.

Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves:

“A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética, guarda intimidade com o princípio da ‘função social da propriedade’ previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização da justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. (GONÇALVES, 2009, p. 5)”.

Assim, os contratos devem observar não apenas os interesses individuais, mas, acima de tudo, preservar os princípios humanos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, Carlos Roberto Gonçalves esclarece que:

“É verdade que a função social do contrato se autonomiza pela sua verticalidade, pois concerne às relações entre as partes e a sociedade. Ela não se compraz imediatamente com a diretriz da eticidade, mas com o paradigma da socialidade. A boa-fé é endógena, a função social do contrato é exógena. [...] Enquanto a boa-fé é cláusula geral que permite o influxo do solidarismo constitucional no perfil interno das relações patrimoniais, a função social captura o momento cooperativo na interação dos contraentes com o corpo social que os rodeia”. (GONÇALVES, 2012. P. 209).

A função social do contrato está ligada ao princípio da boa-fé objetiva, conforme a ser analisada a seguir. Justamente pela preocupação com o meio social, protegendo a parte mais vulnerável da relação contratual, que se destaca a função social do contrato, como limitação à autonomia da vontade, já supra mencionada.

e) Princípio da Boa-fé objetiva

O primeiro ponto a ser abordado aqui é a diferenciação entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, já que, esta tem a função de estabelecer um padrão ético de conduta entre as partes em suas relações obrigacionais, enquanto aquela trata de um estado de consciência ou de

crença do sujeito que acredita estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico.

A boa fé subjetiva é de difícil comprovação, pois reside o caráter de subjetividade. Por este motivo, a legislação considera a boa-fé objetiva como parâmetro a ser seguido nas relações contratuais, consoante os deveres anexos de um contrato.

O princípio da boa-fé objetiva, juntamente com a função social do contrato são princípios contemporâneos que atendem ao clamor social de proteção aos menos favorecidos, e de evitar desigualdades como ocorrera em outros tempos, e o que ocorreu no filme em análise.

A boa-fé, segundo Rui Stoco:

“É a boa-fé fonte de pacificação, de convalidação, de socialização e aquisição de direitos, como no casamento nulo, no usucapião, na especificação e no contrato societário, dentre tantos outros exemplos ministrados pela experiência comum ou contidos na legislação de regência, especialmente no Código Civil”. (STOCO, 2002, p. 43).

A boa-fé consiste em um atributo da pessoa humana, sendo um padrão de comportamento correto e ético.

Diferencia-se da função social do contrato uma vez que este restringe a autonomia da vontade para conter os efeitos prejudiciais do contrato, enquanto a boa-fé analisa a conduta e o comportamento das partes ao efetuar o contrato, sua conduta ética e moral.

Explica Teori Zavascki que:

[...] o princípio da boa-fé objetiva, devidamente positivado tanto no CDC (art. 4º, III, e art. 51, IV), como no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.” (Ministro Relator Teori Zavascki, 20 de maio de 2015, Brasília-DF).

O Código Civil de 2002 incorporou este princípio em diversos de seus dispositivos, a saber:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Além do Código Civil, este princípio encontra-se expresso em vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Não serão abordados neste presente trabalho, pois a ótica do filme analisada é de contratos em geral, e não de um contrato consumerista.

Os artigos citados trazem em si as funções da boa-fé, segundo a doutrina majoritária, que são: a função interpretativa, a função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção

e a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos.

A função interpretativa consta do art. 113 do citado Código, e está em plena harmonia com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que em seu art. 4º, preceitua que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” A interpretação deverá considerar os fins sociais e o bem comum.

A função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção, conforme explica Flávio Tartuce:

[...] são: “Dever de cuidado em relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão”. (TARTUCE, 2015, p. 581).

O dever de lealdade e probidade é aquele em que as partes não tentam se aproveitar uma da outra, com contratos desproporcionais, com o intuito de proteger a parte inexperiente ou que se encontre em situação de necessidade. Já o dever de informar é dar clareza a respeito do contrato e de todas as suas nuances, possíveis alterações, de forma a deixar a outra parte bem ciente a respeito do que está se obrigando. E o dever de cuidado é aquele em que há situação de risco, em que o sigilo se faz necessário, para evitar danos maiores.

Portanto, a boa-fé objetiva é um dos princípios pilares a serem respeitados no contrato, tendo em vista que a sua inobservância poderá acarretar a extinção do mesmo.

Sendo assim, acompanhando ao que já foi exposto neste trabalho e fazendo uma análise ao que acontece no caso do filme, fica evidente que um dos princípios principais para a formação de um contrato não foi em momento algum respeitado, pois Rumpelstiltskin se aproveitou de maneira vergonhosa da inobservância ou desconhecimento por parte do ogro para fazê-lo assinar o contrato que posteriormente só lhe traria ônus.

Na sequência, é de suma importância conhecer a respeito do instituto da lesão, que se encaixa dentro dos vícios de consentimento.

3. VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

São defeitos nos negócios jurídicos que se caracterizam por uma manifestação de vontade que não corresponde a real vontade da outra parte. Existe um conflito entre a vontade exteriorizada e a real intenção do mesmo.

Os vícios de consentimento encontram-se expresso no art. 171, II do Código Civil de 2002, que preceitua serem anuláveis os negócios jurídicos por vício resultante de erro, dolo,

coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

De igual maneira, o filme Shrek, para sempre, interessa apenas o vício por lesão. Logo, os demais vícios serão vistos rapidamente.

O erro ou também conhecido como ignorância, é quando a pessoa se engana sozinha, tendo uma falsa ideia da realidade. Diferente de quando ela é induzida a erro, caracterizando o dolo. Não é qualquer erro que o artigo se refere, pois se cometeu um erro por ignorância, não estará enquadrado neste artigo.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 375), explica que “O dolo difere do erro porque este é espontâneo, no sentido de que a vítima se engana sozinha, enquanto o dolo é provocado intencionalmente pela outra parte ou por terceiros, fazendo com que aquela também se equivoque”.

Este vício de consentimento ensejará a anulação do negócio se ficar constatado a dolo, o induzimento. Isto porque ficaria evidente a má fé pelo contratante. Situação oposta de quando o contratante age de boa fé e a outra parte, por desconhecimento ou ignorância concorda em realizar o negócio jurídico. Se este tipo de erro fosse causa de anulação, restaria apenas a insegurança nos negócios jurídicos. Tem que existir uma restrição a fim de assegurar garantias á realização dos contratos. O dolo ocorre quando há uma intenção maliciosa de enganar ao outro para tirar proveito da situação.

A coação é uma ameaça ou pressão que se exerce sobre o indivíduo para obriga-lo a praticar um ato contra sua vontade. Podendo ser uma ameaça física (absoluta) ou ainda moral (compulsiva). A coação viola a autonomia da vontade, viciando o negócio realizado, já que a vítima, não teve outra opção a não ser ceder à vontade da outra parte. Por este motivo, o legislador o elegeu como forma de anulação do negócio jurídico, a fim de proteger ao ameaçado.

O Estado de perigo é uma situação de extrema emergência, em que há risco de vida ou de sobrevivência e a pessoa acaba assumindo uma obrigação excessivamente onerosa para livrar-se de tal situação. Este vício não se confunde com a coação. É necessário que a pessoa que se beneficiou do ato saiba da situação desesperadora da outra pessoa. Não é uma simples pressão que uma parte realiza sobre a outra, mas de algo mais grave, que ameaça sua sobrevivência.

A fraude contra credores é um vício social e ocorre quando o devedor desfalca seu patrimônio com a intenção de lesar os credores.

A simulação é uma declaração enganosa de vontade e visa a obtenção de resultado diverso da finalidade que aparenta ter, visando iludir terceiro e burlar a lei.

Esses são alguns dos vícios que podemos nos deparar durante a elaboração ou assinatura de um contrato ou até mesmo durante a sua execução, e quando alguns desses vícios são descobertos o contrato se torna passível de ser anulado.

Porém de todos os vícios citados anteriormente nenhum deles se encaixa de maneira tão exata ao que ocorre no filme quanto à lesão, e por se tratar do vício principal do contrato celebrado entre as partes no caso estudado, usaremos um tópico para podermos explicar da maneira mais clara este vício.

3.1. Lesão

É um vício de consentimento e configura-se quando uma pessoa obtém um lucro exagerado, desproporcional, aproveitando-se da inexperiência ou de uma situação de necessidade do outro. Está disposto no art. 157, CC, que preceitua que “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”.

Do dispositivo, existem dois requisitos a ser observado, o objetivo, que é a desproporção entre as prestações, e o subjetivo, caracterizado pela inexperiência ou premente necessidade. Este evidenciado no decorrer da obra quando Rumpelstiltskin obtém um enriquecimento exacerbado em relação ao Shrek que acabou tomando grande prejuízo após a assinatura do contrato devido a sua inexperiência, tornando o contrato totalmente desproporcional entre as partes ferindo assim o artigo 157 do Código Civil visto anteriormente e então se tornando um contrato passível de anulação devido à má-fé por parte do contratado no ato da celebração e um contrato passível de anulação devido à má-fé por parte do contratado no ato da celebração.

Confirmando tal entendimento, Carlos Roberto Gonçalves:

“Lesão é, assim, o prejuízo da enorme desproporção existente entre as prestações de um contrato, no momento de sua celebração, determinada pela premente necessidade ou inexperiência de uma das partes. Não se contenta o dispositivo com qualquer desproporção: há de ser manifesta”. (GONÇALVES, 2008, p. 402).

Não confundir a lesão com o estado de necessidade. Neste o desequilíbrio ocorre em obrigações unilaterais em que a vítima se obriga com o intuito de salvar-se. Já na naquele a “premente necessidade”, regra geral, é no sentido de obter recursos; se obriga a uma prestação de dar ou fazer.

A lesão não estava prevista no Código Civil anterior, contudo, era aplicada por analogia, e pelos costumes.

Além disso, a lesão não se caracteriza somente pela prestação desproporcional, mas

também pela falta de paridade contratual, como no caso da inserção de uma cláusula abusiva ou de abdicação a um direito, o que tornaria o negócio desarrazoado, o exemplo do filme se dá quando Rumpelstiltskin agindo de má-fé apaga o dia do nascimento de Shrek da sua história e conseqüentemente acaba lhe “apagando” da vida de todos os seus amigos, esposa e filhos enquanto o contratado desfruta de toda a riqueza conseguida através do contrato contendo vício que fora assinado.

Quando isso ocorre não fere tão e somente o princípio da Boa-Fé Objetiva,as também o princípio da justiça contratual que visa dar paridade entre as partes envolvidas e visando também que todo o processo seja realizada de maneira ética e moral não ferindo portanto preceitos básicos que são defesos por nossa constituição.

Como o contrato tem por objetivo a circulação de riquezas, a lesão causa um prejuízo ocasionado pela falta de conduta ética e correta esperada pelas partes.

4. JUSTIÇA CONTRATUAL

A justiça contratual é a expressão do princípio constitucional da igualdade substancial, qual seja, o garantia da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 3º,III, CF/88. Ora, um contrato não deve apresentar uma igualdade meramente formal, ou de aparências, enquanto na realidade existe um desequilíbrio econômico desproporcional, causando vantagem excessiva de uma parte em detrimento da outra. É este o objetivo da justiça contratual, buscar o equilíbrio entre as partes com o intuito de assegurar a igualdade substancial.

Corroborando com este entendimento, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

“Esta interação entre o direito privado e a liberdade não mais resiste no Estado Democrático de Direito. O contrato é veículo de livre desenvolvimento da personalidade, meio de realização da dignidade humana. Se, em virtude da disparidade de poderes for excluída a liberdade de decisão de uma das partes, não haverá nem liberdade como justiça contratual, pois a autodeterminação requer uma justa conformação de interesses”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 45).

Portanto, a justiça contratual visa mais do que o equilíbrio entre as partes e as prestações, ela está intimamente ligada à ética, e esta por sua vez tem um elo mais amplo do que a relação entre as partes. A ética são regras e preceitos de ordem valorativa e moral que um sujeito, um grupo ou ainda que uma sociedade possua.

É justamente neste ponto que o princípio da boa-fé e o vício de consentimento lesão são vitais na busca da justiça contratual. Ambos são amparados pelo Código Civil de 2002, impondo regras de conteúdo ético-jurídico que se contrapõem às explorações e desigualdades

contratuais. Em comum, há o fundo moral que visa a ajustar os negócios jurídicos, eliminando as distorções provocadas pela má-fé ou pela inexperiência de uma das partes, ou ambas.

O contrato exige o respeito aos seus deveres anexos e aos princípios contratuais, de forma a evitar um desequilíbrio econômico, prejuízo para a sociedade.

O Direito Civil afastou o enriquecimento ilícito sem causa, limitando as liberdades individuais para que não pudessem causar desproporções nas relações, estando em harmonia com o art. 174, §4º da CF/88 que preceitua, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Assim, ambas as codificações, Civil e Constitucional, procuraram afastar o ideal individualista para seguir as orientações mais sociais do direito contemporâneo, limitando o alcance dos princípios libertários da codificação anterior, tendo em vista a própria evolução da sociedade.

A inclusão dos princípios contemporâneos, a flexibilização dos princípios clássicos apontam um novo comportamento entre os particulares. Reflexo direto da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais.

No filme Shrek, para sempre, Rumpelstiltskin apresentou todas as condutas reprováveis que não se espera de um contratante. Se o ogro Shrek fosse aos tribunais, teria seu contrato anulado, vez que estavam evidentes a falta com o princípio da boa-fé, e a enorme lesão ao mesmo.

Ofato exposto na obra de ficção não se distancia do que pode ocorrer em nosso dia-a-dia. A inexperiência de Shrek gerou o vício contratual da lesão, já que houve um aproveitamento do contratante por causa da inexperiência no assunto do contratado.

Logo, em qualquer contrato é importante que se respeite o princípio da boa-fé e estar atento aos vícios de consentimento, neste caso, a lesão. O contrato é livre, entretanto deve respeitar os limites legais, para que as partes entrem em comum acordo sobre o que estão contratando.

Além disso, para prevenir abusos por uma das partes seria esclarecer as pessoas quais são os seus direitos, para que possam procurar as vias judiciais.

Por isso se faz muito importante respeitar todos os preceitos legais e constitucionais que norteiam a formação de um contrato, já que assim quem age de má-fé e busca levar vantagem sobre outras pessoas não conseguirão aplicar seus golpes e estarão submetidos às regras de um contrato eficaz que não causará dano algum para a sociedade ou para o indivíduo.

Neste contexto, a advocacia preventiva é um instrumento a ser utilizado quando da elaboração ou assinatura de algum contrato a fim de evitar transtornos futuros evitando a morosidade do judiciário. A advocacia preventiva é uma das grandes novidades do direito moderno e que cada vez mais ganha espaço em nosso país.

A forma preventiva tem como objetivo uma atuação pró ativa relacionada às questões jurídicas, reduzindo assim ao mínimo eventuais riscos e custos à parte, através de orientações, evitando as demandas judiciais.

Por conseguinte, o advogado não é necessário somente quando surgem problemas, contudo é viável ter um profissional da área antes de concretizar qualquer negócio jurídico, visando evitar que problemas futuros através de uma orientação profissional.

Um profissional qualificado pode evitar tais problemas, constatando a ausência dos princípios contratuais, bem como os vícios de consentimento, buscando uma solução quer recorrendo ao judiciário quer alternativa para tais injustiças.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 consagram princípios fundamentais à pessoa humana, entre eles a dignidade e o direito à igualdade. Embora o Código Civil de 2002 seja um código voltado para relações privadas não há como aplicá-lo sem a observância dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

É justamente por isso que as relações privadas devem observar princípios constitucionais como a dignidade, e, aqui encontra evidenciado na codificação privada no princípio da boa fé, e da isonomia, uma igualdade não apenas formal, mas de fato.

Ao constatar tais desequilíbrios, o legislador optou por proteger a parte mais fraca, através de mecanismos que tornam possível a anulação de contratos desproporcionais, que geravam imensos prejuízos a uma parte e o enriquecimento ilícito da outra. É a busca pela justiça contratual.

Ao restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes, o negócio jurídico realizado trará benefícios para a sociedade. Como visto, a desigualdade gerada no passado trouxe imensos impactos ao Estado, que precisou intervir a fim de proteger os mais vulneráveis economicamente.

Na obra de ficção, o protagonista conseguiu o desfazimento do negócio por cláusulas ocultas no próprio contrato. Todavia, na vida real, não conseguiria de forma tão fácil como no filme, teria que buscar a solução de tal litígio pelo judiciário. E, como se sabe, este é moroso, e, em muitos casos, a resolução do conflito chega muito tarde, não conseguindo reverter os

prejuízos ocasionados.

Portanto, a legislação brasileira possui normas que restringem a autonomia da vontade das partes, a fim de que não se possam exceder os limites impostos. Esta restrição visa proteger os mais fracos, dos “espertinhos” que anseiam por realizar “bons negócios”.

Por conseguinte, se as partes agissem com probidade e boa fé, muitos problemas poderiam ser evitados. Somente assegurando os direitos insculpidos na Carta Magna através da coerção de abusos, é que se possa buscar uma sociedade justa e igualitária, respeitando a dignidade humana, tal qual preconizada no texto constitucional. No caso do filme em questão, isso seria possível via judicial, através da justiça contratual como forma de reequilibrar a relação entre as partes.

REFERÊNCIAS

DA SILVA, Renata Cristina Moreira. **Qual a diferença entre vícios da vontade (ou consentimento) e vícios sociais e o que compreende cada um deles?** Disponível em :<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2219393/qual-a-diferenca-entre-vicios-da-vontade-ou-consentimento-e-vicios-sociais-e-o-que-compreende-cada-um-deles-renata-cristina-moreira-da-silva>. Acessado em 11/04/2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Direito dos Contratos. Volume 4.** 2ª ed. Salvador. Bahia. Editora JusPodvim. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, vol. IV, tomo I. Contratos: Teoria Geral.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte geral.** Volume I. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Contratos.** Volume III. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NETO, Edgard Audomar Marx; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **Lesão e justiça contratual: a transação desproporcional.**In XXIV Encontro Nacional do Conpedi/ SE. 2015. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/owxkeqjH4KQGZS8n>

Acessado em 16/03/2017.

REIS, João Maurício Xavier. **A importância da Advocacia Preventiva.** Disponível em: <https://joaomauricioadv.jusbrasil.com.br/artigos/112392498/a-importancia-da-advocacia-preventiva>. Acessado em 12/04/2017.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito Processual e Má-Fé Processual.** 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>. Acessado em 11/04/2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2015.

ZAVASCKI, Teori. **Pronunciamento no STF**
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5501099>. Acessado em 13/04/2017.

TEMPO DE JUSTIÇA: ENTRE FEMINISMOS E A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL

Débora Garcia DUARTE¹⁴⁶
Luiz Fernando KAZMIERCZAK

RESUMO

O trabalho ora apresentado, foi desenvolvido através da análise do filme Tempo de Matar, de autoria de John Grisham, e tem como objetivo demonstrar a ocorrência de inúmeras violações aos direitos fundamentais e direitos da mulher, a omissão do Estado em relação as classes menos privilegiadas, e em especial a mulher negra, que se torna invisível aos olhos de uma sociedade onde fica evidente as marcas do racismo e os reflexos de uma cultura patriarcal. A problemática apresentada é extremamente atual, vez que se discute aqui a aplicação do direito perante um sistema penal exclusivo, que leva em consideração a posição social, a cor, entre outros elementos que caracterizam sua seletividade. Também foi objeto desse estudo, o silêncio que envolve os crimes de estupro, mascarando a realidade por trás das estatísticas, bem como a invisibilidade e opressão das vítimas que influenciam na perpetuação dos casos. Visto isso, o trabalho defende como a aplicação do movimento feminista, em sua pluralidade de abordagens, juntamente com a construção de um Direito Penal Constitucional, podem afastar essa ideia de seletividade e de direcionamento a determinada classe social ou indivíduo. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo como método de abordagem, bem como as técnicas de pesquisa indireta documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero; Violência; Invisibilidade; Seletividade.

ABSTRACT

The work presented here was developed through the analysis of the film *Tiempo de Matar* by John Grisham and aims to demonstrate the occurrence of numerous violations of fundamental rights and women's rights, the omission of the State in relation to the less privileged classes, and especially the black woman, who becomes invisible in the eyes of a society where the marks of racism and the reflexes of a patriarchal culture are evident. The problematic presented is extremely current, since it is discussed here the application of the law before an exclusive criminal system, which takes into account the social position, the color, among other elements that characterize its selectivity. It was also the object of this study, the silence that involves rape crimes, masking the reality behind the statistics, as well as the invisibility and oppression of the victims that influence the perpetuation of the cases. Given this, the work defends the application of the feminist movement, in its plurality of approaches, together with the construction of a Constitutional Criminal Law can remove this idea of selectivity and targeting a particular social class or individual. For the development of the research, the deductive method was used as method of approach, as well as indirect documental and bibliographic research techniques.

KEYWORDS: Gender; Violence; Invisibility; Selectivity.

1. INTRODUÇÃO

Nascida no patriarcado, a cultura do machismo sustenta a ideia de que a mulher é

¹⁴⁶ Formação Técnica em Segurança do Trabalho. Graduanda em Direito pela Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO

objeto de desejo e propriedade do homem, o que acaba por legitimar e alimentar diversos tipos de violência, entre os quais o crime de estupro. Exercida em razão do gênero, essa violência é um reflexo da ideologia patriarcal a qual define explicitamente os papéis e as relações de poder entre homens e mulheres.

O trabalho ora apresentado, foi desenvolvido através da análise do filme *Tempo de Matar*, de autoria de John Grisham, e tem como objetivo demonstrar a ocorrência de inúmeras violações aos direitos fundamentais e direitos da mulher, a omissão do Estado em relação as classes menos privilegiadas, e em especial a mulher negra, que se torna invisível aos olhos de uma sociedade onde fica evidente as marcas do racismo e os reflexos de uma cultura patriarcal. Embora a obra conte com mais de 20 (vinte) anos de sua estreia, a problemática apresentada é extremamente atual, vez que se discute aqui a aplicação do direito perante um sistema penal exclusivo, que leva em consideração a posição social, a cor, entre outros elementos que caracterizam sua seletividade.

Como abordado no filme, existe a prática de um estupro, cometido por dois homens brancos e relativizado pela sociedade em decorrência da cor e da classe social da vítima, uma garota negra, de classe baixa que foi brutalmente violentada. Presencia-se também no decorrer da trama, o desespero de um pai que desacreditado na justiça dos tribunais acaba por praticar o homicídio dos autores do estupro. Após sua prisão, a defesa tenta provar que o acusado estava fora de sua consciência no momento do assassinato, que agiu sobre o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, buscando a caracterização do homicídio privilegiado, posição esta defendida também no presente estudo.

Evidencia-se na obra analisada o silêncio que se faz presente em relação ao crime de estupro, dando ênfase a todo tempo no homicídio praticado por Carl Lee, o pai da garota, deixando de lado as questões sobre a agressão sexual, a preocupação pública com o real enfrentamento da situação, além da efetiva proteção das classes menos privilegiadas, que não tem a devida atenção por parte dos tribunais, fatos estes que podem ser visualizados com facilidade nos dias que correm.

Neste viés, o estudo procura demonstrar como a aplicação do movimento feminista, em sua pluralidade de abordagens, juntamente com a construção de um Direito Penal Constitucional podem afastar essa ideia de seletividade e de direcionamento a determinada classe social ou indivíduo.

2. O SILÊNCIO POR TRÁS DO ESTUPRO

A violência contra mulher é uma prática antiga que ainda se faz muito presente na

sociedade atual, no entanto existem alguns fatores que acabam mascarando a realidade por trás das estatísticas, resultando em índices baixos e que não condizem com a realidade. Podemos mencionar por exemplo, o medo da vítima em denunciar, a vergonha, a atribuição equivocada de culpa direcionada a vítima, a relativização dos atos violentos, entre outros fatores que contribuem de forma explosiva para ocultar a realidade deste grave problema social.

Alguns dos sintomas mais evidentes de desintegração social só são reconhecidos como um problema sério após assumirem tamanha proporção epidêmica que parecem não ter solução. O crime de estupro é um dos casos em questão (DAVIS, 2016).

Silenciado e muitas vezes relativizado pela sociedade em decorrência de uma cultura capaz de apontar as atitudes da vítima e desconsiderar a conduta dos agentes, a prática do estupro conforme estatísticas recolhidas pela organização não-governamental Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), vítima uma mulher a cada 11 minutos em nosso País, com o homem utilizando-se de violência decorrente do emprego de força física e/ou grave ameaça para abusar da mulher, de forma a satisfazer sua lascívia (EXNER, 2016).

Outro fator de grande relevância no silêncio por trás dos casos de estupro, concentra-se na condição social da vítima, muitas vezes marginalizada e invisível aos olhos do judiciário, dependente de um sistema penal desfigurado, seletivo, que pune de forma rígida certos segmentos da sociedade, deixando outros sem serem tocados pelos seus rigores. (KAZMIERCZAK, 2010) Condição representada no filme em análise, a seletividade na atuação do judiciário que acaba por privilegiar as classes mais altas dando preferências em razão da raça e da cor.

As leis contra estupros foram, em regra, elaboradas originalmente para proteger homens das classes mais altas, cujas filhas e esposas corriam o risco de ser agredidas. O que acontece com as mulheres da classe trabalhadora, em geral, tem sido uma preocupação menor por parte dos tribunais, como resultado, são consideravelmente poucos os homens brancos processados pela violência sexual que cometeram contra essas mulheres. (DAVIS, 2016, p. 177)

Nesse contexto, é possível perceber como a aplicação das políticas públicas voltadas a proteção da mulher, não atingem aquelas pertencentes às classes menos privilegiadas, além disso, o racismo potencializa a discriminação de gênero, que por sua vez, acaba ampliando o grau de vulnerabilidade da mulher negra, pois recai sobre ela, além da opressão, a discriminação racial, dificultando o acesso aos mecanismos de proteção.

Dados apontam que as mulheres negras constituem o grupo mais atingido e vitimado por esses crimes, de acordo com o estudo denominado “Mapa de Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil”, 4.762 mulheres morreram em 2013, em relação à cor das vítimas, o

estudo constatou queda no número de homicídios de mulheres brancas, que cai de 1.747 vítimas em 2003 para 1.576 em 2013, o que representa queda de 9,8% no total de homicídios no período. No mesmo período, constata-se aumento de 54,2% no homicídio de negras, passando de 1.864 para 2.875 vítimas. Durante a vigência da Lei Maria da Penha, é apurada queda de 2,1% do número de homicídio de brancas, ao passo em que houve aumento de 35% do homicídio de mulheres negras. (GELEDÉS, 2017)

Ademais, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, divulgados em março de 2014 por meio da “Nota Técnica – Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde” (GÉLEDES,2017), 51% das vítimas de violência sexual eram mulheres negras.

De acordo com Djamila Ribeiro, pesquisadora e mestre em filosofia política pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp):

Por mais que todas as mulheres estejam sujeitas a esse tipo de violência, já que é sistemática, se faz importante observar o grupo que está mais suscetível a ela já que seus corpos vêm sendo desumanizados historicamente, ultrassexualizados, vistos como objeto sexual. Esses estereótipos racistas contribuem para a cultura de violência contra essas mulheres, pois elas são vistas como lascivas, “fáceis”, as que não merecem ser tratadas com respeito. (RIBEIRO, 2016)

Não há dúvidas que todas as mulheres podem ser e efetivamente são atingidas pela violência de gênero, independe de cor ou classe social. No entanto, a reflexão que se faz aqui, é o quanto o racismo perpetua e agrava a prática dessa violência contra a mulher negra.

Em parte da obra analisada fica evidente que esse direcionamento da justiça resulta no silêncio dos casos, sendo possível perceber como os autores do estupro da obra analisada, se mostraram confiantes e fortes a todo tempo, como se a cor e a condição social prevalecessem lhes dando o apoio necessário para a não responsabilização dos atos, além da obrigação da vítima em satisfazer os interesses sexuais, ainda que por meio de violência.

Restou clara a posição de superioridade presente nas condições daquela cena, uma menina negra, de classe baixa, abusada por dois homens brancos que, amparados por uma sociedade que inviabilizava o movimento pela igualdade negra, acreditavam que podiam cometer ataques sexuais contra as mulheres e permanecerem ilesos. Há assim, indícios de que essas formas de violência são, em algum grau, toleradas socialmente, que a violência contra mulher pode ser entendida como uma prática social, e não individual (MIGUEL; BIROLI, 2014). Reflexos de uma ideologia patriarcal e machista que coloca a mulher como objeto de desejo e propriedade.

Nesse contexto, discorre Susan Brownmiller:

O conceito que é direito monetário do homem, se não for seu direito divino, ter acesso ao corpo feminino, e que o sexo é um serviço do sexo feminino que não deve

ser negado ao homem civilizado. Perpetuação do conceito de que o "poderoso impulso macho" deve ser satisfeito com imediatismo por uma classe cooperativa de mulheres, colocadas à parte e expressamente licenciadas para este fim, é parte integrante da psicologia de massa de estupro. (BROWNMILLER, apud, SANTIAGO; SALIBA,1975, p. 392)

Esse conceito de submissão e de acesso ao corpo feminino como propriedade do homem, também ficou evidente nas cenas da obra apreciada, os autores do estupro após violentarem aquela garota, abandonaram seu corpo acreditando que ela estava morta, após a satisfação de seus interesses sexuais a descartaram como um objeto que não teria mais utilidade.

Nota-se no desenrolar do filme a preocupação do judiciário em acusar Calr Lee, o pai da garota, como resposta ao clamor da sociedade, que gritava pela condenação do homem negro responsável pela morte de dois jovens brancos pertencentes a classe privilegiada, silenciando a problemática relacionada a vítima, a violência sofrida por ela unicamente em razão do gênero e de sua cor.

O abuso sexual de mulheres negras, é obvio, nem sempre se manifesta na forma de uma violência tão aberta e pública. Há o drama diário do racismo representado pelos incontáveis e anônimos enfrentamentos entre as mulheres negras e seus abusadores brancos – homens convencidos de que seus atos são naturais. (DAVIS, 2016) Mais uma vez é possível fazer um paralelo dessa realidade com uma das cenas representadas no filme, o sentimento de imunidade e superioridade que levou aqueles homens a prática do crime.

A perpetuação desse pensamento de inferioridade imposta ao sexo feminino, contribui para a aumento dos casos de estupro, em dados coletados para sua pesquisa, Heleieth Saffioti divulga que:

Os dados de campo demonstram que 19% das mulheres declararam, espontaneamente, haver sofrido algum tipo de violência da parte de homens, 16% relataram casos de violência física, 2% de violência psicológica, e 1% de assédio sexual. Quando estimuladas, no entanto, 43% das investigadas admitiram ter sofrido violência sexista, um terço delas relatando ser vítima de violência física, 27% relatando ser vítima de violência psíquica, e 11% haver experimentado o sofrimento causado por assédio sexual. Trata-se, pois, de quase a metade das brasileiras. (SAFFIOTI, 2015, p.49 e 50)

Observa-se que estamos diante de uma violência justificada unicamente em decorrência do gênero, silenciada por uma cultura onde a mulher tem o dever de satisfazer os desejos sexuais do homem, como se realmente fosse um objeto à sua disposição.

Neste caminhar, a construção de um direito constitucional aplicado juntamente com as vertentes do feminismo, ou talvez seja melhor dizer feminismos, devido sua pluralidade de abordagens (MIGUEL; BIROLI, 2014), torna possível afastar esse pensamento e garantir o lugar da mulher na sociedade como sujeito de direito, independente de raça, cor ou classe

social, atingindo a democracia plena, além da garantia de um sistema penal livre de preferências.

O feminismo negro permitiu avançar na compreensão dos mecanismos de reprodução das desigualdades justamente ao exigir que a igualdade de oportunidades entre mulheres e homens não correspondesse a um silêncio sobre as mulheres que compartilham, com os homens que estão na base da pirâmide social, as desvantagens decorrentes de sua posição de raça e de classe. (MIGUEL; BIROLE, 2014)

O feminismo não se debruça sobre uma questão localizada, as vertentes relacionam-se a toda sociedade e seus efeitos não são restritos as mulheres, como corrente intelectual, o feminismo combina a militância pela igualdade de gênero com a investigação relativa as causas e os mecanismos que levam a sociedade a reproduzir tal pensamento.

A negação da realidade do estupro decorre amplamente do fato de que a validade do consentimento dos indivíduos é distintamente considerada se são homens ou mulheres – e isso agrava quando se leva em consideração a posição de classe dessas mulheres e possíveis “desvios” em sua vida sexual em relação aos códigos morais predominantes. (MIGUEL; BIROLI. 2014, p. 112)

Diante desse cenário, é possível perceber que direitos e garantias direcionados a mulher ainda precisam ser efetivados. O silêncio que encobre a violência aumenta o sofrimento das mulheres e favorece a impunidade. Em muitas situações, para justificar a agressão, a sociedade culpabiliza a vítima da violência, como se a responsabilidade fosse da mulher e não do agressor, a quem é permitido não ter controle de suas ações.

O objetivo é demonstrar como a aplicação de um direito penal constitucional juntamente com o feminismo, visa a real análise dos fatos sem a relativização dos atos e sem a prematura culpabilização da vítima, como se responsável fosse pela violência exercida contra ela, seja em razão do gênero, seja em razão de sua cor, ou da classe social, resultando no fim do silêncio que envolve este crime.

3. INVISIBILIDADE E OPRESSÃO

A invisibilidade da mulher na história se deu a partir da combinação da opressão de gênero e de raça. O preconceito racial e os reflexos de uma cultura misógina protagonizam as cenas do filme em análise, mostrando que a mulher negra foi transformada em símbolo da escravidão e socialmente desvalorizada, que sua representação resume-se na passividade e na submissão. Esse quadro de desigualdade e diferenças pode ser visualizado sem muito esforço na atualidade, a opressão machista se manifesta das mais diversas formas afim de depreciar a figura feminina.

Para diminuir ou menosprezar a figura do homem, basta compará-lo a uma mulher. Na boca do homem o epíteto “fêmea” soa como um insulto, no entanto, ele não se envergonha

de sua animalidade, sente-se ao contrário, orgulhoso se dele dizem: “É um macho!” (BEAUVOIR, 1949).

Os valores femininos são considerados de menor importância, sendo assim, devem ser restritos a determinadas atividades.

O acesso a recursos e o reconhecimento do valor e da capacidade dos indivíduos para definir a própria vida variam segundo suas características e sua posição nas relações de poder, entre elas o gênero. Desigualdades estruturais impactam as possibilidades de autodefinição e as oportunidades disponíveis para as pessoas. (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.110).

As desigualdades estruturais colaboram para que as relações de poder e de domínio prevaleçam, reduzindo a liberdade ou autonomia daqueles socialmente vulneráveis. Situação que também foi observada no filme.

O movimento feminista, como já mencionado neste trabalho, não se limita a uma linha reta, é um movimento plural onde estão presentes várias correntes, visões e lutas, na busca pela igualdade. No entendimento de Luís Felipe Miguel:

A igualdade é a reivindicação “óbvia” levantada por qualquer movimento que queira falar em nome de grupos oprimidos. [...] Em todos os casos, há a afirmação da igualdade essencial entre os seres humanos – seres iguais devem gozar de direitos iguais. Se não é possível sustentar uma desigualdade de base entre pessoas, então é difícil impedir o acesso de algumas delas ao direito. No entanto, a igualdade reivindicada vai ser entendida como a busca pela inserção numa universalidade que não é neutra – já está preenchida com as características do “masculino”. As mulheres querem ser cidadãs, mas a própria ideia de cidadania foi construída tomando como base a posição do homem (e em particular do homem branco) numa sociedade marcada por desigualdade de gênero, bem como de raça e de classe. (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 63-64)

Vivemos em um mundo onde não existem igualdades de oportunidades para mulheres e homens, e a aplicação do feminismo para atingir este fim ainda é alvo de uma série de críticas, o principal problema é que a universalização dos direitos corresponde, ao mesmo tempo, em um movimento em direção à eliminação de privilégios – todos seriam iguais, como cidadãos, na esfera pública – eliminando a superioridade, característica concreta dos indivíduos de uma sociedade organizada por hierarquias e relações de dominação e opressão (MIGUEL; BIROLI, 2014).

A construção desse ideal de igualdade, corresponde numa abordagem que visa o enfrentamento da subordinação e a construção de uma sociedade mais democrática. Mas para isso, é necessário desnaturalizar o direito de alguns de governar outros, seja por meio de emprego, seja por meio do casamento ou de outros arranjos nos quais as relações de gênero se definem por assimetrias de recursos e de autoridade (em geral, pela complementaridade entre as duas). (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 111) Sendo assim, comando e obediência constituiriam uma ordem natural.

O crime de estupro representado no filme, de acordo com Brownmiller pode ser entendido como, “Nada mais, nada menos que um processo consciente de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres num estado de medo” (BROWNMILLER, 2006). Parte do conceito de que a vulnerabilidade dos indivíduos à violência se deve em razão de se pertencer a determinado grupo. Nesse entendimento, sobre opressão e dominação,

[...] você aprende que a linguagem não pertence a você, que você não pode usá-la para dizer o que você sabe, que o conhecimento não é o que você aprende a partir de sua própria vida, que a informação não se define a partir da sua experiência [...]. Você desenvolve uma identidade que é agradável e subserviente e imitativa agressivamente passiva e silenciosa. (MACKINNON, 2014)

Há nesse pensamento, uma compreensão da internalização dos padrões convencionais de gênero como alienação. Que a opressão vivida, na realidade, priva as mulheres de se expressar, especialmente contra o abuso sexual.

Faz-se necessária uma construção para conscientização e compreensão sobre identidade, justiça (livre de preferências) e igualdade. Trata-se do reconhecimento de valores e princípios que devem ser levados em consideração independente do gênero, de cor ou classe social. Os debates sobre autonomia no feminismo colaboram, em suas vertentes diversas, para trazer novos ângulos às análises sobre a acomodação entre direitos formais e desigualdades. (MIGUEL; BIROLI, 2014)

Em relação a violência sofrida pela personagem do filme, dada complexidade do contexto social em que o estupro acontece hoje, qualquer tentativa de tratá-lo como um fenômeno isolado está fadada ao fracasso. Uma estratégia eficaz contra o estupro deve ter como objetivo mais do que a erradicação do estupro – ou mesmo do sexismo – por si só. (DAVES, 2016) O foco nas desigualdades de gênero pode levar a uma reconfiguração da democracia, exigindo que ela corresponda mas efetivamente à promoção da igualdade entre os indivíduos e das condições para o exercício da autonomia por cada um (e cada uma). (MIGUEL; BIROLI, 2014) Atentando-se é claro para a questão racial, a construção da democracia independe de cor. A luta contra a opressão e a desigualdade deve ser um movimento contínuo, um combate contra o machismo e também o racismo, pois ambos alimentam a mesma estrutura. É necessário dar a visibilidade adequada às vítimas que sofrem violência sexual, atentando-se para o real enfrentamento da situação e não a prematura culpabilização em decorrência da cor ou classe social, como evidenciado no filme.

4. PERSPECTIVAS DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

No caso apresentado no filme, temos ocorrência inequívoca do homicídio

privilegiado que está previsto no parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal. Assim, aquele que matar alguém impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

A hipótese aventada é a do crime praticado por relevante valor moral, que é aquele, em regra, está ligado aos interesses pessoais do autor. Já o relevante valor social abriga situações de interesse coletivo, que afetam o sentimento de uma determinada coletividade.

No caso em tela, quando o pai mata, dolosamente, os estupradores de sua filha, estamos diante de uma motivação de caráter exclusivamente pessoal, amparada na violência sexual sofrida pela sua filha e diante da real possibilidade dos estupradores não serem punidos de forma satisfatória e/ou inocentados em razão do conflito racial existente naquela sociedade. Trata-se, assim, de motivação de valor superior, que torna o homicídio passível de redução de pena, além de não ser imposta a hediondez ao fato. Nesse sentido, o exemplo cinematográfico trazido para análise é utilizado de maneira uníssona na doutrina penal brasileira (por todos GRECO, 2016. p. 20).

É de se ressaltar que a motivação não conduz a uma impunidade ou uma negação de aplicação de pena ao acusado de homicídio. Considera-se apenas que o motivo é, em até certo ponto, passível de alguma justificação. Em outras palavras, há um menor juízo de censura na conduta praticada pelo agente. Desse modo, há condenação pelas mortes realizadas, com aplicação de uma causa de redução de pena na terceira fase da dosimetria da pena.

5. A SELETIVIDADE PENAL E A BUSCA POR UM SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL

A norma penal, como qualquer outra norma do ordenamento jurídico, deve possuir a característica de ser abstrata e impessoal, ou seja, regulamenta situações que podem vir a ocorrer e não se direcionam a ninguém de forma individualizada. Dessa forma, a norma penal deve ser dirigida a todos os indivíduos, sem quaisquer distinções (aparentes) de classe social ou de pessoas. Nas palavras de Alessandro Baratta, “o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos contra as ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos” (2002, p. 162).

No entanto, há apenas uma pretensa igualdade no sistema penal, pois:

o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é

independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. (BARATTA, 2002, p. 162).

Dessa forma, podemos concluir que estamos diante de “direito desigual por excelência”, que promove uma seletividade através do sistema penal onde se busca uma atuação diferenciada motivada por diversos fatores, em especial a questão sócio-econômica. Nesse sentido, Nilo Batista já afirmou que:

o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função das suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para reafirmação do seu caráter igualitário.) [...] Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. (2004, p. 25-26)

O grande desafio é construir um sistema em que se cumpram as características precípuas das normas penais, sem promoção de distinções de natureza social e/ou econômica. Para tanto, busca-se a efetivação de um Direito Penal baseado nos preceitos constitucionais fundamentais, em especial a igualdade.

Esse processo de releitura do Direito Penal, sob o enfoque dos princípios constitucionais, irá acarretar em um sistema criminal que pode ser definido como o conjunto de regras de natureza constitucional e infraconstitucional que, ao definirem condutas e estipularem sanções, tutelam os bens jurídicos mais importantes da sociedade de forma racional e faz com que a atuação legislativa do Estado caia aos níveis de estrita necessidade.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck

É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito: direito penal mínimo e justiça consensual ampla para os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores do Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo). (1999, p. 115).

No mesmo sentido, é a Constituição que deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30), as quais devem ser impostas tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei, ou seja, a todos os órgãos de persecução penal envolvidos na apuração e julgamento do delito.

No caso em tela, trata-se de um julgamento promovido por questões raciais, em que se negava a aplicação de direito subjetivo do acusado de ter reconhecida a motivação dos assassinatos realizados. Assim, afastar a aplicação de uma causa de diminuição de pena,

impedindo sequer sua análise, rechaça um tratamento penal igualitário, uniforme e justo ao acusado, que recebe um tratamento casuístico e baseado na exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo exposto, busca-se demonstrar como a aplicação de um Sistema Penal Constitucional, em conjunto com as vertentes do Feminismo, podem afastar essa ideia de seletividade e de direcionamento da justiça a determinada classe social ou indivíduo. Como evidenciado no filme, as desigualdades estruturais colaboram para que as relações de poder e de domínio prevaleçam, reduzindo a liberdade ou autonomia daqueles socialmente vulneráveis.

O movimento Feminista, devido sua pluralidade de abordagens, torna possível afastar esse pensamento de superioridade e garantir o lugar do indivíduo na sociedade como sujeito de direito, independente de raça, cor ou classe social. Não se trata de uma questão localizada ou unicamente direcionada as mulheres, esse instituto visa garantir a proteção efetiva dos menos privilegiados.

A construção desse ideal de igualdade, corresponde numa abordagem que visa o enfrentamento da subordinação e a construção de uma sociedade mais democrática. Para tanto, busca-se a efetivação de um Sistema Penal baseado nos preceitos constitucionais fundamentais, em especial a igualdade.

Dessa forma, o Direito Penal pode ser uma ferramenta na construção de pensamento justo, igualitário e promotor do respeito às liberdades individuais. No entanto, não pode ser o único instrumento a ser utilizado, sob pena de criarmos uma cultura punitivista.

Acreditamos que a solução para o problema encontra-se na reformulação das estruturas da sociedade através da educação, capaz de promover um pensamento de igualdade material, respeitando as diferenças, a liberdade, a autonomia, sem que haja distinção de raça, cor, gênero ou classe social.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BEAUVIOIR, Simone de. *O Segundo Sexo. Fatos e Mitos*. Ed. Nova Fronteira. 3º ed. Rio de

Janeiro 2016.

BROWNMILLER, apud, SANTIAGO, Brunna Rabelo; SALIBA, Maurício Gonçalves. *Eu, prisioneira de mim: Análise da influência da violência de gênero na inserção da mulher no mundo do crime*. Trabalho publicado nos Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, nos dias 06 a 09 de julho de 2016. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/phc1kv31/n3GXux2Ub2HD8oy2>>. Acesso em: 20. Out. 2016.

DAVIS, Angela. *Mulheres Raça e Classe*. Ed. Boitempo. 1ª edição, São Paulo 2016.

GELEDÉS, Instituto da Mulher Negra. *Yasmin Costa e o feminicídio que mata mais as mulheres negras no Brasil*. Disponível em <<http://www.geledes.org.br/yasmin-costa-e-o-femicidio-que-mata-mais-mulheres-negras-no-brasil>>. Acesso em 20/04/2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. vol. 2. 13ª ed. Niterói/RJ: Impetus. 2016.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política*. Ed.Boitempo. 1ª edição, São Paulo 2014.

RIBEIRO, Djamila. *Cultura do estupro: o que a miscigenação tem a ver com isso*. Disponível em < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/cultura-do-estupro-o-que-a-miscigenacao-tem-a-ver-com-isso>>. Acesso em 10.04.2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 28 outubro- dezembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEMPOS MODERNOS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO E A DEGRADAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Carlos Henrique BOLETTI¹⁴⁷
Bruna Paiva CECCONI¹⁴⁸

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar como o instituto da terceirização promove violações ao princípio da vedação ao retrocesso social no campo dos direitos trabalhistas, erigidos à categoria de direito fundamental pela atual ordem constitucional. Através da brilhante obra cinematográfica de Charlie Chaplin, busca-se desenvolver o delineamento do contexto histórico da conquista de direitos pela classe trabalhadora, ao mesmo tempo em que se traçam linhas comparativas entre o cenário descrito no filme e o atual estágio de desenvolvimento industrial, social e jurídico sob o viés do direito do trabalho. A terceirização se coloca nesse espaço como mecanismo utilizado de forma crescente pelos empregadores em busca do aumento de lucro e competitividade, em detrimento dos direitos conquistados pelos trabalhadores, assegurados no plano nacional e internacional. É nesse sentido que se propõe a discussão do tema ao longo do artigo, que evidencia pontos de contato entre a obra Tempos Modernos, datada de 1936, e aspectos trabalhistas da atualidade, com enfoque no instituto da terceirização como severo violador do princípio de vedação ao retrocesso social.

PALAVRAS-CHAVE: Tempos Modernos. Direito do Trabalho. Retrocesso social. Terceirização.

ABSTRACT

The present article has the purpose of demonstrate how outsourcing institute violates prohibition of social retrogression principle in laborite rights sphere, raised as fundamental rights through current constitutional order. By means of Charlie Chaplin brilliant cinematographic work, the article quests to develop the historic lines of rights conquest by the working class, as long as traces a comparison between the scenarios described on the movie and the current internship of industrial, social and juridical evolution athwart labor law. Outsourcing comes up in this space as a mechanism increasingly used by employers who are looking for profit and competitiveness enhance, to the detriment of rights conquered by work-people, which are ensured on national and international level. The discussion is presented through the article in that way, which evidences contact points between Modern Times movie, dated of 1936, and laborite aspects of present times, focusing outsourcing as a severe social retrogression principle breaker.

KEYWORDS: Modern Times. Labor Law. Social retraction. Outsourcing

INTRODUÇÃO

147 Graduado em direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos. Pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pelo PROJURIS Estudos Jurídicos. Membro do Grupo de Estudos INTERVERPES: Intervenção do Estado na vida das pessoas, sediado na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado e Consultor Jurídico nas áreas de Direito do Trabalho, Empresarial e Contratual.

148 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Grupo de Estudos INTERVERPES: Intervenção do Estado na vida das pessoas, sediado na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Estagiária do Ministério Público Federal – Procuradoria de Jacarezinho-PR.

Um grande clássico do cinema mundial, fruto da mente brilhante e genial de Charlie Chaplin, *Tempos Modernos* (1936) representa o ponto de partida da discussão abordada no presente artigo. Através da obra, o autor se utiliza do humor como forma de exarar críticas pontuais ao contexto social e econômico observados à época, transmitindo sua sensibilidade quanto às mazelas vividas pela sociedade, resultado da consolidação do modelo capitalista de produção. Seguindo linha tênue entre comédia e drama, a obra denuncia graves problemas sociais, como a exploração desumana dos trabalhadores pela indústria, bem como os altos índices de desemprego e violência.

Num segundo momento, promove-se explanação a respeito do princípio da vedação ao retrocesso social concebido a partir da própria conquista dos direitos sociais no século XX, discorrendo sobre sua configuração na atual ordem constitucional e no plano internacional. A elevação do direito do trabalho à categoria de Direito Fundamental pela Constituição de 1988 recebe grande destaque, por se entrelaçar intimamente à noção de vedação ao retrocesso social.

Após, aborda-se o instituto da terceirização, partindo do conceito fornecido pela doutrina em direção à reflexão crítica comportada pelo tema não apenas no âmbito trabalhista, mas também do ponto de vista histórico e sociológico. Trata-se da terceirização como fenômeno relacionado à precarização do trabalho humano, constituindo a questão principal do presente trabalho, através do qual se demonstra a existência de relação indissociável entre a terceirização e o retrocesso social.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FILME “TEMPOS MODERNOS”

O filme “*Tempos Modernos*” (*Modern Times*), lançado em 05 de fevereiro de 1936, nos Estados Unidos, é uma obra idealizada e dirigida pelo ator, cineasta, e escritor Charlie Chaplin, que também interpreta o protagonista do longa através de seu famoso personagem “Carlitos”. Trata-se de uma produção de cinema mudo e imagens em preto e branco, na qual a expressão corporal dos atores destaca-se como elemento relevante, por representar o instrumento apto a transmitir para o espectador as emoções e real sentido das personagens interpretadas.

É de se notar que o filme retrata o contexto histórico de sua produção sob a ótica da população pertencente às camadas mais baixas da sociedade estadunidense à época. O autor se utiliza do humor para tecer forte crítica social e política às consequências advindas da consolidação do modelo capitalista de produção.

Os efeitos da intensa industrialização como reflexo desse modelo encontram-se

delineados no modo de exploração dos trabalhadores das fábricas, nos altos níveis de desemprego, e na pobreza da população, além de outros elementos apresentados pelo filme de maneira pontual e nítida.

A mensagem a ser transmitida através da obra se torna evidenciada logo a partir de sua cena de abertura, que compara os trabalhadores rumo ao serviço na fábrica a ovelhas caminhando em direção ao abate, sendo possível vislumbrar a linha de correspondência estabelecida entre as situações.

O enredo acompanha os detalhes do cotidiano da personagem interpretada por Charlie Chaplin, que, inicialmente desenvolvia trabalho como empregado na linha de produção de determinada fábrica, onde sua única função se resumia em passar todo o período de sua jornada apertando parafusos que se dispunham na esteira à sua frente.

O caráter repetitivo e frenético do ofício, somado à avidez do patrão pela elevação do ritmo de produção – diretamente ligada ao anseio pelo aumento das margens de lucro – resultam na sobrecarga física e emocional da personagem, que acaba sofrendo uma espécie de colapso nervoso no ambiente de trabalho, sendo levado à internação para tratamento psiquiátrico.

Após, com sua cura e devolução às ruas, Carlitos se vê em meio a um protesto de trabalhadores que reivindicam melhores condições de serviço, motivo pelo qual é levado preso ao ser confundido com o líder do movimento. Na sequência, evita o sucesso da tentativa de fuga de alguns detentos da prisão, conquistando sua liberdade como recompensa, recebendo uma carta de recomendação do xerife local, instrumento que se serviria a auxiliar seu ingresso em um novo emprego.

Entretanto, ao ser chamado para trabalhar em alguns ofícios, Carlitos não se mostra apto a desenvolver as funções propostas pelos empregadores, sendo possível estabelecer relação entre sua falta de preparo com a alienação a que submetido no emprego anterior. Como visto, na fábrica em que trabalhava, Carlitos estava condicionado a passar toda sua jornada apertando parafusos, de tal modo que não se mostrou capaz de lograr êxito diante da necessidade em se desempenhar função distinta.

Considerando o desemprego e as dificuldades enfrentadas, vislumbra-se na personagem de Chaplin o desejo de retornar à prisão como uma alternativa de sobrevivência, por representar local onde encontraria alimento e a segurança de um teto sob o qual pudesse repousar. Assim, na tentativa de voltar à cadeia, assume a responsabilidade pela subtração de um pedaço de pão, ato praticado pela menina Ellen, personagem interpretada pela atriz Paulette Goddard. Entretanto, seu plano resta frustrado por uma testemunha, que desmente a

farsa às autoridades policiais.

Destaque-se que a personagem Ellen também ocupa papel de destaque na obra, integrando parcela da crítica social comportada pela produção, por se apresentar como a personificação da miséria a que relegada grande parte da população à época, tornando nítidos os reflexos nocivos dos fenômenos observados no cenário social, como o desemprego e a violência.

Com efeito, sofrendo as consequências do desemprego de seu pai, Ellen é retratada como uma jovem que, para garantir sua subsistência e a de suas irmãs mais novas, acaba se entregando à prática de furtar alimentos, adotando conduta de flagrante desespero.

A situação se torna ainda pior por ocasião da morte de seu pai, vítima da violência em meio a um protesto da classe operária lutando por melhores condições de trabalho. Órfãs, suas irmãs são resgatadas pelo poder público a fim de serem colocadas sob custódia estatal; Ellen estava fadada ao mesmo destino, não fosse pela distração momentânea dos agentes que deveriam levá-la, possibilitando sua fuga.

Desamparada e vivendo nas ruas, a jovem faminta não resiste em subtrair um pedaço de pão de determinado estabelecimento, momento em que é avistada por uma testemunha que a denuncia para as autoridades policiais. Em fuga, a personagem se depara com Carlitos, que, no desejo de retornar à prisão, assume a prática do delito. Como visto, o engodo acaba esclarecido, livrando-se solta a personagem de Chaplin, sendo Ellen finalmente capturada pela guarda policial.

Ainda movido pelo intuito de retornar à cadeia – situação que evidencia o desespero da população diante do caos social instalado, a ponto de se considerar a prisão como melhor alternativa de sobreviver em meio às dificuldades encontradas – Carlitos consome alimentos e produtos sem efetuar o pagamento, atingindo, assim, seu objetivo em ser levado preso. Ao ser conduzido à cadeia, depara-se novamente com a jovem Ellen, que consegue persuadi-lo a acompanhá-la na tentativa de nova fuga em busca de uma vida melhor e livre.

Os jovens caminham firmes no intento de construir a vida juntos, procurando conseguirem um emprego digno a fim de que pudessem prover à sua subsistência; entretanto, o filme retrata de maneira crítica e cômica a frustração de seus objetivos, revelando insucesso constante que causa incômodo no espectador, demonstrando que a obra atinge a finalidade de atentar às dificuldades enfrentadas pelo casal, oferecidas pelo sistema social verificado à época.

Diante da notícia da reabertura de algumas fábricas, a personagem de Chaplin sai em busca de consolidar o plano de ingressar em um novo emprego, abraçando a oportunidade de

desenvolver atividades como assistente de mecânico junto a determinado estabelecimento industrial. Contudo, mais uma vez a chance de sucesso do casal em se obter garantia de subsistência, representada pela permanência estável no emprego, restou fracassada devido à emergência de movimento grevista organizado no âmbito da classe trabalhadora.

Em episódio envolvendo arremesso acidental de uma pedra em direção a um agente policial, a personagem Carlitos é novamente conduzida à prisão, lá permanecendo durante alguns dias. Libertado, é recebido pela jovem Ellen com a notícia de que havia sido empregada como dançarina por um restaurante, levando Carlitos para trabalhar consigo naquele ambiente como garçom.

Após a apresentação de um número musical pela personagem de Chaplin, ante a presença de autoridades policiais no local visando capturar Ellen – por ser a jovem menor de idade, órfã e enquadrada na prática de “vadiagem”, segundo os policiais – vê-se novamente a necessidade de fuga do casal, que consegue se livrar dos agentes.

A cena de encerramento da obra mostra os jovens em local ermo e distante da zona urbana, caminhando rumo a um destino incerto na busca de construir uma vida digna. Percebe-se que o filme não segue a regra do desfecho representado pelo clássico “final feliz”, sendo bastante realista e crítica ao demonstrar a continuidade da difícil jornada retratada ao longo da produção, transmitindo ao espectador mensagem reveladora de luta e esperança.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho é instituto inerente à vida do homem em sociedade. Desde os primórdios da organização humana em núcleos sociais observa-se que o trabalho se faz presente de diferentes formas, sendo possível notar sérias transformações no que tange à sua finalidade, bem como quanto ao tratamento compreendido no âmbito de suas relações.

Em linhas gerais, traçando breve panorama histórico acerca do tema, verifica-se que, no estágio primitivo da humanidade, o trabalho era utilizado pelos grupos sociais como meio de sobrevivência, sendo que as atividades eram voltadas para a prática da caça e pesca em busca de comida para que pudessem prover a subsistência das famílias. Com a evolução e crescimento dos grupos, exsurge naturalmente o poder de dominação de uns sobre outros, na busca de organização social e conquista de território.

Dessa forma, pautando-se na noção de prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos, nota-se o desenvolvimento do regime de escravidão no âmbito das comunidades. Os vencedores das lutas instaladas reduzem o povo do território conquistado à condição de escravos, para a execução dos serviços mais pesados. O escravo recebia o mesmo tratamento

que uma mercadoria, podendo ser trocado e vendido, bem como era alheio a qualquer indício de dignidade¹⁴⁹.

Gradualmente, observou-se a substituição do regime escravocrata pelo sistema da servidão, observado na época do feudalismo. Os servos trabalhavam nas terras dos senhores feudais, provendo o sustento do reino em troca de proteção pessoal e moradia, vivendo sempre em condições precárias¹⁵⁰. Não possuíam, liberdade, por estarem condicionados a permanecerem desenvolvendo atividades no reino em troca de sua sobrevivência, de modo que a servidão representava uma espécie de escravidão concebida no sistema feudal.

Ainda, na Idade Média, observou-se o surgimento de organizações denominadas corporações de ofício, no âmbito das quais era estabelecida relação entre mestres, companheiros e aprendizes, distribuídos hierarquicamente nessa ordem, e cuja finalidade se voltava à transmissão de conhecimento e prática profissional dos mestres aos demais¹⁵¹.

Entretanto, havia patente exploração do trabalho de menores, submetidos a jornadas exaustivas de até 18 horas diárias em condições insalubres e perigosas. Em que pese seja possível reconhecer o embrião das relações de trabalho no seio das corporações de ofício, estas configuravam ambiente autoritário, atendendo aos interesses dos mestres em detrimento da proteção dos aprendizes. Com a propagação dos ideais de igualdade e liberdade que alimentaram a Europa à época do advento e deflagração da Revolução Francesa, o regime das corporações de ofício tornou-se insubsistente por não se coadunar ao contexto social então configurado.

Como consequência de evolução social, econômica e tecnológica, houve a substituição do trabalho de baixa escala em regime artesanal pela produção e distribuição de bens em larga escala através das máquinas movidas a vapor e a carvão, bem como o desenvolvimento das indústrias têxtil e metalúrgica. Esse processo de transição que representa grande salto entre as diferentes formas de manufatura dos produtos destinados ao consumo e geração de riqueza ficou conhecido como Revolução Industrial, tendo como berço a Europa no período compreendido entre os séculos XVIII e XIX, fortalecendo o desenvolvimento do regime capitalista de produção¹⁵².

A partir desse momento verifica-se o desenvolvimento do Direito do Trabalho como categoria destinada à regular as relações laborais entre os empregados das fábricas e os

149 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho. 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24

150 Ibidem, p. 50

151 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 30.

152 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38-39.

proprietários dos meios de produção¹⁵³, visando estabelecer normas de proteção aos trabalhadores frente aos abusos cometidos pelos patrões, que buscavam sempre aumentar as margens de lucro mediante a violação da dignidade dos empregados.

Não mais se concebia a ausência de regulamentação das relações de trabalho frente às péssimas condições verificadas nos ambientes industriais, somadas às jornadas degradantes de mais de 16 horas diárias a que submetidos os empregados, bem como à exploração do trabalho feminino e infantil representativa de mão de obra barata, e baixíssimos salários pagos em troca do serviço prestado¹⁵⁴. Os elementos mencionados, conjugados à organização das forças sociais, deram ensejo à fixação de normas trabalhistas com vistas à tutela das relações estabelecidas entre empregadores e empregados naquele cenário.

O filme “Tempos Modernos” retrata o momento da efervescência do capitalismo industrial estadunidense, chamando atenção para as consequências nocivas do regime na vida das camadas mais baixas da sociedade.

Cite-se como exemplo a exploração dos trabalhadores nas fábricas em ambiente precário, sem qualquer proteção contra eventuais acidentes – conforme se observa na cena em que Carlitos é engolido pela máquina em que apertava os parafusos –, bem como a ausência de qualquer garantia quanto à estabilidade no trabalho, que, somada ao contexto econômico da quebra da Bolsa de Nova Iorque (1929), culminou em altos índices de desemprego, fenômeno também descrito pela obra.

Quanto ao desenvolvimento do cenário histórico brasileiro, frise-se que não há registros relativos à Antiguidade, tampouco ao regime do feudalismo, havendo conhecimento dos fatos aqui ocorridos apenas a partir da Modernidade. Por extenso lapso temporal verificou-se a exploração do trabalho de escravos africanos nas lavouras de cana, situação que perdurou até o ano de 1888, com a declaração formal de abolição do regime escravocrata.

Após, houve a substituição da mão de obra escrava pelo trabalho dos imigrantes europeus que se instalavam no País, notadamente nas fazendas produtoras de café, representando o pano de fundo das relações de trabalho até a década de 30, íterim no qual se verificaram movimentos sociais no meio operário, consubstanciando o nascimento das organizações sindicais¹⁵⁵.

Como consequência desses movimentos, em 1930 inicia-se a fase de institucionalização do Direito do Trabalho, firmando a estrutura jurídica do novo modelo

153 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14ª. ed. São Paulo: Ltr, 2015. p. 91.

154 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43-48.

155 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95-97.

trabalhista através de intensa atividade legislativa na época. A conjuntura caracteriza-se pelo rompimento com os ideais de liberalismo econômico, obstativos da intervenção do Estado na economia e na sociedade¹⁵⁶.

Assim, a Consolidação das Leis Trabalhistas surgiu nesse período de intensa atividade estatal na criação de diversas leis voltadas à proteção do trabalhador, sendo publicada em 1º de maio de 1943, através do Decreto-Lei nº 5.452. Apesar de ser consubstanciada apenas numa reunião e sistematização de normas trabalhistas esparsas já existentes à época, a CLT tornou-se o marco da codificação trabalhista, representando garantia de proteção para o trabalhador¹⁵⁷.

Contudo, afigura-se correto afirmar que, somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 – a “Constituição Cidadã” –, marcando o momento de redemocratização no País, o ordenamento jurídico trabalhista recebeu tratamento adequado, sendo erigido à categoria de direito fundamental conforme a ordem constitucional vigente.

Hodiernamente, ao menos do ponto de vista estritamente técnico e formal, observa-se grande quantidade de normas protetivas destinadas à tutela das relações de trabalho¹⁵⁸, visando afastar a conduta abusiva dos patrões, inserindo a proteção da dignidade humana como contrapeso ao exclusivo objetivo de lucro dos detentores dos meios de produção.

Nessa seara, nota-se evidenciada gritante distinção entre o atual cenário trabalhista e aquele descrito na obra cinematográfica abordada acima; o ordenamento jurídico protetivo existente nos dias atuais representa resultado de longo processo de lutas e reivindicações do meio social afetado em busca de melhores condições de trabalho e, em última análise, de respeito à própria dignidade humana. O arcabouço jurídico trabalhista observado hoje, notadamente a nível constitucional, se apresenta como conquista que reflete as necessidades desenvolvidas pelas baixas camadas da sociedade no contexto histórico retratado no filme.

Entretanto, a partir de exame crítico dos fatos verificados na corrente conjuntura, ainda nota-se a possibilidade de se transportar alguns aspectos da obra datada de 1936 para os dias atuais, sendo pertinente breve comparação nesse sentido no bojo do presente trabalho. Em que pese a conquista de normas trabalhistas de caráter protetivo, há forte carência de efetividade dessas normas no contexto social e econômico; os direitos trabalhistas sofrem violações de maneira intensa e recorrente justificadas pelo intuito desenfreado de lucro dos empregadores.

156 Ibidem, p. 103-107.

157 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34.

158 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.

A enorme carga de processos em curso nos diferentes graus da justiça especializada denuncia a frequente ausência de pagamento dos encargos trabalhistas a contento, desrespeito às normas de segurança no ambiente de trabalho, contratação irregular de empregados, dentre outras inconsistências. Além disso, a ideia transmitida através da cena inicial do filme, que compara os trabalhadores a caminho de serviço às ovelhas em direção ao abate, ainda se faz presente nos dias atuais, mormente quando se observa a condição de trabalhador sob a ótica das violações descritas acima.

Não obstante as conquistas na seara da tutela das relações de trabalho e busca constante pela efetividade do caráter protetivo do ordenamento trabalhista, recentes alterações legislativas e jurisprudenciais, engendradas no âmbito do lamentável cenário político brasileiro apresentado nos últimos meses, fazem surgir possibilidade concreta de aproximação do contexto retratado na obra octogenária.

Por fim, frise-se que o arcabouço trabalhista, considerado de maneira ampla, tem sido alvo de um processo em que se verificam tentativas de flexibilização¹⁵⁹ incompatíveis com a almejada efetivação e promoção de respeito aos direitos sociais. Conforme será abordado ao longo da presente exposição, o instituto da terceirização integra o mencionado processo, se mostrando como elemento que dá ensejo à violação de direito trabalhistas, mormente em se observando a gravidade das alterações legislativas a que submetido recentemente.

3. O PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL SOB A PERSPECTIVA TRABALHISTA

Conforme analisado em linhas pretéritas, o Direito do Trabalho se desenvolveu ao longo dos séculos em decorrência da luta dos trabalhadores, buscando adquirir proteção mínima de direitos em face do capitalismo e daqueles que detinham de fato todo o controle deste. Durante toda a história os trabalhadores foram, por diversas vezes, explorados, tendo seus direitos minimizados, chegando ao ponto de miserabilidade, impedidos inúmeras vezes das garantias mínimas e dignas de trabalho.

Como bem explica Fábio Konder Comparato, há dois importantes marcos decisivos para a elevação do Direito do Trabalho à categoria de Direito Humano Fundamental, quais sejam, a Carta Constitucional do México em 1917, e a Constituição de Weimar de 1919¹⁶⁰.

159 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124-127.

160 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 9ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 190.

A Constituição mexicana foi grande influência do século XX para que os direitos trabalhistas fossem elevados ao patamar de direito fundamental no Brasil. Destaque-se a relevância do documento, já que, na Europa, a consciência da dimensão social dos direitos humanos apenas se afirmou após a grande guerra de 1914-1918¹⁶¹.

Por sua vez, a Constituição alemã de 1919 surge no contexto conturbado de um país destruído pela guerra e arrasado econômica e politicamente. Apesar das fraquezas e ambiguidades, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo ocidente¹⁶².

A experiência mexicana da Carta de 1917 e o aprimoramento perpetrado pela Carta Alemã em 1919 revelam que os Direitos Sociais em todo o século XX representam forma de defesa da dignidade da pessoa humana. No entanto, tal consciência apenas foi adquirida no pós- guerra de 1948, com a criação dos diversos meios de proteção dos direitos humanos, dentre os quais a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todos esses documentos possuem importante papel na proteção dos direitos humanos e conseqüentemente, dos direitos trabalhistas.

Embora houvesse, em outras Constituições brasileiras, garantia aos direitos trabalhistas, esses ganharam efetivo destaque apenas a partir da atual Constituição, em que o trabalho foi erigido à categoria de Direito Social e Fundamental, decorrência tanto da dignidade da pessoa humana, como de sua importância para todo o País. Observa-se que o Constituinte atribuiu grande importância e proteção constitucional aos Direitos Sociais Trabalhistas, decorrendo efeitos importantes dessa positivação constitucional.

Como bem salienta Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶³, “Aos Direitos Sociais também se aplica, conforme já assinalado na parte dos direitos fundamentais, o disposto no art. 5º, § 1.º, da CF”, apontando a aplicabilidade imediata das normas de Direitos Sociais, como ocorre com as normas de Direitos Fundamentais. Frise-se ainda que, assim como esses, os direitos sociais constituem cláusulas pétreas, conforme preceitua o Art. 60, §4º, da CR.

O valor social do trabalho, bem como a garantia de direitos a ele inerentes, é perceptível ao longo de todo o texto constitucional que, logo em seu primeiro artigo, indica como fundamentos da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” e os “*valores sociais do trabalho* e da livre iniciativa”. Ainda, no artigo 3º da Carta Magna, elenca-se como objetivo fundamental da República “erradicar a pobreza e a marginalização e

161 Ibidem. p. 190.

162 Ibidem. p. 205.

163 SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel e MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017. p. 601.

reduzir as desigualdades sociais e regionais”; não há como cumprir tal preceito sem garantia de direitos trabalhistas, tampouco quando se retrocede no campo dos direitos sociais. Destaque-se a especial importância dada aos direitos humanos, consubstanciada na redação do artigo 4º da Constituição. Por sua vez, a proteção ao trabalho e, principalmente ao trabalhador, evidencia-se através da leitura de seus artigos 7º a 11, sendo interessante ressaltar também a proteção contida no artigo 170 da CR, inserido em seu Capítulo I, do título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira. O legislador reforça a importância em se garantir os direitos inerentes aos trabalhadores, corroborando a tese de Direito Fundamental do Trabalho, que impede, em qualquer hipótese, retrocesso para o *status* anterior.

Feitas essas considerações, destaque-se que uma das grandes conquistas da sociedade consubstancia-se no direito à segurança, garantido como direito fundamental pelo *caput* dos artigos 5º e 6º da Constituição. Assim, o Administrador, o Legislador e o Julgador devem obediência aos preceitos constitucionais que garantem a segurança das relações jurídicas, cujos principais mecanismos revelam-se na obrigatoriedade em se respeitar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Ressalte-se, porém, que não apenas tais institutos garantem a segurança para os cidadãos brasileiros; na seara dos direitos humanos e fundamentais vigora o princípio da vedação de retrocesso, decorrência lógica do princípio da segurança jurídica, desdobramento do direito à segurança insculpido na Constituição de 1988¹⁶⁴.

Como decorrência do princípio da segurança jurídica, o princípio da vedação de retrocesso define-se pela “garantia da estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas”¹⁶⁵, sendo dirigido a todas as esferas de Poder, e atuando no sentido de impedir a extinção dos direitos incorporados ao ordenamento jurídico.

Além dos mecanismos no plano constitucional, a proibição de retrocesso também se cristalizou no plano internacional de proteção dos direitos humanos, vedando aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida a essa espécie de direitos¹⁶⁶.

Não há como negar a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tanto para o plano internacional quanto para o âmbito nacional no que concerne aos direitos humanos e fundamentais de cada Estado, prevendo expressamente em seu artigo 22 o direito à segurança social. Atente-se à obrigatoriedade de sua observância, já que constitui fonte do direito, por ostentar *status* político, ético e jurídico diferenciado, influenciando direta e

164 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Manual de Direitos Humanos. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

165 NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª ed, São Paulo: Método, 2014. p. 626.

166 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109.

indiretamente o ordenamento jurídico pátrio¹⁶⁷.

Tais declarações são o fundamento precípua para a criação e garantia das normas de direitos humanos e fundamentais, sendo esta uma das justificativas para a observância obrigatória da DUDH para os Estados que assim a subscreverem, como é o caso do Brasil¹⁶⁸. Depara-se assim, com a garantia da estabilidade da Segurança Social, mais um fundamento a corroborar com a vedação de retrocesso social no âmbito dos Direitos Fundamentais, assim como no Direito do Trabalho.

Não bastando o argumento de obrigatoriedade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678/1992, garantindo, em seu artigo 5º, o direito à integridade física, psíquica e moral, e no artigo 6º proíbe a escravidão e a servidão, bem como trabalhos forçados.

Há ainda inúmeros outros pactos internacionais que impedem o retrocesso social dos direitos trabalhistas, a saber: Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16-12-66); Declaração de Indivisibilidade dos Direitos Humanos (Aprovada na I Conferência Mundial de Direitos Humanos no Teerã, 1968); as Convenções 110 e 111 da OIT, que vedam a discriminação no ambiente de trabalho, em perfeita sintonia com os dispositivos constitucionais de garantias dos direitos trabalhistas¹⁶⁹. Não obstante toda a explanação da vedação de retrocesso social no plano internacional há também considerações acerca do âmbito jurídico nacional, a partir do princípio da supremacia da Constituição, que atribui à suas normas efetiva força cogente de obediência ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, colocando os direitos fundamentais nela consagrados no topo da hierarquia do sistema normativo¹⁷⁰.

O real significado do postulado da vedação ao retrocesso reside no “direito à manutenção do ‘nível de realização’ legislativa do direito fundamental na esfera jurídica dos particulares, implicando na elevação, ao nível constitucional das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais”¹⁷¹. Assim, seu principal objetivo é impedir que o legislador cometa arbitrariedades e abusos, não podendo retirar do ordenamento jurídico nenhum direito social legitimamente conquistado.

167 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed, São Paulo: LTr, 2017. p. 166.

168 Ibidem. p. 166.

169 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Terceirização: Máquina de Moer Gente Trabalhadora. 1ª ed, São Paulo, LTr, 2015. p. 224.

170 SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel e MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017. p. 224.

171 NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª, São Paulo: Método, 2014. p. 626 -627.

Ainda, conforme ensina Zagrebelsky *apud* Novelino¹⁷², a proibição de retrocesso representa limitação, decorrente de normas programáticas, a que o legislador diminua o nível de concretização já atingido pela norma que compreende qualquer direito social. Nesse sentido, Bobbio revela preocupação com a atual garantia dos direitos do homem, cujo principal problema reside, não mais na justificativa desses direitos, mas sim em sua proteção, razão pela qual a questão caracteriza-se como de cunho político em vez de filosófico¹⁷³.

Por derradeiro, reafirme-se que os direitos trabalhistas englobam a categoria de Direitos Sociais, bem como de Direitos Fundamentais, estando totalmente protegidos pelo princípio de vedação de retrocesso. A partir do momento em que incorporados ao ordenamento pátrio, não podem ser alterados, modificados, nem extintos, por força do mencionado princípio e demais mecanismos de proteção dos direitos fundamentais.

4. A TERCEIRIZAÇÃO E O RETROCESSO SOCIAL

A palavra terceirização decorre de neologismo criado a partir da palavra “terceiro”, designando uma “terceira pessoa”, inserida na estrutura de empresa que contrata outra para lhe prestar serviços, resultando numa relação triangular entre o trabalhador, a empresa prestadora, e a tomadora de serviços.

Na melhor definição doutrinária, terceirização é “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente, (...) insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente”¹⁷⁴.

Assim, na relação de terceirização, os encargos e responsabilidades comportados pelo vínculo empregatício, como a quitação das verbas trabalhistas, competem, em regra, à empresa prestadora de serviços. Frise-se que o vínculo formado entre tomador e empresa prestadora decorre de contrato de natureza distinta do contrato de emprego, assumindo caráter civil ou comercial¹⁷⁵.

4.1 A precarização do trabalho: relação entre terceirização e degradação do trabalho humano

Como já debatido no presente artigo, o retrocesso social impede que direitos sociais devidamente garantidos sejam flagrantemente violados e extirpados da ordem jurídica, de

172 Ibidem. p. 627.

173 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 2ª ed, São Paulo: Elsevier, 2004. p.23.

174 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. Ed. São Paulo: LTr., 2013. p. 436.

175 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 8ª, Rio de Janeiro: Forense, 2014., p. 357.

forma tanto direta quanto indireta.

A terceirização é uma modalidade anômala a ordem jurídica trabalhista, que deve ser utilizada restritivamente. Além de causar desequilíbrio salarial que fere gravemente o princípio da isonomia, também sucateia os postos de trabalho, expõe o trabalhador à riscos quanto a sua integridade física, e por vezes, o transforma em meros objetos de trabalho, reduzindo-os a condições precárias, inclusive às de análogas à escravidão.

Isso ocorre porque a terceirização não apenas degrada as relações de emprego, mas também subverte toda ordem jurídica do país, criando situações de desigualdades, reduzindo os postos de emprego, precarizando as relações de trabalho, reduzindo os salários, colocando os trabalhadores à margem de seus direitos garantidos constitucionalmente, tudo a pretexto de uma “racionalização” da mão de obra em nome de uma “crise” econômica sem fundamentos.

Com efeito, Bauman¹⁷⁶ ensina que “o progresso tecnológico e administrativo é avaliado pelo ‘emagrecimento’ da força de trabalho, *fechamento* de divisões e *redução* de funcionários”. Redireciona-se, portanto, a responsabilidade da chamada “crise” econômica para que o trabalhador, polo fraco da relação, arque com os ônus, ficando o empregador com os bônus.

Seguindo na mesma linha, Grijalbo Fernandes Coutinho¹⁷⁷ assevera que, “provocando mortes em rotação acelerada, a terceirização desmorona o sentido de sociedade pautada pelo respeito aos direitos humanos da classe trabalhadora”. A empresa tomadora do serviço não possui a mesma preocupação com o meio ambiente de trabalho, nem com as condições a que sujeito o trabalhador, razão pela qual a terceirização é causa de inúmeros acidentes, que, quando não fatais, resultam num “exército de mutilados e outros graves sequelados – fruto da superexploração da força de trabalho, relegando por via de consequência, à condição desumana mulheres e homens submetidos ao regime de fragmentação da cadeia produtiva”¹⁷⁸.

Corroborando o exposto, destaque-se nota divulgada através da assessoria de imprensa do Ministério Público do Trabalho – Procuradoria da 13^o Região¹⁷⁹, que evidencia a nítida relação entre o trabalho desenvolvido no regime da terceirização e o desenvolvimento de doenças profissionais, bem como a ocorrência de acidentes graves e até mesmo fatais no ambiente de trabalho. De acordo com a nota, baseada em estatísticas, “cerca de 50% dos

176 ZIGMUNT, Bauman. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. 1^a ed, Rio de Janeiro, Zahar, 1998. p.50.

177 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Terceirização: Máquina de Moer Gente Trabalhadora. 1^a ed, São Paulo, LTr, 2015. p. 215.

178 Ibidem, p. 215.

179 Ministério Público do Trabalho – Procuradoria da 13^o Região – Terceirizados sofrem mais acidentes no trabalho. Disponível em: <http://www.prt13.mpt.mp.br/2-uncategorised/139-terceirizados-sofrem-mais-acidentes-no-trabalho>. Acesso em: 14-04-2017.

acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, hoje, são sofridos pelos trabalhadores terceirizados”, bem como que” quatro em cada cinco acidentes de trabalho, incluindo os que abrangem óbito, envolvem empregados terceirizados”.

Extraí-se, portanto, a existência de curioso paradoxo. A formação histórica do direito do trabalho se deu pelo combate às desigualdades sociais a que submetidos os trabalhadores; entretanto, essas mesmas condições são trazidas à tona nos efeitos causados pela terceirização nas relações de trabalho do atual cenário brasileiro, quais sejam, a superexploração da força de trabalho humano e, concomitantemente, a degradação da pessoa humana do trabalhador.

Nesse contexto, o filme *Tempos Modernos* retrata brilhantemente a situação dos trabalhadores explorados, tanto do século XVIII, quanto do século XIX e XX; ao comparar trabalhadores com ovelhas correndo rumo ao abatedouro, Charlie Chaplin demonstra a sua consciência acerca da exploração causada pelos detentores dos meios de produção.

Ao se traçar um paralelo entre a crítica contida no filme, e o surgimento histórico do direito do trabalho, percebe-se nitidamente que a terceirização não apresenta progresso algum ao sistema de proteção dos direitos trabalhistas; ao revés, infunde-se numa manobra desesperada no intuito de elevação dos lucros das grandes empresas em detrimento de direitos trabalhistas.

Assim, considera-se a terceirização como fenômeno velho, por se tratar de prática utilizada desde a Revolução Industrial¹⁸⁰. No Brasil, verificava-se aquela no trabalho rural sazonal, por meio de “gatos”¹⁸¹, tornando-se fenômeno novo por influência do *toyotismo*, quando passou a ocupar lugar central.

O Ministério do Trabalho e Emprego vem, desde 2005, afirmando sobre a maior incidência de acidentes ao trabalhador terceirizado, tendo em vista a falta de planejamento preventivo de acidentes pelas empresas prestadoras de serviços¹⁸². Não obstante, considerando o alto índice de doenças relacionadas ao trabalho e mortes por acidentes no trabalho terceirizado, faz-se necessária frequente substituição do trabalhador, que acaba transformado em mero objeto de trabalho.

Cite-se a pertinente observação trazida por Bauman¹⁸³, no sentido de que “modernizar a maneira como a empresa é dirigida consiste em tornar o trabalho *flexível* –

180 Druck e Thebaud-Mony apud MIESSA, Élisson e CORRÊA, Henrique: organizadores. *Estudos Aprofundados de Magistratura do Trabalho*. 1ª ed, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 163.

181 Pessoa que contrata trabalhadores braçais, conhecidos como boias-frias, como mão de obra para as fazendas ou projetos agropecuários, também conhecidos como turmeiros.

182 PYL, Bianca. Terceirizado está mais sujeito a acidente de trabalho, diz MTE. *Repórter Brasil*, [online], 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2012/04/terceirizado-esta-mais-sujeito-a-acidente-de-trabalho-diz-mte/>. Acesso em 13/04/2017.

183 ZIGMUNT, Bauman. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. 1ª ed, Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p.50.

desfazer-se da mão de obra e abandonar as linhas e locais de produção de uma hora para outra, sempre que uma relva mais verde se divise em outra parte, sempre que possibilidades comerciais mais lucrativas, ou *mão de obra mais submissa e menos dispendiosa*, acenem ao longe”.

Em novo paralelo com o filme abordado, nota-se que a superexposição aos riscos de doenças e acidentes de trabalho, considerando também a redução dos salários e direitos trabalhistas em prol do aumento de lucro empresarial, revela-se na cena em que Carlitos desenvolve o transtorno por “apenas apertar parafusos de forma excessiva”, conduzido ao manicômio da cidade para tratamento psiquiátrico.

Interessante notar que, o distúrbio foi causado pela intensa necessidade de aumento na produção, sempre ordenada pelo ganancioso dono da empresa, afinal o “tempo é dinheiro”; demonstra-se, pois, que o cenário da exploração do trabalhador não mudou, mas se torna cada vez mais agressivo.

Em decorrência do explanado acima, exsurge outro grave problema de degradação do trabalho. Em pleno século XXI, o Brasil convive com situações não raras de trabalho análogo ao de escravo; mais de cem anos se passaram desde a abolição do regime escravocrata, e os trabalhadores ainda são submetidos a trabalhos análogos aos de escravo.

Grande parte desses trabalhadores é contratada por empresas de empreita, que terceirizam seus serviços. Conforme Grijalbo Fernandes Coutinho¹⁸⁴, “virou regra na construção civil contar com mão de obra precária. O trabalho escravo contemporâneo e a terceirização caminham juntos, pelo impulso do lucro”. Corroborando o afirmado, dados do Departamento de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho e Emprego, consignados em matéria jornalística do jornal Carta de Campinas¹⁸⁵, revelam que, entre 2010 e 2013, dos 10 maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos no Brasil, 90% eram terceirizados.

Na mesma linha, a ONG Repórter Brasil¹⁸⁶, instituição cujo escopo reside em identificar e tornar públicas situações que ferem direitos trabalhistas e causam danos socioambientais no Brasil, produziu similar estudo sobre o tema. Veja-se:

Já no grupo de resgates com parte dos trabalhadores com vínculo formalizado, das 10 maiores ações, em 9 os trabalhadores resgatados eram terceirizados. Entre esses

184 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Terceirização: Máquina de Moer Gente Trabalhadora. 1ª ed, São Paulo, LTr, 2015. p. 159-160.

185 CORTEZ, Glauco. De cada 10 pessoas resgatadas no trabalho escravo, 9 são terceirizadas. Carta de Campinas. 26 de Março de 2017. Disponível em: <http://cartacampinas.com.br/2017/03/terceirizacao-de-cada-10-pessoas-resgatadas-do-trabalho-escravo-9-sao-da-terceirizacao/>.

186 FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?. Repórter Brasil, [online], 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/>. Acesso em 14/04/2017.

resgates com terceirizados formalizados figuravam desde médias empresas desconhecidas, até gigantes da mineração e da construção civil, do setor de produção de suco de laranja, *fast food*, frigorífico, multinacional produtora de fertilizantes, obras de empresas vinculadas a programas do governo federal. O setor que mais tem se destacado em número de flagrantes de trabalhadores em situação análoga à de escravos nos últimos anos confirma essa incidência de trabalho terceirizado nos resgates. Dos 22 flagrantes ocorridos em construções em 2011 e 2012, 19 ocorreram com terceirização, incluindo desde pequenas empresas, até gigantes do setor.

Com isso percebe-se a gravidade da terceirização no direito pátrio, sendo violadora direta dos direitos trabalhistas, bem como da própria ordem jurídica e constitucional do país.

Ao se permitir a terceirização, o Estado não apenas viola a pessoa humana do trabalhador, pelos motivos já apresentados alhures, mas também agride diretamente toda a ordem constitucional que há no país. Portanto, afirma-se que a terceirização, não apenas fragmenta as relações de emprego, traduzindo-se em brutal afronta aos direitos trabalhistas no plano infraconstitucional, como também viola expressamente o princípio de vedação de retrocesso social, assim como a própria Lei Magna.

CONCLUSÃO

A partir do raciocínio construído ao longo do presente trabalho, considera-se adequadamente delineado o instituto da terceirização como essencialmente violador do princípio de vedação ao retrocesso social. Restou amplamente demonstrada a nocividade do instituto aos direitos sociais, principalmente àqueles direcionados à classe trabalhadora, através de dados que revelam íntima relação entre a terceirização e a ocorrência de acidentes de trabalho fatais ou gravemente lesivos, bem como à verificação de condições análogas à escravidão.

O filme *Tempos Modernos* abriu as portas à reflexão acerca da evolução histórica dos direitos sociais, revelando a árdua luta dos trabalhadores por melhores condições de serviço, a partir da qual se traçou perspectiva do princípio do retrocesso social no âmbito trabalhista. Conversando cenas e aspectos essenciais da obra com o atual estágio do cenário trabalhista, atribuindo-se enfoque ao sempre presente instituto da terceirização, patentemente se denuncia a inegável violação ao princípio de vedação ao retrocesso social promovida pelo trabalho terceirizado.

Entende-se que, pensar de mordo diverso significa perpetrar verdadeiro atentado aos direitos fundamentais; direitos estes que levaram muito sangue e suor de trabalhadores por toda a história. Conclui-se, portanto, deva ser totalmente extinta a terceirização do ordenamento jurídico por se revelar em modalidade extremamente prejudicial, degradante e de grande retrocesso social aos direitos trabalhistas garantidos no plano internacional e nacional.

BIBLIOGRAFIA

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. 1ª edição, Rio de Janeiro. Zahar, 1998.

_____; *Vida Líquida*. 1ª edição, Rio de Janeiro. Zahar, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2ª edição, São Paulo. Editora Elsevier, 2004.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11ª edição, São Paulo. Editora Método, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 9ª edição São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

CORTEZ, Glauco. De cada 10 pessoas resgatadas no trabalho escravo, 9 são terceirizadas. *Carta de Campinas*. 26 de Março de 2017. Disponível em: <http://cartacampinas.com.br/2017/03/terceirizacao-de-cada-10-pessoas-resgatadas-do-trabalho-escravo-9-sao-da-terceirizacao/>.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização, Máquina de Moer Gente Trabalhadora*. 1ª edição São Paulo, LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12ª edição, São Paulo. LTr. 2013.

_____; *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª edição, São Paulo. LTr. 2015

_____; *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª edição, São Paulo. LTr. 2017

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS

SOCIOECONÔMICOS. *Terceirização e Precarização das Condições de trabalho, Nota Técnica 172*, [online], 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br>> Acesso em:

14-04-2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?. *Repórter Brasil*, [online], 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/>. Acesso em 14/04/2017

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; *Manual de Direitos Humanos*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2014

MIESSA, Élisson e CORRÊA, Henrique: organizadores. *Estudos Aprofundados de Magistratura do Trabalho*. 1ª edição, Salvador: Juspodivm, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª edição, São Paulo: Método, 2014.

PYL, Bianca. Terceirizado está mais sujeito a acidente de trabalho, diz MTE. *Repórter Brasil*, [online], 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2012/04/terceirizado-esta-mais-sujeito-a-acidente-de-trabalho-diz-mte/>. Acesso em 13/04/2017

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional* 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.